

ReDAd

REVISTA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

DOCTRINA • LEGISLACIÓN • JURISPRUDENCIA

- ORGANIZACIÓN Y FUNCIÓN PÚBLICA
- ACTOS Y PROCEDIMIENTOS
- NULIDAD Y RESPONSABILIDAD
- REGULACIÓN Y SERVICIOS PÚBLICOS
- BIENES PÚBLICOS Y URBANISMO
- RECURSOS NATURALES Y MEDIO AMBIENTE
- JUSTICIA ADMINISTRATIVA

EDITORIAL

Una nueva etapa de la Revista de Derecho Administrativo 1

I. DOCTRINA

BERMÚDEZ SOTO, Jorge: *Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados en la actuación de la Administración Pública* 3

CARBONELL PORRAS, Eloísa: *Legitimación en defensa de los intereses colectivos ante la jurisdicción contencioso-administrativa: Delimitación y distinción de supuestos afines* 27

CERDA GUZMÁN, Carolina: *Importación de objetos jurídicos y coherencia del ordenamiento normativo administrativo chileno* 67

CÉSPEDES PROTO, Rodrigo: *La división del derecho en público y privado en la jurisprudencia judicial y administrativa chilena* 79

GARCÍA MACHMAR, William: *Clasificación de los procedimientos para otorgar subvenciones* 131

II. JURISPRUDENCIA COMENTADA

CORDERO QUINZACARA, Eduardo: *Prescripción de las infracciones y sanciones administrativas* 153

CORDERO VEGA, Luis: *Los límites de la jurisprudencia administrativa y las fuentes del derecho administrativo. Las consecuencias del caso de la Municipalidad de Zapallar* 163

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos: *Término de contrata por “necesidades del servicio”* 173

VERGARA BLANCO, Alejandro: *Nueva y vigorosa línea jurisprudencial sobre prohibición de superposición de concesiones mineras* 181

III. LEGISLACIÓN COMENTADA

CORDERO QUINZACARA, Eduardo: *Sobre la composición nutricional de los alimentos y su publicidad. Comentario a la Ley Nº 20.606, de 2012* 207

IV. CRÓNICA ADMINISTRATIVA

Textos Actualizados

El Derecho Administrativo en el Diario Oficial (primer semestre 2012) 215

Documentos Administrativos

Ley N° 20.600 de 2012, que crea los Tribunales Ambientales 233

V. BIBLIOGRAFÍA

Recensiones

LETELIER WARTENBERG, Raúl (coord.): *La falta de servicio* (Santiago, Abeledo Perrot-Thomson Reuters), Universidad Alberto Hurtado, 2012, 456 pp. Recensión de Juan Carlos Ferrada Bórquez 251

MAETZ, Olivier: *Les Droits fondamentaux des personnes publiques* (Fondation Varenne. Clermont-Ferrand), 2011, 417 pp. Recensión de Gabriel Bocksang Hola 253

Síntesis bibliográfica

Libros de Derecho Administrativo editados en Chile (primer semestre 2012) 257

El Derecho Administrativo en revistas y obras colectáneas chilenas (primer semestre 2012) 259

EDITORIAL

UNA NUEVA ETAPA DE LA *REVISTA DE DERECHO ADMINISTRATIVO*

La *Revista de Derecho Administrativa (ReDA)*, nacida en 2007, inaugura a partir de este número una nueva etapa: deviene semestral (dos números por año) y contiene una estructura renovada, con el objeto de brindar al lector una visión diferente en el análisis de esta rama del Derecho.

a. Por una parte, mantiene su espíritu original, y seguirá teniendo el objetivo de mostrar ante la comunidad científica (juristas) y práctica (jueces y abogados) la actualidad del Derecho Administrativo, a través de la selección y publicación de trabajos doctrinarios; comentarios de jurisprudencia, de normas y bibliográficos referidos a las diversas materias del derecho administrativo, en especial organización administrativa, función pública, actos y procedimientos administrativos, nulidad, responsabilidad, regulación, bienes públicos, urbanismo, recursos naturales, medio ambiente, justicia administrativa, entre otros, como lo enumeramos en la segunda contraportada de cada ejemplar de la *Revista*.

b. Las anteriores ediciones contemplaban una estructura consistente en cuatro secciones: *Doctrina*, *Crónica Administrativa*, *Jurisprudencia* y *Bibliografía*. A partir de este número 7 de 2012 de la *Revista*, algunas de sus secciones se reorganizan así:

i) la sección *Doctrina*, conserva, en su esencia, el legado de las publicaciones de antaño; en la cual se incorporan trabajos de autores tanto nacionales como extranjeros y que son sometidos a arbitraje, el cual permite calificar el texto en cuanto a su calidad, contenido y carácter científico;

ii) la sección *Jurisprudencia comentada*, en que se ofrecen comentarios a controvertidas y contingentes sentencias emanadas de Tribunales y órganos dotados de jurisdicción. En esta sección hay cambios respecto de las ediciones anteriores de la *Revista*, pues antes sólo nos limitábamos a listar y fichar (y a veces a publicar *in integrum*) las principales sentencias dictadas en los Tribunales Superiores de Justicia y en el Tribunal Constitucional, y decisiones de la Contraloría General de la República y del Consejo para la Transparencia; esa tarea se cumple en otros productos de la editorial de una manera más completa y actualizada, y la *Revista* intentará publicar comentarios de especialistas de las principales decisiones jurisprudenciales;

iii) la sección *Legislación comentada*, la inauguramos en este número, en la cual se incorporan análisis, en lo posible descriptivos, críticos y profundos, sobre normas de naturaleza administrativa de reciente promulgación;

iv) la sección *Crónica Administrativa*, acápite que cuenta con cuatro sub secciones, en la primera de ellas: “Artículos”, se incorporarán estudios de doctrina con carácter más

práctico, Informes o vinculados a materias puntuales; luego, en “Actualidad Académica”, se dará noticia a la comunidad jurídica de las principales actividades, jornadas y seminarios de la disciplina; en “Textos Actualizados” se transcriben las leyes, decretos, resoluciones y actos administrativos de relevancia jurídica, utilizando como principal fuente de ello el Diario Oficial; la cuarta sub sección, denominada “Documentos Administrativos”, da cuenta de relevantes disposiciones normativas que constituyan un significativo aporte al quehacer *ius* administrativo, y

v) la sección *Bibliografía* es un espacio abierto a reseñas y dedicado a la recopilación de publicaciones de realce jurídico administrativo; contiene reseñas de libros jurídicos contemporáneos de la disciplina y una síntesis bibliográfica con las principales novedades en el ámbito del derecho administrativo, contenidas en obras, tratados, colectáneas, actas y revistas.

c. Con todo, la renovación trae de la mano la incorporación a nuestro Consejo de Redacción de dos destacados y jóvenes valores de la disciplina: los profesores Gabriel Bocksang HOLA, de la Pontificia Universidad Católica de Chile, y Raúl Letelier Wartenberg, de la Universidad Alberto Hurtado; quienes llegan a contribuir y a integrar un sólido y entusiasta equipo de trabajo, compuesto, además, por los profesores Jorge Bermúdez Soto, Eduardo Cordero Quinzacara, ambos de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; Luis Cordero Vega, de la Universidad de Chile; Juan Carlos Ferrada Bórquez, de la Universidad de Valparaíso, y Mauricio Viñuela Hojas, de la Universidad de los Andes. Este es el equipo de un proyecto común, enriquecido por la diversidad de opiniones que se observa entre sus integrantes; pero con la conciencia de estar construyendo un instrumento cultural necesario para el crecimiento de la disciplina del Derecho Administrativo.

Entonces, la *ReDAd* es, al mismo tiempo: un medio de difusión del Derecho Administrativo que tiene por objeto dar a conocer aspectos contingentes y relevantes de la disciplina; pero también la *ReDAd* en un modo de contribuir al debate jurídico, a la discusión doctrinaria. Ambos objetivos, creemos, son un aporte teórico y práctico desde sede académica (profesores y juristas eruditos) para quienes constantemente aplican el derecho (jueces y abogados).

ALEJANDRO VERGARA BLANCO

Director

Profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile

DISCRECIONALIDAD Y CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS EN LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

JORGE BERMÚDEZ SOTO*

RESUMEN: La actuación de la Administración Pública consiste básicamente en subsumir normas a situaciones fácticas concretas. Muchas veces esta aplicación viene completamente reglada, pero en otras, la norma otorga a la autoridad cierto espacio de maniobra en su decisión. Este espacio se divide doctrinariamente en dos: margen de discrecionalidad, que se vincula con la decisión de actuar o no, y el margen de apreciación o dictamen, que dice relación con cómo se debe actuar; ambas son distinguibles, pero vinculadas a la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados. Una vez aclaradas dichas diferentes formas de actuación, se hace necesario estudiar el control de la discrecionalidad ejercido por el juez (y, en menor medida, por la misma Administración). En particular se analiza la nulidad de los actos administrativos discrecionales y los poderes de sustitución judicial de la decisión administrativa discrecional, y finalmente encontramos el límite a dicho control.

Discrecionalidad Administrativa; Acto Administrativo Discrecional - Acto Administrativo Reglado; Conceptos jurídicos indeterminados; Margen de apreciación; Control de la Discrecionalidad Administrativa.

INTRODUCCIÓN

Los órganos administrativos, y en particular los servicios públicos, son, por regla general, aplicadores de Derecho. La forma en que aplican una norma jurídica y los mecanismos para evitar una arbitrariedad en su actuar son objeto del principio o regla general del *control de la discrecionalidad*¹. Si su principal actuación jurídica, el acto administrativo, corresponde a una resolución que emana de una autoridad, que cuenta con poder de decisión unilateral para aplicar una parcela del ordenamiento jurídico administrativo, será evidente, entonces, que la forma en que sea aplicada esa norma determinará si lo decidido fue arbitrario o no.

Las disposiciones de los artículos 22 inciso 3º y 28 inciso 1º de la LBGAE, cuando establecen que sólo de manera excepcional los servicios públicos podrán desarrollar funciones propias del ejecutivo o de gobierno, las cuales corresponden a los Ministerios, es decir, a una actuación configuradora de la sociedad; y luego que a los servicios públicos—en cuanto órganos creados para el cumplimiento de la función administrativa— corresponde

* Profesor Titular de Derecho Administrativo y Ambiental de la Escuela de Derecho PUCV, correo electrónico: jorge.bermudez@ucv.cl

Artículo elaborado en el marco del proyecto Fondecyt Regular N° 1110791 “Fundamentos y Principios de la potestad sancionadora de la Administración del Estado en el Derecho chileno”.

¹ El tema del control de la discrecionalidad, si bien está vinculado, es independiente y anterior al gran tema del control de la actuación administrativa. Es necesario determinar primero qué es y cuáles son los contornos de la discrecionalidad (lo controlado) para luego determinar las vías jurídicas para ejercer el control sobre la misma. Sobre el tema del control de la discrecionalidad en general, ya me había referido en un artículo aparecido en la Revista de Derecho de la PUCV en 1996.

sólo aplicar las políticas, planes y programas del Gobierno, podrían llevar a pensar que al aplicador de la política sólo cabe una actuación automática, exenta de todo margen de apreciación. Evidentemente, que ni en la configuración normativa de los poderes de los servicios públicos, ni en el ejercicio de los mismos existe dicho automatismo.

La finalidad de este trabajo es analizar la actuación de la Administración Pública en cuanto aplicadora del ordenamiento jurídico, esto es, en su función de subsunción de normas a situaciones fácticas concretas, ya que la función de configuración de la realidad social, se relaciona mucho más con la actuación de gobierno o ejecutiva, la que responde a unos parámetros anteriores y de carácter político. La forma en que se aplica una norma jurídica y los mecanismos para evitar que ésta se realice de forma arbitraria, debe partir de la base del tipo de actuación de que se trata, debiendo tenerse en cuenta la distinción, pocas veces estudiada por la doctrina administrativista, entre potestad discrecional y conceptos jurídicos indeterminados.

Debe tenerse en cuenta que en una visión clásica acerca de la estructura de las normas jurídicas, éstas se componen de dos elementos o pilares: hechos o circunstancias de hecho, y consecuencia jurídica. Producida la circunstancia de hecho prevista en la norma, se actualiza u operativiza la consecuencia jurídica que para aquélla se ha previsto. Por su parte, el proceso de aplicación de una norma jurídica se divide en cuatro partes:

- a) Indagación y determinación de los hechos (¿qué sucedió?);
- b) Interpretación del contenido de la norma (¿qué circunstancias prevé la norma?);
- c) Subsunción de las circunstancias de hecho previstas en los hechos acaecidos (ajuste entre hechos y norma), y
- d) Fijación de las consecuencias jurídicas (¿qué sanción –en sentido amplio– le corresponde?).

El operador jurídico –juez, funcionario, abogado– no actúa con cada una de estas partes de manera aislada, sino que las utiliza todas ellas simultáneamente. Así por ejemplo, las labores de interpretación y subsunción se realizan correlativamente. Por su parte, en el caso de las actuaciones de la Administración Pública primero se determinarán los hechos que se presentan, la finalidad perseguida con la actuación (que, en principio, se identifica con la satisfacción de una necesidad pública) y luego se busca la interpretación de la norma jurídica que de mejor forma lleva a la aplicación de unas determinadas consecuencias.

El principio de legalidad ampliamente entendido –sumado a las precisiones hechas a propósito de la reserva legal²– define a la Administración como entidad aplicadora de Derecho al caso concreto. En efecto, la Administración Pública se encuentra estrictamente ligada a las previsiones legales, por lo que su actuación para que sea válida debe haber sido previamente habilitada por la ley y el contenido de la misma no debe ser contrario al ordenamiento jurídico. A ello se agrega que la Administración cuando actúa, lo hace

² Cfr. BERMÚDEZ 2011, pp. 78-85.

normalmente resolviendo la aplicación de una norma jurídica a una situación en particular, de manera de fijar el ordenamiento jurídico aplicable a esa situación fáctica. Este es el concepto de acto administrativo que utiliza buena parte de la doctrina española y alemana. Ello tiene su base en el §35 de la ley alemana de procedimiento administrativo (VwVfG), el cual dispone que “el acto administrativo es toda resolución, decisión u otra medida soberana que, emanada de una autoridad, se adopta para regular un caso en particular en el ámbito del Derecho Público y que está dispuesta para producir efectos jurídicos directos hacia el exterior”. Como puede apreciarse en la disposición citada, no existe una referencia a una manifestación de voluntad de la Administración Pública, sino a lo que ella realmente hace al dictar un acto administrativo, esto es, adoptar una decisión relativa a la aplicación del ordenamiento jurídico a un caso particular. Y ello, porque en el acto administrativo no hay una manifestación de voluntad, ya que la Administración no tiene una voluntad distinta que la de cumplir con la ley y con los fines públicos que ella le encomienda³. En consecuencia, independientemente del peso doctrinario de aquellos autores que ven en el acto administrativo una manifestación de voluntad y consecuentemente, una figura que nace de la concepción negocial de todo acto jurídico⁴, lo esencial del acto administrativo está en el ejercicio del poder público, cuya actuación válida queda determinada por la competencia para su ejercicio, el cual permite que lo resuelto pueda imponerse de manera unilateral sobre los ciudadanos.

Sin embargo, esta aplicación no es automática, al modo de un silogismo lógico, ya que en muchos casos la ley relaja el grado de vinculación entregando un espacio de maniobra a la decisión administrativa. Dicho espacio se ha dividido doctrinariamente en dos: el margen de discrecionalidad y el margen de apreciación o dictamen. El primero dice relación con un supuesto margen de libertad con el que cuenta la Administración Pública para actuar; el segundo está referido a la determinación de los conceptos jurídicos indeterminados.

En estos dos casos se debe anticipar que el rol del juez históricamente se ha visto limitado, toda vez que en los casos en que la Administración cuenta con estos márgenes de apreciación, es a ella a quien, en principio, corresponde la última decisión. Ello es claramente apreciable en el Derecho francés, en el que existió una mayor confianza en la Administración y, por el contrario, una suspicacia respecto de la judicatura, lo que conllevó un mayor respeto al margen de discrecionalidad de la Administración Pública⁵. Esta mayor confianza en la actuación administrativa es lo que en la doctrina chilena se ha denominado deferencia de experto, en virtud de la cual “los órganos del Estado reconocen y respetan las respectivas esferas de competencia en que cada uno tiene derecho a tomar decisiones con relativa autonomía”⁶.

³ Cfr. BOCANEGRA 2006, p. 33, y GALLEGO ANABITARTE y MENÉNDEZ REXACH 2001, p. 103.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 1997, p. 522 (hay ediciones posteriores).

⁵ HOFFMANN-RIEM 2006, t I, p. 629.

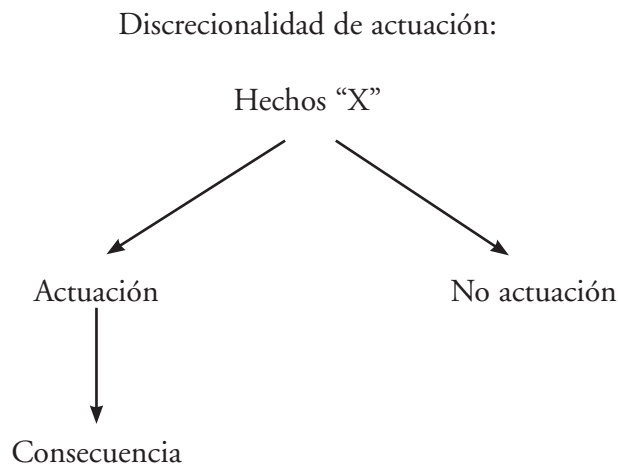
⁶ CORDERO VEGA 2007, p. 162.

I. CONCEPTO DE DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

A partir de la jurisprudencia, la doctrina nacional ha extraído como concepto de discrecionalidad el siguiente: *Una facultad atribuida por ley a un órgano de la Administración del Estado, para que éste, frente a una determinada situación que motive su actuar pueda adoptar libremente y dentro de los márgenes que le fija el ordenamiento jurídico, la decisión que estime más razonable, conveniente, oportuna, eficaz, y proporcionada de acuerdo a los antecedentes que la justifican, evitando así incurrir en un acto u omisión arbitrario*⁷. Se trata de un concepto deductivo⁸, que colecciona los elementos que caracterizan a la discrecionalidad (libertad de actuación) y las condiciones para su ejercicio (razonable, conveniente, oportuna, etc.). Sin embargo, no da cuenta de las posibilidades en que dicho margen de apreciación opera, es decir, en qué momento es posible apreciar esta clase de poder en el actuar administrativo⁹.

La discrecionalidad se encuentra ubicada en la parte de las consecuencias jurídicas de una norma de Derecho. Consiste en la posibilidad de que dispone la Administración de asumir diversos comportamientos frente al acaecimiento de unos determinados hechos. La ley no prevé una actuación obligatoria para la Administración, o bien, no establece una única consecuencia jurídica para los hechos, sino que habilita a la Administración para que ella misma decida o elija aquello que estime más adecuado al caso. Vista así la discrecionalidad, ésta se dividirá, entonces, en dos:

- a) Discrecionalidad de actuación: en que permite a la Administración decidir si actúa o no, esto es, si aplica una consecuencia jurídica o no, y
- b) Discrecionalidad de elección: en que puede determinar cómo, con qué medios o en qué forma actuará.

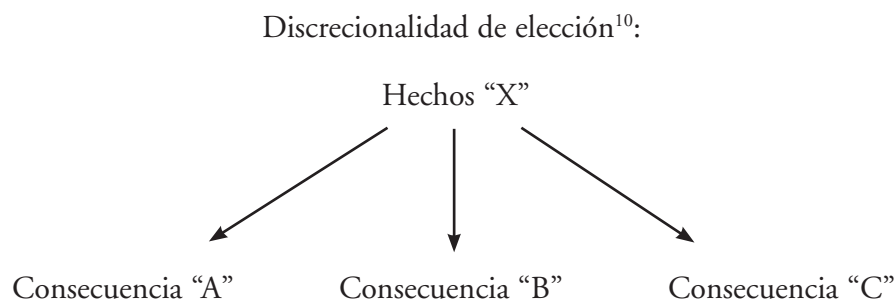


⁷ ARANCIBIA 1996, pp. 104-105.

⁸ ALARCÓN 2009, p. 772.

⁹ Cfr. SAAVEDRA FERNÁNDEZ 2011, pp. 20-23. Quien expone este problema, sin plantear una solución al mismo.

El ordenamiento jurídico entrega a la Administración la decisión de actuar o no, frente a unos determinados hechos “X”. Si decide actuar, la consecuencia puede ser una sola, o bien, podría además estar frente a un caso de discrecionalidad de elección, la que opera de la siguiente forma:



En la discrecionalidad de elección la Administración no necesariamente tiene la opción de actuar o no, sino que su actuación será necesaria y corresponderá a alguna de las posibles consecuencias. Cada una de las posibles consecuencias (A, B o C) estarán cubiertas legalmente y, por tanto, la actuación por la que opte la Administración, en principio, será jurídicamente correcta.

Dependiendo del ámbito en que se desempeñe la Administración, será más habitual encontrar supuestos de discrecionalidad de actuación o de elección. Así, por ejemplo, en el ejercicio de potestades sancionadoras el legislador, normalmente, no entrega facultades de apreciación de la actuación, es decir, producida la infracción, ésta debe aplicar alguna de las sanciones previstas, dentro de las cuales sí existe un margen de apreciación, que se traduce en la discrecionalidad de elección¹¹. Por el contrario, en otros ámbitos, como la organización interna de un órgano o el ejercicio de funciones compartidas, la ley entrega un poder para actuar o no¹².

1. EXPRESIONES DE LA DISCRECIONALIDAD

La discrecionalidad administrativa, sea de actuación, sea de decisión, debe venir autorizada por el legislador. Naturalmente, la ley no dirá que se le autoriza a la Administración para actuar discrecionalmente, al menos ello no es habitual¹³. Por el contrario, será la técnica legislativa empleada la que ayudará a determinar si la potestad de que se

¹⁰ Cfr. MAURER 1999, p. 124 (hay ediciones posteriores).

¹¹ Tal es el caso de la autoridad sanitaria, en que producida la infracción al Código Sanitario o a sus reglamentos, aquélla podrá sancionar, en principio, con cualquiera de las sanciones que prevé el artículo 174.

¹² Dicho poder puede apreciarse en los artículos 8º y 16 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

¹³ Normalmente, el legislador chileno ha otorgado de forma expresa la potestad discrecional, nombrándola de dicha manera, en las leyes sobre reencasillamiento o reestructuración de las plantas de funcionarios de los Servicios Públicos.

trata admite o no un margen de discrecionalidad. Expresiones tales como: “podrá”, “le estará permitido”, “determinará”, “decidirá”, entre otras, todas indiciarias de la existencia de una potestad discrecional para la Administración. Por el contrario, expresiones como “deberá”, “no podrá”, “dictará”, por ejemplo, son indicativas de una potestad que debe ser ejercida, o que se encuentra totalmente reglada.

La doctrina utiliza la expresión potestad reglada para oponerla a la potestad discrecional. No obstante, esa contraposición puede mover al equívoco de estimar como no reglada o poco reglada a la potestad discrecional, cuestión que no es así. La potestad discrecional es tan reglada como las demás, lo que ocurre es que los márgenes de apreciación (que también son reglados) son más amplios. Cada una de las opciones que le están permitidas a la Administración se regulan en la ley, ella no puede inventar sus propias reglas de solución. Lo discrecional es la facultad de opción y la graduación que se haga dentro de la solución elegida, pero la solución misma (cualquiera de ellas) será siempre reglada.

2. DISCRECIONALIDAD DEL CASO CONCRETO Y DEL CASO GENERAL

La discrecionalidad no está para servir a la Administración, sino para servir a la justicia del caso en concreto, que es a lo que, en definitiva, está obligada aquélla por mandato constitucional y legal¹⁴. La autoridad debe establecer una situación, teniendo en consideración, por una parte, la finalidad legal prevista (*ratio legis*) y, por otra, las circunstancias del caso en concreto. Primero, debe preguntarse cuáles son los objetivos que la ley tiene al entregarle el ejercicio de la potestad discrecional y cuáles son los aspectos determinantes, y bajo esos aspectos dictaminará y decidirá, por lo que la finalidad y la equidad deben dejarse entrever en la decisión que se adopte, “...el ejercicio de tales facultades debe ser suficientemente motivado y fundamentado, a fin de asegurar que las actuaciones de la Administración sean concordantes con el objetivo considerado por la normativa pertinente al otorgarlas, de manera que no signifiquen, en definitiva, una desviación de poder (aplica criterio contenido, entre otros, en el dictamen N° 53.493, de 2007)”¹⁵.

Es posible que la discrecionalidad sirva también para casos con alcance general. Ello ocurrirá en situaciones en que la autoridad superior en ejercicio de su potestad de mando fija las directrices de las futuras actuaciones discrecionales. Por ejemplo, se ordena por la autoridad superior de un servicio público que se privilegie la utilización de una determinada consecuencia jurídica de entre las probables que establece el ordenamiento jurídico. En la práctica esto es fácilmente apreciable en un servicio público que cuenta con potestad sancionadora y el superior jerárquico fija como criterio para la imposición

¹⁴ De los artículos 1° inciso 4° CPR y 3° inciso 1° de la LBGAE se desprende la finalidad de servicio a favor de las personas (mujeres y hombres) por parte de la Administración, con la finalidad de promover el bien común.

¹⁵ Dictamen de Contraloría General de la República N° 1.291 de 8 de enero de 2013.

de las sanciones que como consecuencia jurídica de la infracción la censura por escrito o amonestación sea aplicada a quienes no han sido sancionados con anterioridad. Las directrices emanadas del superior jerárquico destinadas a guiar el ejercicio de un poder discrecional vienen normalmente contenidas en una instrucción o circular (por lo general las primeras), y tienen la virtud adicional de permitir que la potestad discrecional sea ejercida de manera uniforme por parte de las autoridades inferiores¹⁶, con el consecuente respeto al principio de confianza legítima¹⁷.

Enfrentados a un caso concreto, es probable que la directriz fijada en la instrucción emanada del superior jerárquico contraríe precisamente los fines tenidos en vista por el legislador al otorgar el poder discrecional, así como el principio de equidad/justicia. En tales casos, esa instrucción debe considerar una cláusula de escape para la autoridad inferior, la que podrá apartarse de la solución general, por ejemplo, por la vía de un acto administrativo expresamente motivado¹⁸.

3. DISCRECIONALIDAD VINCULADA Y FALTA EN LA DISCRECIONALIDAD

A pesar de lo que comúnmente se tiende a afirmar, incluso por la jurisprudencia, la potestad discrecional no supone una libertad o mera voluntariedad para la Administración. No hay una discrecionalidad libre, sólo existe la discrecionalidad que está jurídicamente vinculada¹⁹. La autoridad cuenta con el ejercicio de la potestad discrecional para alcanzar un fin que ha sido previsto en la ley, respetando en su ejercicio las limitaciones legales, por lo que “la aplicación por la Administración de la norma jurídica a través de resoluciones administrativas es siempre reglada: no existe discrecionalidad entendida como una decisión de la voluntad adoptada libremente, sino que toda resolución administrativa, está sometida a las determinaciones contenidas en la norma, con más o menos intensidad, según permita la regulación aplicable”²⁰. Si la autoridad no respeta la finalidad y límites de la discrecionalidad, se producirá un ejercicio defectuoso o incorrecto de la misma y, por tanto, la actuación será ilegal. Ello se desprende claramente de lo dispuesto en el artículo 2º de la LBGAE, el cual dispone que “Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán

¹⁶ Es por esta razón que resulta tan poco práctica la doctrina que limita el ejercicio de la potestad reglamentaria a los casos de remisión expresa, toda vez que, precisamente, a través del ejercicio de la potestad reglamentaria es que se limita la discrecionalidad de la propia Administración.

¹⁷ BERMÚDEZ 2005, pp. 88-89.

¹⁸ En tal sentido es que se justifica la norma del artículo 11 inciso 2º de la LBPA que dispone que “Los hechos y los fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”.

¹⁹ Cfr. KAZOR ALISTE, 2002, t I, pp. 193-195.

²⁰ GALLEGO ANABITARTE y MENÉNDEZ REXACH 2001, pp. 91-93.

más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes”. Nótese que la segunda frase de la norma transcrita dispone expresamente que la Administración del Estado no tiene otras atribuciones que las que le otorgue de forma expresa el ordenamiento jurídico, con lo que incluso esa supuesta libertad debe ser previamente entregada por el ordenamiento jurídico y no auto atribuida por la propia Administración Pública.

El ejercicio de la discrecionalidad será correcto y libre de defectos, cuando las condiciones de hecho previstas en la norma realmente existen y la autoridad administrativa ha actuado de acuerdo con ellas. Algunos típicos casos de defectos o faltas en el ejercicio de la discrecionalidad son los siguientes:

a) Infracción de la discrecionalidad: se presenta en los casos en que la autoridad no ha hecho elección de alguna de las opciones previstas en la instrucción que fija las directrices de ejercicio de la discrecionalidad. Por ejemplo, si dentro de los parámetros legales, la instrucción señala que un determinado permiso municipal tendrá un costo no superior a X UTM y el director de rentas aplica X+1.

b) No uso de la discrecionalidad: se puede apreciar en los casos en que la autoridad por negligencia o error no ejerce la potestad discrecional, estando legalmente habilitada para hacerlo. Por ejemplo, Carabineros no atiende una denuncia efectuada por un vecino que reclama por la fuerte música que emana de una Escuela, por estimar erróneamente que no tiene competencia para hacerlo.

c) Abuso de la discrecionalidad: se presentará en los casos en que la autoridad ejerce la potestad discrecional sin tener en cuenta la finalidad prevista para la misma. Por ejemplo, el Gobernador Provincial no permite una concentración de un partido político o un grupo, no por constituir una alteración al orden público, sino por ser opositores a su partido²¹.

d) Violación de derechos fundamentales o a principios generales del Derecho Administrativo: como se sabe, derechos fundamentales y principios generales constituyen límites generales y objetivos al ejercicio de la discrecionalidad y, por tanto, sirven como instrumentos de control de los mismos. Por ejemplo, la Administración opta por una solución en un caso, y frente a uno similar posterior, opta por una que es más gravosa. Será muy probable que en tal caso los principios de igualdad y de protección de la confianza legítima hayan sufrido una vulneración.

4. REDUCCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD

La discrecionalidad significa que la Administración tiene la opción de actuar frente a un caso concreto de diversas maneras. Es probable que, atendidos los límites al ejerci-

²¹ Se trata de los típicos supuestos de desviación de poder, por una mala apreciación o desviación en los fines de la actuación. Una aplicación notable de este elemento del control de la discrecionalidad en el fallo *Valenzuela Vanella con Alcalde de Municipalidad de Las Condes* (2005).

cio de la discrecionalidad, de la paleta de posibilidades de actuación, la elección se vea reducida a sólo una, por estar sólo esa solución libre de defectos. Entonces, la autoridad estará obligada a elegir esa opción y no otra. En tal caso se habla en la doctrina²² de reducción de la discrecionalidad a cero (*Ermessensreduzierung auf Null*) o contracción de la discrecionalidad (*Ermessensschrumpfung*).

En consecuencia, si se consideran todos los elementos que existen para controlar la discrecionalidad, sólo los conceptos jurídicos indeterminados constituyen un supuesto en que se entrega un mayor grado de apreciación para la Administración. En tal sentido, la reducción de la discrecionalidad pasará siempre primero por la fijación del alcance del concepto jurídico indeterminado a “ese caso”. Para luego optar por la decisión más adecuada, la que, en teoría, debería ser sólo una.

II. CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y MARGEN DE APRECIACIÓN

Mientras que la discrecionalidad está referida a las consecuencias jurídicas de la norma de Derecho, los conceptos jurídicos indeterminados y, con ellos el margen de apreciación de los mismos, se refieren a la determinación de las circunstancias de hecho de la norma. Por lo tanto, discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados operan en momentos diversos: los conceptos jurídicos indeterminados se ubican en una etapa previa a la decisión de aplicación de la norma jurídica, en cambio la discrecionalidad se refiere a la adopción de la decisión, o lo que es lo mismo, a la aplicación de la norma a los hechos.

I. CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Por una parte se encuentra que las circunstancias de hecho previstas en una norma son, por lo general, delineadas con diversa precisión. Estas pueden venir definidas en una escala ascendente o descendente de precisión en una o en diversas leyes. En algunos casos son determinados (lugar, fecha y hora, propiedad, etc.) y tienen un claro significado, en otros, estas circunstancias son sólo determinables.

En el ámbito del Derecho Administrativo existen una serie de conceptos jurídicos indeterminados de común utilización por el legislador como, por ejemplo: interés público, bien común, orden público, seguridad pública, aptitud, calamidad pública, catástrofe, emergencia sanitaria, etc., cuya definición irá cambiando de acuerdo con las circunstancias. La interpretación de tales conceptos de manera abstracta y su aplicación a un caso en particular constituyen una cuestión jurídica que presenta considerables complejidades. Así, precisar si una determinada actividad perturba o no el orden público, presenta primero el problema de definir qué se entiende por orden público, llegando por lo general a definiciones tan vagas como poco útiles, por ejemplo: *orden público es*

²² MAURER 1999, p. 131, y WOLFF *et al.* 1999, t I, p. 466.

el estado de cosas en que la generalidad de la sociedad desarrolla sus actividades con normalidad. Y, en segundo término, acotar el concepto al caso en cuestión, es decir, cómo a una manifestación o una reunión del partido político “Q” o de la asociación ecologista “X” afecta o no al orden público. Lo importante de destacar de todo esto, es que frente a un caso en concreto, no puede contravenirse y no contravenirse el orden público. Es decir, una actividad no puede ser perturbadora o no del orden público a la vez. Tal es la importancia de la determinación de esta clase de conceptos jurídicos, en cuanto admiten una sola aplicación a una situación de hecho. Parte de la doctrina ha visto en esta interpretación un problema, afirmando que en ocasiones los conceptos jurídicos indeterminados pueden admitir a la vez más de una aplicación justa a un caso en concreto²³, y que allí se encontraría el margen de apreciación reservado a la Administración. Ello puede darse en ciertas circunstancias en que la apreciación admita cierta graduación, lo que se traduce en que, en el nivel de las soluciones jurídicas procedentes frente a la ocurrencia o no de los hechos, pueda resultar aplicable más de una, lo que nos lleva al problema de la discrecionalidad de elección, mas no en el ámbito de la apreciación de la concurrencia o no del concepto jurídico indeterminado. Así, por ejemplo, una manifestación pública podrá considerarse una alteración del orden público y podrá dar lugar a la utilización de medidas disuasivas de baja intensidad (impedir que se ocupe una calle y conducirla sólo por la acera) u otras de carácter fuerte (como la utilización de gases lacrimógenos y fuerzas especiales). Sin embargo, en ambos casos, el supuesto se cumple, es decir, la alteración del orden público.

La fijación de los conceptos jurídicos indeterminados plantea un problema en el ámbito del conocer. La determinación a un caso en concreto de un concepto jurídico indeterminado supone una valoración de esa situación fáctica, pero también un pronóstico para el futuro, respecto de la forma en que se aplicará el concepto jurídico a situaciones de hecho similares que sobrevengan. Evidentemente la actuación anterior no resulta jurídicamente vinculante de forma automática a la Administración del Estado, sin embargo, el precedente que se forma con las actuaciones anteriores importan un deber de actuación coherente con aquella actuación propia anterior²⁴. A pesar de estas dificultades, la autoridad deberá decidirse por una aplicación (determinación al caso) del concepto jurídico indeterminado.

2. TEORÍA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN

En la doctrina comparada ha sido una cuestión muy debatida la de determinar el rol del juez frente a la apreciación que ha efectuado la Administración y cuando corresponda y llegado el caso, si es posible o no sustituirla por una apreciación propia²⁵.

²³ SÁNCHEZ MORÓN 1994, pp. 116-118.

²⁴ BERMÚDEZ 2011, pp. 89-92.

²⁵ Son varios los autores que se han referido a este tema, Cfr. BELTRÁN DE FELIPE 1995, pp. 100-112.

La formulación de la teoría del margen de apreciación (*Beurteilungsspielraum*)²⁶, propia del derecho alemán, supuso una limitación a las posibilidades de control judicial de dicho espacio de determinación del concepto jurídico indeterminado por parte de la Administración. El juez podría controlar si los márgenes de apreciación han sido respetados por la Administración, pero no la decisión misma de atribuir un determinado alcance al concepto jurídico indeterminado. Al mismo resultado se llegó con la teoría de la justificabilidad (*Vertretbarkeitslehre*)²⁷, la que señala que en casos límite, varias son las soluciones justificables y aquella que haya sido tomada por la Administración, y que sea justificable, debe ser considerada como ajustada a Derecho.

En este mismo sentido se habla de una prerrogativa de valoración o apreciación para la Administración (*Einschätzungsprärogative*), no pudiendo el tribunal controlar la decisión (valoración) que el administrador ha tomado y debiendo, por el contrario, tomarla como base para la revisión judicial del caso.

Estas tres teorías mencionadas, descansan sobre la misma idea: el legislador ha apoderado a la Administración en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, siendo sus decisiones sólo limitadamente controlables por el juez. De ahí que se señale, además, que esta clase de conceptos en algunos casos admiten distintas valoraciones, por lo general por razones normativas, por lo que no permiten una única solución (apreciación) correcta. Como la Administración tiene una mayor experiencia y experticia al respecto y se encuentra más cercana al caso en concreto, y algunas de esas decisiones serían no justificadas fuera de dicho caso concreto y, por lo tanto, irrepetibles, es que esa Administración como poder separado que es, con su propio ámbito de responsabilidad, puede sostener su decisión/apreciación incluso frente al juez.

Sin embargo, esta conclusión, que en su momento logró apoyo de gran parte de la literatura jurídica, fue rápidamente desoída por una argumentación menos retórica y más práctica por parte de los diversos tribunales²⁸. El Tribunal Constitucional Federal alemán al poco tiempo fue del parecer que los conceptos jurídicos indeterminados son total y completamente revisables por el juez y, por tanto, la Administración no cuenta con un margen de apreciación, como lo predicaba la doctrina más clásica. Otros tribunales llegaron a la misma solución, esta vez por la vía de los derechos fundamentales (tal es el caso del Tribunal Administrativo Federal alemán). A ello se agrega que un margen de apreciación reservado en exclusiva a la Administración Pública supondría una limitación a la garantía de tutela judicial plena frente a la actuación de ésta cuando lesiona los derechos de las personas, basándose en el art. 19. IV de la Ley Fundamental (similar a nuestro art. 38 inciso 2º CPR). Por su parte, la revisión administrativa interna, por la vía de los recursos administrativos u otras formas de control interno,

²⁶ BACHOF 1955, p. 97.

²⁷ ULE 1955, pp. 309 y ss.

²⁸ MAURER *op. cit.*, pp. 135-136.

permitirán complementar el control del margen de apreciación que entregan los conceptos jurídicos indeterminados.

Todos estos elementos permiten agregar nuevos materiales para una reformulación del catálogo de control de la discrecionalidad administrativa.

III. ELEMENTOS PARA EL CONTROL DE DISCRECIONALIDAD

A lo largo del tiempo se han venido desarrollando por la doctrina y jurisprudencia, especialmente la comparada, un conjunto de técnicas de control del ejercicio de las potestades discrecionales²⁹. Partiendo del principio de la plena justiciabilidad de la actuación administrativa, el problema será determinar hasta dónde o qué profundidad puede tener la revisión judicial de los actos discrecionales.

1. ESQUEMA CLÁSICO DEL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD

A pesar del riesgo de caer en una reiteración³⁰, se hace necesaria una referencia al esquema, que podría tildarse como clásico, de control de la discrecionalidad administrativa. Entre los elementos que se señalan, se cuentan:

a) Los elementos reglados: en todo acto administrativo existen elementos reglados, como la competencia para ejercitar dicho acto. No existirá potestad de ningún tipo sin una norma que previamente la atribuya, en consecuencia, este será el primer elemento controlable de un acto discrecional.

b) Los hechos determinantes: hechos que han servido de antecedente a la actuación de la Administración Pública. La ocurrencia de un hecho que desencadena el ejercicio de una potestad es, desde luego, controlable.

c) El fin de la potestad: La potestad discrecional ha sido otorgada para el logro de un determinado fin, el que viene impuesto por el ordenamiento jurídico; su no acatamiento constituye un vicio de desviación de poder fiscalizable por la vía contencioso administrativa.

d) Los principios generales del Derecho: siguiendo en este punto a Sánchez Morón, quien al referirse a este elemento en el control de la discrecionalidad advierte sobre las dificultades en la fijación exacta del contenido de tales principios³¹.

2. MATICES AL ESQUEMA CLÁSICO DE CONTROL

A los elementos clásicos de control de la discrecionalidad se han agregado otros que los complementan.

²⁹ Para un panorama completo del control de la discrecionalidad en el Derecho chileno, Cfr. KAZOR ALISTE 2002, t II, 254-263 y SAAVEDRA FERNÁNDEZ 2011.

³⁰ Cfr. BERMÚDEZ, nota 2.

³¹ SÁNCHEZ MORÓN 1994. Además, pueden extrapolarse al tema en cuestión los comentarios que efectúa NIETO 1994, pp. 39-41.

a) *El error manifiesto de apreciación*: es cierto que los hechos determinantes de la actuación son causa y presupuesto de ella, en otras palabras, la decisión constituye la reacción por parte de la Administración frente a una determinada configuración de la realidad. Sin embargo, corresponde a la Administración la calificación de tales hechos. En este punto señala Sánchez Morón que la jurisprudencia ha evolucionado desde una mera constatación de la existencia de tales hechos hasta el control de su ponderación o valoración por parte de la Administración, advirtiendo en todo caso que *su ponderación o valoración implica la mayoría de las veces la utilización de criterios técnicos o políticos, no susceptibles de ser sustituidos por razonamientos puramente jurídicos. Por eso la jurisprudencia de todos los países suele ser muy cauta al ejercer este tipo de control*³². Evidentemente, el control por la vía del error manifiesto de apreciación deberá ser considerado en el caso concreto no pudiendo señalarse a priori una fórmula que solucione de un modo genérico en qué casos se esté en presencia de un error de esa naturaleza³³.

b) *El recurso a la razonabilidad de la decisión*: se ha entendido por la doctrina que un mecanismo de control de la discrecionalidad es el consistente en someter a la decisión a un verdadero test de razonabilidad. Pudiendo decirse que decisión irracional es aquella decisión carente de toda justificación, dictada por el solo capricho o mera voluntad del funcionario encargado de su dictación. No obstante, parece necesario efectuar dos precisiones a este respecto: en primer lugar, se debe tener presente que la doctrina —al menos parte de ella— está consciente en que el control por esta vía debe ser usado de modo juicioso por los tribunales para evitar caer en el subjetivismo judicial. En segundo término, y a título personal, debo señalar que el llamado test de razonabilidad de una decisión no aporta en realidad un criterio de control susceptible de ser distinguido de los mencionados como clásicos. En efecto, una decisión catalogada de irrazonable es aquella carente de justificación, es decir, la que no tiene motivación para haber sido dictada o la que se aparta de los fines para los cuales la potestad fue creada. Consecuentemente, una decisión, antes que irrazonable será o inmotivada o caerá dentro del vicio de desviación de poder y, por tanto, podrá ser controlada por dichos criterios reglados y objetivos, sin necesidad de tener que correr el riesgo de recurrir a una noción poco precisa y proclive al subjetivismo del juzgador. Ahora bien, si la decisión no supera el test de razonabilidad porque adolece de una falta de consistencia o contradicción interna; por ejemplo, si contiene decisiones contradictorias unas con otras; o carece de eficacia, esto es, que lo decidido no es posible de ser llevado a la práctica; en tales casos el Derecho Comparado ha previsto una sanción mucho más enérgica para el acto administrativo, tal es la nulidad plena por su contenido imposible. Así, por ejemplo, en el § 44 de la Ley alemana de Procedimiento Administrativo.

³² SÁNCHEZ MORÓN nota 14, p. 54.

³³ Es precisamente por esa razón por la cual el juez al realizar esta apreciación debe ser muy cauteloso, tratando de desprenderse de criterios subjetivos y apreciando lo que la realidad realmente es y no lo que le gustaría que fuera.

c) *La aplicación del principio de proporcionalidad*: es decir, debe existir una adecuación entre los medios empleados en el acto que se dicta y la finalidad perseguida por el mismo. Nuevamente nos topamos aquí con el riesgo de sustituir la eventual arbitrariedad de la Administración por el, tampoco deseable, subjetivismo judicial. La aplicación del principio de proporcionalidad deberá ser excepcional y reservada a casos que linden con lo burdo y lo grosero, toda vez que sigue siendo la Administración el órgano mejor dotado técnicamente para determinar cuáles serán los medios adecuados y necesarios para el logro de la finalidad querida por la norma. A ello se agrega que, un control por la vía del principio de proporcionalidad supone, antes que todo, la ardua labor de verificar la existencia de tal principio, desde luego, argumentable y además su desarrollo y delimitación³⁴.

d) *La motivación de los actos discrecionales*: a partir de algunas modificaciones en la legislación comparada durante la pasada década, que exigen la motivación expresa de los actos discrecionales, se ha propuesto como moderno elemento de control el de la motivación. Motivar un acto significa expresar las causas o razones que se han tenido para su dictación, las cuales deberán remitirse a los hechos determinantes y a los elementos reglados de la actuación. En efecto, lo no motivado o lo motivado de modo insuficiente o inadecuado equivale a decir que la Administración no ha dado razones de su actuación y que, por tanto, lo hace en virtud de su mera voluntariedad, es decir, que actúa arbitrariamente. No podría afirmarse que la consagración positiva del requisito de la motivación constituye una innovación, toda vez que éste ya había sido recogido en innumerables sentencias y escritos de la doctrina. No obstante ello, parece pertinente agregar todavía los siguientes comentarios a la mención de este elemento:

aa) La carga de la motivación corresponde a la Administración que actúa, es a ella a quien corresponde señalar las razones por las cuales adopta una determinada decisión, pero el legislador no le exige que señale todas las razones por las que lo hace, ni que haga un desarrollo extenso de tales razones, basta con que ésta sea sucinta o resumida.

bb) Por otra parte, la motivación debe realizarse con referencia a hechos y fundamentos de derecho. En todo acto administrativo –incluyendo los discrecionales–, los hechos, es decir, la realidad en virtud de la cual actúa la Administración Pública, constituyen un dato objetivo no susceptible de ser modificado por la Administración sin caer en una arbitrariedad. Con lo cual siempre la Administración deberá fundar su actuación remitiéndose de modo fidedigno a los hechos en que se apoya. Por otro lado, en el caso de las potestades discrecionales, la remisión a los fundamentos de derecho como elemento de la motivación sólo será posible de un modo parcial, ya que la programación o vinculación positiva de la Administración de un modo totalmente

³⁴ El principio de proporcionalidad que rige a la actuación de la Administración no se encuentra consagrado positivamente, sin embargo puede afirmarse que existen manifestaciones del mismo en el artículo 3º inc. 2º LBGAE que dispone que la Administración del Estado debe regirse entre otros por los principios de eficacia y eficiencia, a los que se suman las reglas específicas de los artículos 5º y 8º de la LBGAE.

desarrollado sólo se da respecto de las potestades absolutamente regladas. Consecuentemente, puede decirse que respecto de la actuación discrecional el requisito de la motivación operará de un modo distinto, no será necesario que la Administración señale otros motivos que los de hacer alusión a los hechos determinantes y a los elementos reglados de la actuación. Bastaría con una remisión sucinta a la norma que le atribuye esa potestad discrecional.

cc) Sin embargo, tal circunstancia no exime a la Administración de contar con razones de fondo que demuestren que la decisión no se funda en la sola voluntariedad de quien la adopta. Evidentemente será deseable que la Administración señale en la motivación formal las razones técnicas, políticas, económicas o de cualquier índole que la lleven a tomar esa determinada decisión, sin que la sola circunstancia de su omisión permita afirmar que la decisión es inmotivada y, por tanto, susceptible de ser anulada. Lo que ocurrirá en ese caso será que se pondrá de cargo de la Administración el peso de demostrar que el acto cuenta con una motivación sustantiva que justifique la actuación³⁵.

dd) Desde la perspectiva del Derecho positivo, el artículo 11 inciso 2º de la LBPA dispone que “Los hechos y los fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”. En consecuencia, al menos para esa clase de actos administrativos la motivación es un requisito expreso. Sin embargo, a lo anterior se agrega el artículo 41 inc. 4º LBPA, el cual dispone que “Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada”, por lo que la exigencia de la motivación del acto administrativo se extiende a toda resolución y no sólo respecto de aquellos que tienen incidencia en los derechos de los particulares.

IV. LÍMITE NORMATIVO DE LA DISCRECIONALIDAD

El esquema clásico y los matices al control de la discrecionalidad no dan cuenta totalmente de la forma en que es posible limitar el ejercicio de la discrecionalidad. Para ello se debe apreciar que la primera manera de controlarla viene dada por la forma en que ella misma ha sido establecida. La facultad de decisión discrecional –sea la decisión misma, sea la elección de las diversas opciones– viene entregada por la ley. Sin embargo, el respeto del principio de juridicidad obliga a que la Administración observe todo el bloque de normas que la rigen, incluyendo la observancia tanto de otros instrumentos normativos distintos de la ley, como de los principios generales del Derecho. En consecuencia, una vez que se ha conferido un poder discrecional, nada obstará a que por la vía de la aplicación de otros instrumentos normativos se limite el ejercicio de los poderes discrecionales.

³⁵ En este sentido se ha manifestado SÁNCHEZ MORÓN, nota 14, pp. 159 y 160.

En este sentido juega un rol fundamental el reglamento de ejecución, dictado en ejercicio de la facultad presidencial conferida en el art. 32 N° 6 CPR. Como se sabe, éste regulará los aspectos de detalle de la regulación de una determinada materia. El reglamento podrá precisar los supuestos que el legislador entregó como margen de apreciación discrecional, con lo que la Administración del Estado verá limitadas sus posibilidades de actuación, pasando de lo que era el ejercicio de una potestad discrecional a una de carácter parcialmente reglado. Ciertamente, el reglamento es una norma que la propia Administración se ha dado a sí misma, por lo que podría pensarse que lejos de limitar la discrecionalidad se corre el riesgo de que ésta se amplíe. Frente a dicho riesgo cobran importancia los límites al ejercicio de dicho poder normativo, sin que el reglamento de ejecución pueda ir más allá de lo que la propia ley le ha habilitado.

La aplicación de los principios generales del Derecho también operará en un momento previo como forma de control del ejercicio de la potestad discrecional. En este caso, los principios de protección de la confianza legítima y de proporcionalidad actuarán como elementos previos que deberá observar la Administración antes del ejercicio de la potestad discrecional.

Finalmente, se debe tener en cuenta que el ejercicio de la potestad discrecional podrá estar limitado por el ejercicio de otras potestades que se superponen al poder discrecional. Tal es el caso del ejercicio de los poderes que se desprenden de la jerarquía, en cuya virtud el superior jerárquico podrá ordenar la forma en que se deben ejercer las potestades públicas que correspondan al inferior (art. 7° LBGAE). Evidentemente, si el inferior desobedece la orden de su superior jerárquico el acto administrativo se podrá mantener vigente y válido si no ha contravenido ninguno de los elementos antes señalados, aunque surgirá responsabilidad administrativa para el primero.

V. CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD

Como punto de partida es necesario reiterar la justiciabilidad de todas las actuaciones de la Administración. Es incompatible con el Estado de Derecho la existencia de cualquier reducto de actuaciones exentas del control judicial. Baste para ello con recordar los artículos 38 inc. 2° de la CPR, 2° de la LBGAE y 15 de la LBPA, todos los cuales dan el sustento positivo del recién expresado principio. Sin embargo, el matiz se presenta cuando nos preguntamos si dicha justiciabilidad es o debe ser entendida con igual intensidad respecto de toda actuación administrativa o si, por el contrario, cuando se trata de una actuación discrecional el control judicial tendrá unos límites diversos.

Sin duda éste es uno de los problemas cruciales en el análisis de la discrecionalidad administrativa y a él se han referido de un modo extenso los autores que han entrado en el análisis del tema, por lo que se intentará, en lo posible, evitar reiteraciones innecesarias remitiendo el tema a dos puntos muy específicos, a saber, la nulidad del acto administrativo discrecional y los poderes del juez que anula.

1. LA NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DISCRECIONALES

Si se analizan las causales de nulidad de pleno derecho contenidas en el Derecho comparado, por ejemplo, en el derecho español, puede verse claramente que éstas pueden ser ordenadas, atendiendo a los vicios que pueden afectar a los actos discrecionales, en los siguientes grupos:

a) *Aquellas que se refieren a los elementos reglados del acto.* Se incluyen aquí: actos dictados por órganos manifiestamente incompetentes; actos dictados sin procedimiento administrativo previo; actos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquiere facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos necesarios para su adquisición, y actos que regulen materias reservadas a la ley.

b) *Aquellas referidas a los hechos determinantes del acto.* Tales como: actos de contenido imposible y actos constitutivos de infracción penal o que se dicten como consecuencia de ésta.

c) *Aquellas referidas a la vulneración de la Constitución o al ordenamiento jurídico.* Se incluyen en este supuesto: los actos que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades catalogados como fundamentales y, por tanto, susceptibles por la vía del amparo constitucional; actos que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior y los que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

El presupuesto de toda actuación administrativa lo constituye la realidad, los hechos –o la ausencia de éstos– determinantes, anteriores y externos a los cuales la Administración se enfrenta y que pretende regular o modificar con su actuación. Para hacerlo deberá realizar una selección normativa en la cual funda su actuación. En virtud de dicha selección, el acto o disposición que adopte podrá ser más o menos regulada, o si se quiere más o menos discrecional. Si concluye que la mejor opción será la adopción de una decisión de carácter discrecional, ello querrá decir que la elección normativa que sirve de fundamento de la actuación admitirá que la decisión adoptada haya permitido a la Administración contar con un mayor margen de apreciación entre las opciones de decisión. Ese mayor margen de apreciación se pudo traducir en que al enfrentarse con la decisión concreta, la Administración pudo elegir dentro de un espectro más o menos amplio de opciones de actuación, eligiendo una de ellas como la más adecuada para la satisfacción de los intereses generales que representa³⁶.

Por su parte el juez que se enfrenta al análisis de la decisión discrecional deberá contrastarla con el ordenamiento jurídico en su conjunto. Ateniéndose a la clasificación efectuada precedentemente, el examen de un acto discrecional no diferirá del de un acto reglado cuando el contraste se efectúe con los grupos de causales de las letras a) y b) (elementos reglados y hechos determinantes). Tampoco debería presentar mayores

³⁶ Es en este margen de apreciación donde entran a jugar los criterios técnicos, políticos, económicos, etc., que van a inducir a la Administración a tomar una u otra decisión.

problemas cuando la disposición discrecional atente claramente contra el contenido esencial de alguno de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. Lo mismo ocurrirá en aquellos casos en que se vulnere la jerarquía normativa (Constitución, leyes, normas administrativas de rango superior). Hasta aquí la tarea del juez será más o menos expedita, dado que ella consistirá en una comparación objetiva del acto en cuestión con el resto de las disposiciones.

Los problemas de apreciación para el juez se plantearán en dos ámbitos:

a) Cuando sea dudoso que el acto discrecional lesione el contenido esencial de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, o en aquellos supuestos que se ubican fuera de las causales de pleno derecho y que en el derecho comparado se denominan como casos de anulabilidad, en los que el acto administrativo incurre en una infracción del ordenamiento jurídico, pero no de sus normas positivas (Constitución, ley, reglamento, tratado internacional), sino respecto de los principios generales del derecho que lo informan ¿Cómo poder discernir si el acto vulnera el contenido esencial del derecho, o simplemente se trata de una lesión que es lícita y, por lo tanto, que el particular tiene el deber jurídico de soportar? o ¿Cómo anular un acto que se entiende ha sido dictado en virtud del mandato constitucional de servicio de los intereses generales y en cumplimiento del principio de servicialidad del Estado, porque el juez entiende que vulnera, por ejemplo, el principio general de la confianza legítima?

b) Cuando el juez aprecia que el acto discrecional queda dentro de las opciones que el legislador ha previsto, y que dicha elección se basó en antecedentes muy técnicos o, por el contrario, que responden claramente a un criterio de oportunidad. El problema radicará aquí en que, en principio, para el juez será prácticamente imposible controlar dichos ámbitos de decisión. Para afirmar este aserto se han dado, normalmente, dos órdenes de fundamentos. El primero, porque el juez carece del grado de especialización técnica, con el que sí cuenta la Administración Pública que adoptó la decisión, tal como se ha afirmado por la más reconocida doctrina: *la Administración está mejor equipada, en comparación con el Poder Legislativo o Judicial para enfrentarse con complejos problemas, debido a su diseño institucional: su personal especializado, la experiencia derivada de su actividad, así como, por lo que nos interesa, la flexibilidad y adecuación específica de sus procedimientos de toma de decisiones*³⁷. El segundo, porque ese ámbito de decisión corresponde a lo que se conoce como poder conformador de la Administración Pública³⁸, el cual corresponde a su función ejecutiva o de gobierno.

No es posible dar una respuesta totalmente segura y de carácter a priori, que dé solución al problema. Sin embargo, se debe advertir que el juez también cuenta con un amplio margen de apreciación, cuyos contornos sólo la jurisprudencia irá definiendo, aunque de una forma no vinculante para casos posteriores. Por lo que no resulta mejor

³⁷ CORDERO 2007, p. 163.

³⁸ PAREJO 2008, p. 82.

sustituir la arbitrariedad administrativa por un mal entendido subjetivismo judicial. En efecto, es poco probable que pueda hablarse de jurisprudencia en el sentido de formación de una verdadera *ratio decidendi* cuando en realidad lo que debe hacer la Corte Suprema es suplir las carencias de regulación que se le presentan en múltiples ámbitos.

2. LOS PODERES DE SUSTITUCIÓN POR EL JUEZ DE LA DECISIÓN ADMINISTRATIVA DISCRECIONAL

Una vez que el juez ha determinado, por alguna de las causales enumeradas anteriormente, que la decisión administrativa discrecional debe ser anulada, nos encontramos con un vacío dejado por dicha declaración. Frente a la nulidad del acto se plantean dos opciones al juzgador: remitir nuevamente a la Administración para que sea ella quien proceda a dictar un nuevo acto administrativo, ahora conforme a Derecho, o dictar él mismo la decisión de reemplazo, sustituyendo a la Administración.

Ambas opciones cuentan con adeptos y detractores dentro de la doctrina nacional y comparada y ambas pueden ser fundamentadas desde un punto de vista dogmático y positivo. Sin embargo, parece ser que es la primera de ellas la que lógicamente se encuadra mejor con la naturaleza de la potestad que se está fiscalizando. En efecto, la Administración al actuar en ejercicio de potestades discrecionales cuenta con un espectro más o menos amplio de apreciación, o si se quiere de libertad de elección, un margen de apreciación que no ha sido autoatribuido, sino que le ha sido otorgado positivamente por el legislador para que en una determinada materia tome la decisión que objetivamente le parezca sirve de mejor modo los intereses generales de la sociedad³⁹. Frente al ejercicio de dicho poder el juez, que anula la decisión, está facultado para adoptar las medidas que sean necesarias para el pleno restablecimiento del imperio del derecho con respecto a una situación jurídica individualizada. Sin embargo, tan amplias potestades del juzgador no pueden ser entendidas de un modo excesivamente amplio como para justificar la sustitución de la Administración por el juez.

Se autoriza al juez para adoptar medidas tendientes al restablecimiento del derecho en una situación jurídica en particular, pero no lo autoriza para administrar. De este modo, podrá fijar límites a la actuación, ordenar la salvaguarda de ciertos intereses, pero en ningún caso podrá tomar él mismo la decisión sin desfigurar la función de juzgar que constitucionalmente le ha sido asignada. Por su parte, la Administración podrá, dentro de los límites impuestos por la decisión judicial, elegir otra de las opciones del espectro de posibilidades que le ofrecía la potestad discrecional⁴⁰. Una comprobación positiva de

³⁹ El art. 11 inc. 1º LBPA dispone a propósito del principio de imparcialidad que “La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte”.

⁴⁰ Por otra parte, también debemos considerar que cuando se trata del ejercicio de facultades que han sido conferidas para el logro de finalidades públicas, en el ámbito de lo que se ha denominado Administración prestacional, los

lo expuesto se encuentra en el art. 30 inc. 2º de la Ley N° 20.600 de Tribunales Ambientales, en el cual se señala que en los casos en que el Tribunal Ambiental anule un acto administrativo o una norma ambiental “no podrá determinar el contenido específico de un precepto de alcance general en sustitución de los que anulare... así como tampoco podrá determinar el contenido discrecional de los actos anulados”.

3. PODERES DE SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO POSITIVA

Resulta difícil encontrar ejemplos en el derecho positivo que den cuenta de los poderes que tiene el juez en el contencioso administrativo de legalidad, y muchos menos que se refieran expresamente a las posibilidades de dictar directamente los actos de reemplazo. Por el contrario, el art. 30 de la Ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales, da cuenta de una tendencia que va en la dirección opuesta. Un caso dudoso lo entrega el art. 141 letra h) de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, el cual dispone, a propósito del reclamo de ilegalidad de las resoluciones municipales, que: *La Corte, en su sentencia, si da lugar al reclamo, decidirá u ordenará, según sea procedente, la anulación total o parcial del acto impugnado; la dictación de la resolución que corresponda para subsanar la omisión o reemplazar la resolución anulada...* Una primera lectura da la impresión de que efectivamente la Corte de Apelaciones tiene el poder de dictar actos de reemplazo, sin embargo, un análisis más detallado demuestra que el tribunal carece de tales poderes. En efecto, la Corte de Apelaciones que decide la anulación de la resolución ilegal, o bien ordena a la Administración Local la dictación de la resolución correspondiente que subsane la omisión u ocupe el lugar de aquella que fue anulada, pero no lo dicta ella misma. En el caso del reclamo equivalente, en materia de resoluciones de un Gobierno Regional, la Ley N° 19.175 Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, dispone en el art. 108 letra h) que: *Si la Corte da lugar al reclamo, en su sentencia decidirá u ordenará, según sea procedente, la anulación total o parcial del acto impugnado; dictará la resolución que corresponda para reemplazar la resolución o acuerdo anulado....* La redacción en este caso es mucho más precisa, entregándose expresamente el poder a la Corte de Apelaciones que conoce del reclamo para que dicte la resolución que subsana la omisión o reemplaza aquella que fue anulada. No obstante, la literalidad del precepto citado, en la práctica no se conocen casos en los que el tribunal hubiere hecho uso de este poder.

VI. CONTROL ADMINISTRATIVO DE LA DISCRECIONALIDAD

La jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República ha sido especialmente activa a la hora de fijar parámetros a la actuación discrecional de la Ad-

intereses generales se ven reforzados por el principio del Estado Social. Y ello irá, necesariamente, en desmedro de los intereses (ni siquiera derechos) individuales de los particulares.

ministración. De sus dictámenes es posible extraer ciertas reglas de alcance general que orientan el ejercicio de dichas actuaciones. Entre dichas reglas es posible distinguir las siguientes:

a) *Coherencia entre decisión y antecedentes aportados en el procedimiento administrativo.* Una cuestión fundamental resulta de la coherencia que debe tener la decisión administrativa y la petición formulada y los antecedentes aportados durante la tramitación del procedimiento administrativo. Ello se desprende, por ejemplo, del dictamen N° 25.275, de 30 de mayo de 2006, en el que la Contraloría General de la República, a propósito de los procedimientos de fijación de tarifas de telecomunicaciones afirma expresamente que “la deliberación que realice la Administración para fijar las tarifas debe encontrar su fundamento en el respeto al procedimiento generador de los motivos y bases de su decisión, pues, si bien existe cierto grado de discrecionalidad en la potestad que le permite resolver sobre la materia, ello debe ceñirse a las alternativas originadas en la aportación de antecedentes y justificaciones técnicas durante el proceso tarifario”. Esta regla de coherencia también es posible de ser fundada en la LBPA, cuyo art. 41 inc. 1° dispone que “La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá las cuestiones planteadas por los interesados”. Y luego el inc. 3° dispone: “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”.

b) *La discrecionalidad debe ser razonable.* El ejercicio de las potestades discrecionales debe quedar cubierta por un proceso razonado de toma de decisiones, lo que le permite incluir a la Administración, por ejemplo, cuando fija el valor de un derecho, otros costos no señalados expresamente por el legislador, pero que le permiten fijar un precio competitivo⁴¹.

c) *La actuación totalmente reglada excluye a la discrecionalidad.* Si bien es dable esperar que un acto administrativo contenga elementos reglados y discrecionales, la jurisprudencia administrativa advierte que en ciertos casos la potestad es totalmente reglada, lo que se aprecia generalmente cuando se trata de adoptar medidas de contenido negativo para los administrados, como, por ejemplo, cuando se trata de imponer una sanción no prevista expresamente. En tales casos, no concurre discrecionalidad alguna y sólo le queda a la autoridad administrativa actuar según la previsión legal y sin que pueda efectuar una calificación de las circunstancias que le permitan extender una potestad de contenido negativo⁴².

d) *La discrecionalidad de elección no presupone la discrecionalidad de decisión.* Lo que quiere decir que la circunstancia que la Administración pueda elegir una de entre varias

⁴¹ Dictamen N° 40.235, de 2006.

⁴² Dictamen N° 29.193, de 2006.

consecuencias jurídicas, no la habilita para que, producido el supuesto de hecho, pueda decidir si actúa o no⁴³.

VII. CONCLUSIONES

La existencia de poderes discrecionales plantea ventajas para la actuación administrativa, toda vez que le permite a la Administración del Estado actuar con flexibilidad, lo que le permite tener en cuenta los méritos individuales de cada caso al momento de adoptar una decisión. Paralelamente, este poder pone al ciudadano a merced del administrador, ya que en ocasiones la línea divisoria entre el ejercicio del poder discrecional y por tanto legal, y la arbitrariedad ilegítima son muy tenues⁴⁴.

En el Derecho Administrativo chileno la existencia de un sistema de control intenso de la discrecionalidad tiene más de mito que de cierto. Y esto vale, tanto por lo rudimentario del sistema de control jurisdiccional estructurado casi todo él en torno al recurso de protección, como por la, incluso, dudosa existencia de un contraste entre potestades discrecionales y potestades regladas. Lo único que permite la discrecionalidad administrativa es elegir de entre dos, tres o más opciones a una de ellas para aplicarla a un caso particular en forma de resolución. Pero la decisión no puede ser inventada por la Administración Pública, esta viene consagrada y delineada en sus límites por el ordenamiento jurídico. En consecuencia, la sola existencia de opciones de actuación no trae como consecuencia necesaria que efectivamente se trate del ejercicio de una potestad que implique un margen de apreciación para la Administración Pública, ya que al momento de efectuar la subsunción entre hechos y norma jurídica, y teniendo en cuenta los principios generales que debe observar –jugando un rol preponderante los principios de protección de la confianza legítima y de proporcionalidad– lo más probable será que solo quede una posibilidad de actuación. Es decir, discrecionalidad reducida a cero.

Cosa distinta ocurre con los conceptos jurídicos indeterminados. En un momento previo a la decisión la Administración Pública fija el contenido de uno de tales conceptos, y conforme a ese dictamen previo adopta una resolución (formal o material). Determinar si existe o no una catástrofe natural o si se vulnera o no el orden público, supone fijar el contenido para el caso concreto del concepto jurídico indeterminado. Qué tan revisable por el juez puede ser dicha fijación, es una cuestión aún debatida, pero que dependerá mucho de la perspectiva política con que ese concepto se haya actualizado.

Hoy en día la Administración es menos que nunca un ente carente de limitaciones y controles externos a su actuación. El Estado de Derecho comparte su primacía con otros valores como los democráticos y sociales de igual envergadura que el primero y

⁴³ Dictamen N° 28.260, de 2006.

⁴⁴ CANE 1996, pp. 135-136.

que suponen una renovación de los contornos de aquél. Por su parte, los particulares enfrentados a la Administración, en cada vez más reiteradas ocasiones serán entidades económicas, políticas o sociales con un poder incluso equiparable al del Estado. Sólo la valoración objetiva de los intereses generales frente a los del particular, aplicando los principios en que se funda el Estado de Derecho permitirá compatibilizar las pretensiones antagónicas de unos y otros.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALARCÓN, Pablo (2009): “La discrecionalidad administrativa ante la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia”, en: ARANCIBIA y MARTÍNEZ [editores], *La Primacía de la Persona, Estudios en Homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss* (Santiago, LegalPublishing).
- ARANCIBIA, Jaime (1996): “Concepto de Discrecionalidad Administrativa en la jurisprudencia emanada del recurso de protección”, en: *Revista de Derecho Público*, N° 60, pp. 99-124.
- BACHOF, Otto (1955): “Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht”, en *Juristenzeitung*.
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel (1995): *Discrecionalidad Administrativa y Constitución* (Madrid, Tecnos).
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011): *Derecho Administrativo General* (Santiago, Thomson Reuters Abeledo Perrot) 2ª edición.
- _____ (2005): “El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Volumen XVIII N° 2, pp. 83-105.
- BOCANEGRA, Raúl (2006): *Lecciones sobre el Acto Administrativo* (Madrid, Dykinson) 3ª edición.
- CANE, Peter (1996): *An Introduction to Administrative Law* (Oxford, Clarendon Press).
- CORDERO, Luis (2007): *El Control de la Administración del Estado* (Santiago, LexisNexis).
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y MENÉNDEZ REXACH, Ángel (2001): *Acto y Procedimiento Administrativo* (Madrid, Marcial Pons).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás (1997): *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid, Civitas) 7ª edición.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang (2006): “*Eigenständigkeit der Verwaltung*”, en: HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ASSMANN y VOSSKUHLE [editores], *Grundlagen des Verwaltungsrechts* (Munich, Beck) t I.
- KAZOR ALISTE, Kamel (2002): *La Sumisión a Derecho de los Actos y Disposiciones del Presidente de la República* (Santiago, Universidad Central de Chile) t I.
- MAURER, Hartmut (1999): *Verwaltungsrecht* (Munich, Beck) 12ª edición.
- NIETO, Alejandro (1994): “Uso y Abuso de los principios generales del Derecho”, en: *Derecho Administrativo Sancionador* (Madrid, Tecnos) Segunda edición.
- PAREJO, Luciano (2008): *Crisis y Renovación en el Derecho Público* (Lima, Palestra).
- SAAVEDRA FERNÁNDEZ, Rubén (2011): *Discrecionalidad Administrativa* (Santiago, Abeledo Perrot LegalPublishing).
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1994): “Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en: *Cuadernos de Derecho Judicial*, Volumen XXXII.
- _____ (1994): *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial* (Madrid, Tecnos).
- ULE, Carl Herрман (1955): “Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht”, en: *Gedächtnisschrift für W. Jellikek*.

DOCTRINA

WOLFF, Hans J., BACHOF Otto y STÖBER Rolf (1999): *Verwaltungsrecht* (Munich, Beck) t I, 11ª edición.

JURISPRUDENCIA CITADA

Valenzuela Vanella con Alcalde de Municipalidad de Las Condes (2005): Corte Suprema 7 de marzo de 2005.

Dictámenes N°s. 25.275, de 2006; 29.193, de 2006; 28.260, de 2006; 53.493, de 2007 y 1.291, de 2013, todos de Contraloría General de la República.

LEGITIMACIÓN EN DEFENSA DE LOS INTERESES COLECTIVOS ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: DELIMITACIÓN Y DISTINCIÓN DE SUPUESTOS AFINES*

ELOÍSA CARBONELL PORRAS¹

SUMARIO: Introducción; I. La habilitación legal para defender intereses legítimos colectivos en la legislación sectorial; II. Algunas delimitaciones previas y generales en relación con el artículo 19.1.b) de la LJCA: A) Planteamiento general; B) Organizaciones personificadas y grupos y entes sin personalidad. La capacidad procesal y el criterio de la “afectación”; C) La defensa por la organización de los derechos e intereses legítimos de sus afiliados, miembros, asociados e incluso de terceros. La legitimación representativa; D) La defensa colectiva de situaciones jurídicas individualizadas o intereses legítimos comunes. La representación voluntaria; III. Aproximación a los intereses legítimos colectivos y su defensa por las organizaciones habilitadas legalmente: A) Los intereses colectivos y/o difusos. La distinción de la Ley de Enjuiciamiento Civil y su incorporación en la LJCA. Crítica. B) Los intereses sociales, profesionales y económicos en la jurisprudencia constitucional y su parcial consideración como intereses legítimos colectivos; C) Algunas reflexiones generales.

INTRODUCCIÓN

El acceso a los Tribunales frente a todas las actuaciones de los poderes públicos constituye uno de los grandes logros del Estado de Derecho que, en España, está vinculado con la Constitución de 1978 y el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra su artículo 24². Hoy día puede afirmarse que cualquier persona cuyos derechos e intereses legítimos resulten afectados por la actividad o inactividad de las Administraciones públicas tiene la posibilidad de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. Como expresa con claridad la Exposición de Motivos de la Ley N° 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA) se trata de que “nadie, persona física o jurídica, privada o pública, que tenga capacidad jurídica suficiente y sea titular de un interés legítimo que tutelar, concepto comprensivo de los derechos subjetivos pero más amplio, pueda verse privado del acceso a la

* Proyecto I+D+i del Plan Nacional titulado “Los intereses colectivos: representación y defensa ante la Administración y los tribunales. Las ‘otras’ legitimaciones” (Referencia DER 2011-26080) del que soy Investigadora Principal en la Universidad de Jaén integrado en el Grupo de Investigación del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI) SEJ-317: *Andalucía y la Unión Europea. La participación institucional*.

Este trabajo es una actualización de mi colaboración en la obra colectiva *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al profesor Doctor. Lorenzo Martín-Retortillo*, dirigida por Martín Rebollo, editada por Gobierno, Cortes y Justicia de Aragón, Caja Inmaculada, Ibercaja y Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 2008, t II, pp. 1395 a 1426, que llevaba por título “Los intereses legítimos colectivos en el proceso contencioso-administrativo”.

¹ Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Jaén (España).

² Sobre la evolución del proceso contencioso-administrativo, GARCÍA DE ENTERRÍA 2007.

justicia”. En coherencia con este planteamiento, el artículo 19.1 de la ley recoge, en primer lugar, la legitimación general –que se reconoce a quien ostenta un derecho subjetivo o un interés legítimo–, así como la de concretas personas jurídicas, incluida la de las Administraciones Públicas y otras organizaciones públicas o privadas³. Destaca el apartado b) que reconoce la legitimación activa de las “corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos”. A este tipo de intereses ya se refería la Ley Orgánica N° 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) en su artículo 7.3, que también relaciona su defensa con la “legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción”⁴. Además, en la legitimación de las diversas categorías de intereses es fundamental las novedades que introduce en la legitimación activa en general la nueva legislación sobre el proceso civil, la Ley N° 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante,

³ El artículo 19.1 de la LJCA reconoce expresamente la legitimación de la Administración del Estado, “cuando ostente un derecho o interés legítimo, para impugnar los actos y disposiciones de la Administración de las Comunidades Autónomas y de los Organismos públicos vinculados a éstas, así como los de las Entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local, y los de cualquier otra entidad pública no sometida a su fiscalización” –c); de la Administración de las Comunidades Autónomas, “para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de la Administración del Estado y de cualquier otra Administración u Organismo público, así como los de las Entidades locales, de conformidad con lo en la legislación de régimen local” –d); a la de las Entidades locales territoriales, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, así como los de Organismos públicos con personalidad jurídica propia vinculados a una y otras o los de otras Entidades locales –e) y a la de las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas para impugnar los actos o disposiciones que afecten al ámbito de sus fines –g). También se reconoce en el art. 19.1.f) la legitimación del Ministerio Fiscal para intervenir en los procesos que determine la Ley. Aunque la legitimación del Ministerio Fiscal no es equiparable a las de las Administraciones públicas, la recogemos junto a ellas en cuanto que se trata de “un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia” según el artículo 1° de la Ley N° 50/1981, de 30 de diciembre, que aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. De la legitimación de las Administraciones Públicas estatal y autonómicas me he ocupado con cierto detalle en “Comentario al artículo 63” en REBOLLEDO PUIG 2007, vinculando su naturaleza con los fines de tutela sobre las entidades locales que instrumentalizan los procedimientos de impugnación que articula la propia LRRL y que no permiten considerar a dichas Administraciones como interesados en sentido propio. La equiparación que ha realizado alguna sentencia de las Administraciones a los “interesados” para el ejercicio de la acción de nulidad del artículo 102 de la Ley N° 30/1992 ha sido analizada con detalle por REBOLLEDO PUIG 2010, pp. 453 y ss.

⁴ Como es sabido, la LJCA de 1956 se refería a los intereses profesionales o económicos en su artículo 32 cuya defensa correspondía a los Colegios Oficiales, los Sindicatos, las Cámaras, Asociaciones y demás entidades legalmente constituidas para velar por dichos intereses. Se trataba también de una legitimación que se reconocía a determinadas organizaciones para la defensa de unos intereses susceptibles de considerarse colectivos, pues permitía a estas entidades acudir a los tribunales en supuestos en los que la idea de interés directo excluía la legitimación. Sin embargo, la aprobación de la Constitución y el reconocimiento de la tutela judicial efectiva va a suponer una reinterpretación de la idea del interés profesional o económico que ha permitido un amplio reconocimiento de la legitimación activa de las organizaciones de trabajadores y profesionales a los que después se aludirá. Unas reflexiones generales sobre los intereses jurídicos y su redefinición puede verse en SÁNCHEZ MORÓN 1980, pp. 112 y ss., y en NIETO GARCÍA 1991, t III, pp. 2185 y ss.

LEC), aprobada dos años después de la regulación inicialmente establecida para el orden contencioso-administrativo.

El reconocimiento de los intereses legítimos colectivos supone un nuevo paso en la progresiva extensión de la tutela judicial efectiva que, por otra parte, contribuye decididamente a una mayor eficacia en un control judicial de la Administración más efectivo e, incluso, a una mayor efectividad de algunos derechos, principios o valores de la sociedad actual⁵, y así lo ha puesto de relieve la doctrina que se ha ocupado de este tema⁶. Un primer acercamiento a la noción de interés legítimo colectivo pone de manifiesto su trascendencia respecto de situaciones jurídicas activas referidas a unos concretos titulares individualizados, para aludir a las que afectan a todos, a casi todos, a la mayoría o a grupos más o menos amplios de personas. Por ello, al permitir su acceso a la jurisdicción se defiende el interés común que también está amparado en el artículo 24 de la Constitución como la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 62/1983, de 11 de julio subraya:

... dentro de los intereses protegidos hay que distinguir los de carácter personal, pues en relación a ellos se establece el derecho fundamental del artículo 24.1 de la Constitución (sus ... intereses legítimos), ..., para delimitar el ámbito del derecho fundamental a la tutela judicial es necesario determinar si en los supuestos comprendidos por la legislación preconstitucional dentro de las acciones populares se encuentran casos en que el ciudadano que las ejercita es titular de un interés legítimo y personal. Pues bien, por lo que aquí interesa, debe señalarse que dentro de los supuestos en atención a los cuales se establecen por el Derecho las acciones públicas se encuentran los intereses comunes, es decir, aquellos en que la satisfacción del interés común es la forma de satisfacer el de todos y cada uno de los que componen la sociedad, por lo que puede afirmarse que cuando un miembro de la sociedad defiende un interés común sostiene simultáneamente un interés personal, o, si se quiere desde otra perspectiva, que la única forma de defender el interés personal es sostener el interés común. Esta solidaridad e interrelación social, especialmente intensa en la época actual, se refleja en la concepción del Estado como social y democrático de Derecho, que consagra la Constitución (artículo 1.1), en el que la idea de interés directo, particular,

⁵ En la defensa de los intereses colectivos, el recurso contencioso-administrativo constituye, según la Exposición de Motivos de la LJCA, un “instrumento útil para una pluralidad de fines: la defensa del interés personal, la de los intereses colectivos y cualesquiera otros legítimos, incluidos los de naturaleza política, mecanismos de control de legalidad de las Administraciones Inferiores, instrumento de defensa de su autonomía, cauce para la defensa de derecho y libertades encomendados a ciertas instituciones”. Como puso de relieve MARTÍN-RETORTILLO 1991, 585 y ss. el protagonismo en la efectiva defensa de los derechos fundamentales corresponde a los ciudadanos individual o colectivamente.

⁶ Diversos autores han prestado especial atención en los últimos tiempos a reconocimiento de los intereses legítimos colectivos, vid, en particular, SILGUERO ESTAGNAN 1995; GONZÁLEZ CANO 1997; GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES 1999, y CABAÑAS GARCÍA 2005. Concretamente respecto del proceso contencioso-administrativo se ha puesto de manifiesto que la actual evolución de la legitimación activa está precisamente marcada por el progresivo reconocimiento de los intereses colectivos y su defensa jurisdiccional por las organizaciones creadas expresamente para ello CORDÓN MORENO 1999.

como requisito de legitimación, queda englobado en el concepto más amplio de interés legítimo y personal, que puede o no ser directo.

Los artículos 7.3 de la LOPJ y 19.1. b) de la LJCA remiten a la legislación sectorial correspondiente la concreción de qué organizaciones gozaran de la habilitación legal para la defensa de intereses legítimos colectivos, y el legislador del siglo XXI ha comenzado a dedicar específica atención a esta cuestión, reconociendo con mayor o menor claridad, intereses legítimos colectivos cuya defensa corresponde a determinadas organizaciones. También la legislación sobre procedimiento administrativo se refiere a los intereses legítimos colectivos, pues el artículo 31.2 de la Ley N° 30/1992 dispone que las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales “serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la ley reconozca”. Esta remisión a la ley es una muestra de las cautelas y recelos del legislador en el reconocimiento de los intereses legítimos colectivos⁷. Pero, para disipar estos posibles inconvenientes, lo primero sería superar cualquier equiparación entre la representación y defensa de intereses legítimos colectivos en el procedimiento administrativo y en el proceso contencioso-administrativo. En el procedimiento administrativo, debería permitirse que cualquier organización de ciudadanos se persone y alegue cuanto considere oportuno en defensa de cualquier interés, sin necesidad de que una ley haya reconocido la titularidad de unos intereses legítimos colectivos. Si, por el contrario, de lo que se trata es de reconocer la legitimación activa de modo que quién es titular del interés legítimo colectivo interponga un recurso contencioso-administrativo en su defensa, sí resulta razonable exigir que el legislador habilite expresamente para ello, precisando quién es el titular del interés legítimo colectivo en cuestión. Por ello, este trabajo se centra en la legitimación activa en la jurisdicción contencioso-administrativa de los intereses legítimos colectivos, y no se ha prestado atención a la participación en los procedimientos administrativos, ni al concepto de interesado de la legislación de procedimiento administrativo⁸. Sin embargo, como es sabido, la práctica jurisprudencial que rechaza que la defensa de la Administración cuestione la legitimación procesal de quién participó en el procedimiento administrativo dificulta esta distinción⁹. Sin perjuicio de esto, respecto de la representación y defensa de los derechos e intereses de los ciudadanos que trascienden los de concretos individuos, debería, en mi opinión, diferenciarse con la finalidad de facilitar una amplia participación en los procedimientos previos a la adopción de las decisiones administrativas que no condicione el ulterior acceso a los tribunales. Esta misma idea está presente

⁷ Por todos pueden verse las reflexiones de SANTAMARÍA 1993, pp. 120 a 122.

⁸ CIERCO SIEIRA 2002.

⁹ Algunos autores han señalado que “esta doctrina, sin embargo, carece de fundamento técnico-jurídico y existe una corriente opuesta que defiende la competencia del órgano judicial para decidir tales extremos, sin que al hacerlo, resulte vinculado por el criterio adoptado por la Administración”, CORDÓN MORENO 1999, p. 94 y GIMENO SENDRA *et al.* 1999, p. 216.

en la reciente Ley N° 27/2006, de 18 de julio, en materia de medio ambiente, como tendremos ocasión señalar.

Cualquier aproximación a la idea del interés legítimo colectivo debe tener en cuenta los márgenes positivo y negativo que, en términos generales, determinan quién está legitimado activamente en el proceso contencioso-administrativo, y quién carece de legitimación. Respecto de lo primero, gozan de legitimación activa los titulares de derechos e intereses legítimos. Recordemos ahora que la idea de interés legítimo, como ha reiterado el Tribunal Constitucional, se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados) de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Más sencillamente, se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. El interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida. Luego, para que exista interés legítimo en la jurisdicción contencioso-administrativa, la resolución impugnada (o la inactividad denunciada) debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso, siendo por ello inconstitucionales las decisiones jurisdiccionales de inadmisión de recursos en los que se pueda cabalmente apreciar tal interés. Respecto de lo segundo, no pueden acudir a los tribunales los sujetos que carecen de esa relación material individualizada con el objeto procesal pues, como es sabido, el interés en que la Administración actúe conforme a derecho, funcione correctamente, de la manera que mejor satisfaga los fines públicos o cualquier otro interés general de todos los ciudadanos no constituye título suficiente para acudir a los tribunales, salvo que la ley haya reconocido la acción pública que otorga a los particulares la posibilidad de acudir a los tribunales sin necesidad de justificar una relación determinada con el objeto del proceso¹⁰.

Desde esta perspectiva general, y aunque no se pretende elaborar una construcción dogmática y acabada de los intereses legítimos colectivos, ni de las diferentes opiniones doctrinales al respecto, parece claro que, en el proceso contencioso-administrativo, la habilitación legal para la defensa judicial de intereses legítimos colectivos abre una vía intermedia entre el interés legítimo común y el interés simple. Posibilita que ciertos sujetos de derecho acudan a los tribunales en defensa de unos intereses que trascienden a los de concretos ciudadanos, o mejor, que interesan a todos, a la mayoría o a colectivos más o menos amplios porque así lo ha considerado la ley.

¹⁰ COSCULLUELA MONTANER 1973, pp. 22 y ss. Recientemente en mi colaboración al Libro Homenaje al Profesor Enrique Gómez Reino titulado “La legitimación activa en defensa del Camino de Santiago”, actualmente en prensa, he tenido la ocasión de destacar como concurre una doble acción pública: la que reconoce la legislación urbanística y la prevista en la legislación sobre patrimonio histórico-artístico.

I. LA HABILITACIÓN LEGAL PARA DEFENDER INTERESES LEGÍTIMOS COLECTIVOS EN LA LEGISLACIÓN SECTORIAL

Los artículos 7.3 de la LOPJ y 19.1. b) de la LJCA se refieren a la habilitación legal para la defensa de intereses legítimos colectivos. En consecuencia, resulta necesario partir de los supuestos en los que el Derecho positivo ha reconocido expresamente este tipo de intereses con apoyo más o menos expreso en la Constitución. No obstante, debe notarse la influencia del Derecho de la Unión Europea pues, en algunos supuestos como en consumo o igualdad de trato, hace referencia a las organizaciones constituidas para la defensa de intereses colectivos¹¹.

La Constitución española de 1978 alude expresamente a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales por los sindicatos y asociaciones empresariales (artículo 7º) y de los intereses económicos y profesionales por los colegios y organizaciones profesionales (artículos 36 y 52), y por las asociaciones de jueces, magistrados y fiscales (artículo 127). Aunque después tendremos ocasión de profundizar en qué son intereses económicos, profesionales y sociales según el Tribunal Constitucional, interesa ahora poner de relieve que las leyes, además de reconocer que son propios de las organizaciones sindicales, empresariales y profesionales, también pueden referirse a la actuación procesal de la organización en defensa y representación de sus miembros, asociados o afiliados, pues, como se comprobará, este supuesto debe diferenciarse de la defensa del interés legítimo colectivo. En efecto, en relación con los sindicatos y las asociaciones empresariales, cabe que asuman la defensa y representación de los intereses sociales y económicos que le son propios, pero también podrán actuar en el proceso en nombre e interés de sus afiliados –artículos 17 y 20 de la Ley Nº 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social–. La misma idea está presente en el artículo 425.8 de la LOPJ, que confiere legitimación a las asociaciones de jueces y magistrados para recurrir las resoluciones recaídas en los procedimientos disciplinarios entablados

¹¹ Así, por ejemplo, la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores que se refiere a los intereses colectivos como aquellos “intereses que no son una acumulación de intereses individuales de particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción”; la Directiva 76/207/CEE, del Consejo de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. Esta última fue modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002, que dispone en su artículo 6. 3: “los Estados miembros velarán por que las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en el Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva, puedan iniciar, en nombre o en apoyo del demandante, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial y/o administrativo establecido para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva”; o, la Directiva 96/61/CE, de 24 de septiembre, sobre la prevención y el control integrados de la contaminación cuyos artículo 15 *bis* –introducido por la Directiva 2003/25/CE, de 26 de mayo– considera que toda organización no gubernamental que cumpla unos determinados requisitos debe tener garantizado el acceso a los tribunales como titular de lo que la Directiva denomina “interés suficiente”.

contra sus asociados, previa autorización de éstos, o en las normas reguladoras de los Colegios profesionales que contempla la legitimación del colegio en defensa de los intereses individuales de los colegiados.

Además, el artículo 51 de la Constitución se refiere a los “legítimos intereses económicos” de los consumidores y usuario y, en su aplicación, las asociaciones que los agrupan han gozado desde la aprobación de la Ley N° 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, de una especial posición para la defensa y representación de intereses colectivos ante las Administraciones Públicas y los Tribunales. El régimen de las organizaciones de consumidores y usuarios fue modificado por la Ley N° 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, para, entre otras cosas, adaptar el régimen de las asociaciones a lo previsto en la Ley Orgánica N° 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y para reforzar sus obligaciones de transparencia para asegurar su independencia. La regulación actual, no obstante, es la prevista en el Real Decreto Legislativo N° 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU). Según su artículo 23, son asociaciones de consumidores y usuarios las organizaciones sin ánimo lucro que tengan como finalidad la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores, incluyendo su información, formación y educación, bien sea con carácter general, bien en relación con bienes o servicios determinados, y que se constituyan conforme a legislación general sobre asociaciones y específica sobre consumo. Sólo las constituidas conforme a dichos requisitos están “legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios”, mientras que las que no los cumplan, “sólo podrán representar los intereses de sus asociados o de la asociación, pero no los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores”. Para completar esta distinción que establece en el artículo 24 del TRLGDCU, el apartado 2 precisa que “a efectos de lo previsto en el artículo 11.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tendrán la consideración legal de asociaciones de consumidores y usuarios representativas las que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el ámbito territorial del conflicto afecte fundamentalmente a una comunidad autónoma, en cuyo caso se estará a su legislación específica”. En relación con los requisitos específicos que prevé el texto refundido, destaca el artículo 23.3, pues dispone que “las asociaciones de consumidores y usuarios deben actuar para el cumplimiento de sus fines con independencia frente a los operadores del mercado y a los poderes públicos, sin que la obtención de subvenciones u otros recursos públicos concedidos en base a criterios de objetividad puedan mermar tal independencia”¹².

¹² Un estudio reciente de esta normativa lo realizan REBOLLEDO PUIG *et al.* 2011.

Otra de las materias en las que la doctrina ha defendido el reconocimiento de un interés colectivo para contribuir a mejorar el control judicial es el medio ambiente¹³. Esta cuestión se ha regulado expresamente en la reciente la Ley N° 27/2006, de 18 de julio, relativa a los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Resulta relevante destacar que el acceso a la justicia en defensa de intereses colectivos queda reservado a determinadas organizaciones, y se regula de forma diferenciada de las impugnaciones que procedan si la Administración incumple los derechos de información y participación. El artículo 20 de la ley dispone que “el público que considere que un acto o, en su caso, una omisión imputable a una autoridad pública ha vulnerado los derechos que le reconoce esta ley en materia de información y participación pública” puede interponer los recursos que procedan. Debe advertirse que el artículo 2º de la ley diferencia las personas interesadas y el público. El “público” es cualquier persona física o jurídica, así como sus asociaciones, organizaciones y grupos mientras que las personas interesadas son quienes lo sean según las reglas generales de la legislación de procedimiento administrativo y las personas jurídicas sin ánimo de lucro que cumplan los requisitos legalmente exigidos para la defensa de intereses legítimos colectivos. De esta forma, cualquier organización medio ambiental podrá, en los términos previstos en la ley, participar en los procedimientos administrativos y ejercer el derecho de información y, si la Administración no los respeta, acudir a los tribunales. Pero sólo ciertas organizaciones están legitimadas en el proceso contencioso-administrativo para la tutela judicial de los intereses legítimos colectivos medioambientales. En efecto, de los artículos 22 y 23 de la ley se deduce que pueden interponer los recursos administrativos y contencioso-administrativos que procedan contra “los actos y, en su caso, las omisiones imputables a las autoridades públicas que vulneren las normas relacionadas con el medio ambiente” las personas jurídicas sin ánimo de lucro que acrediten el cumplimiento de los siguientes requisitos: “a) Que tengan entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular; b) Que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y que vengan ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos, y, c) Que según sus estatutos desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por la actuación, o en su caso, omisión administrativa”. Se trata, por tanto, de una legitimación colectiva aunque la Ley N° 27/2006 induce a error al denominarla “acción popular”, aunque no se trata del reconocimiento de la acción pública como en urbanismo. En efecto, el artículo 3º incluye el ejercicio de esta “acción popular” para recurrir los actos y omisiones imputables a las autoridades públicas que constituyan vulneraciones de la legislación ambiental entre los derechos que pueden ejercer “todos”

¹³ Con esta finalidad, la doctrina ha reclamado una ampliación de la legitimación mediante el reconocimiento de la legitimación colectiva o de los intereses colectivos y/o difusos. ESTEVE PARDO 2005, p. 91; LOZANO CUTANDA 2000, p. 47, y más concretamente, PÉREZ CONEJO 2002, y SANZ RUBIALES 1996, pp. 155 y ss.

pero en los términos que ha previsto la propia ley, es decir, las personas jurídicas sin ánimo de lucro que acrediten el cumplimiento de ciertos requisitos¹⁴. En todo caso, la ley supone el expreso reconocimiento de una habilitación legal específica para que las asociaciones medioambientales defiendan los intereses colectivos ante los tribunales. También el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo N° 1/2008, de 11 enero, acoge la distinción entre público y personas interesadas respecto de la participación en el procedimiento para la evaluación del impacto ambiental.

De lo anterior cabe concluir sin dificultad que, junto a los intereses sociales, económicos y profesionales que la Constitución reconoce expresamente, son intereses legítimos colectivos en el sentido antes indicado, los de los consumidores y usuarios, así como los de carácter medioambiental. El Derecho positivo así los considera y, además, ha concretado qué organizaciones son las titulares de dichos intereses legítimos colectivos y, en consecuencia, pueden defenderlos ante los tribunales conforme a la legitimación colectiva de los artículos 7.3 de la LOPJ y 19.1. b) de la LJCA. Sin embargo, en otros supuestos el legislador se muestra más confuso, y se aprecia cierta ambigüedad en la redacción de los preceptos que se refieren a las organizaciones que actúan en ciertos ámbitos.

En efecto, otras leyes también hacen referencia a la intervención en procedimientos administrativos y en procesos judiciales de quienes estén habilitados para la defensa de intereses legítimos colectivos, pero no siempre queda claro si efectivamente se está reconociendo la legitimación colectiva de una determinada organización. Así, el artículo 20.4 de la Ley Orgánica N° 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración dispone que “en los procesos contencioso-administrativos en materia de extranjería estarán legitimadas para intervenir las entidades que resulten afectadas en los términos previstos por el artículo 19.1. b) de la ley reguladora de dicha jurisdicción”¹⁵; el artículo 19 de la Ley N° 51/2003, de 2 diciembre, de

¹⁴ La doctrina ha considerado restrictiva esta legitimación, RAZQUIN LIZARRAGA y RUIZ DE APODACA 2007, p. 387 y JORNANO FRAGA 2007, p. 126, afirman “creemos criticable una regulación que restringe el estado de la cuestión actual, que al amparo del artículo 9º LOPJ ha admitido sin problemas la legitimación de las asociaciones ecologistas. Creemos un error la monopolización del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado que puede dar lugar a un nuevo neocorporativismo ambiental (¿resurrección de la legitimación corporativa contraria al artículo 24 CE?).”. Aunque, sin duda, el legislador pudo reconocer la acción pública, no comparto estas críticas a la legitimación que para la defensa de intereses colectivos medioambientales realiza la Ley N° 57/2006. La ley precisamente determina quién es el titular del interés legítimo colectivo para defenderlo ante los tribunales como prevé la LOPJ y la LJCA. Además la legitimación corporativa que fue declarada contraria al artículo 24 de la Constitución impedía el acceso a los tribunales de quienes resultaban afectados en sus situaciones jurídicas individualizadas por los reglamentos y, en consecuencia, constituía un supuesto diferente del reconocimiento de los intereses legítimos colectivos que es lo que hace la Ley N° 27/2006 como de titularidad de unas organizaciones a las que se exigen unos requisitos que podrán discutirse pero que tienen como finalidad impedir posibles abusos en un acceso a la jurisdicción de cualquier asociación que incluya entre sus fines el medioambiente.

¹⁵ La redacción del artículo 20.4 trae causa de la Ley Orgánica N° 8/2000, de 22 de diciembre y resulta confusa pues se refiere a la legitimación de la organización “afectada” y la afectación, como se verá, no es diferente del interés legítimo común u ordinario. Por otra parte, la Ley N° 8/2000 también añadió el apartado 3 del artículo 20 que esta-

igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad establece: “sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas, las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en un proceso en nombre e interés de las personas que así lo autoricen, con la finalidad de hacer efectivo el derecho de igualdad de oportunidades, defendiendo sus derechos individuales y recayendo en dichas personas los efectos de aquella actuación”; o, el artículo 31 de la Ley N° 62/2003, de 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que dice: “las personas jurídicas que estén legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en los procesos judiciales en nombre del demandante que así lo autorice con la finalidad de hacer efectivo el principio de igualdad de trato de las personas por su origen racial o étnico”.

En realidad, en los preceptos transcritos no queda expresa y claramente reconocida la habilitación legal para la defensa judicial de intereses colectivos como hace la normativa sobre consumo o medio ambiente. A veces se alude a las entidades afectadas y, como se verá, no parece sencillo considerar que la afectación es una situación jurídico-activa diferente del interés legítimo. Otras veces se hace referencia a una persona jurídica legalmente habilitada para la defensa de intereses legítimos colectivos para que actúe en el proceso en defensa de un concreto sujeto, pero nada se precisa sobre cuál sea esa persona. Reflejo de esta misma confusión es la nueva letra i) del artículo 19.1 de la LJCA que se ha introducido por la disposición adicional sexta de la Ley Orgánica N° 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que es del siguiente tenor:

Para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres, además de los afectados y siempre con su autorización, estarán también legitimados los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados, respectivamente.

Cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres, sin perjuicio, si los afectados estuvieran determinados, de su propia legitimación procesal.

La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo.

blece “en los procedimientos administrativos estarán legitimadas para intervenir como interesadas las organizaciones constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes, expresamente designadas por éstos”. La redacción del precepto resulta equívoca, pues no queda claro si la organización actúa en el procedimiento en representación del inmigrante o si, además, puede intervenir como interesada en defensa de los inmigrantes globalmente. En todo caso, como se indica en el texto, una interpretación integradora y flexible permitiría considerar que las organizaciones legalmente constituidas en España para la defensa de los inmigrantes está legitimadas para la defensa judicial de los intereses colectivos de los inmigrantes.

Este precepto, además de la escasa claridad ya indicada, alude a los intereses difusos incorporando así en la legislación sobre el proceso contencioso-administrativo un concepto de difícil interpretación que, como se señalará, es más propio del proceso civil. Tampoco se acierta a comprender la inclusión de este único supuesto en la legislación reguladora del proceso contencioso-administrativo.

En materia de inmigración, o para la realización efectiva del principio de igualdad en sus distintas variantes, el legislador, sin duda, facilita que la organización actúe en defensa y representación de concretas personas individualmente afectadas. Pero, como seguidamente se expone, este supuesto es diferente de la legitimación colectiva, para la defensa de intereses legítimos colectivos. Además, en tales leyes no se precisa qué personas jurídicas están “legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos”. Quizá lo que el legislador desea es que quienes ya cuentan con esta habilitación para la defensa de intereses legítimos colectivos asuman también la defensa de los inmigrantes o del principio de igualdad. No obstante, tal interpretación implicaría reconocer que, además de otras organizaciones, tales intereses legítimos colectivos también podrían ser defendidos por las asociaciones de consumidores y de defensa del medio ambiente, lo que no parece coherente con sus fines. Por ello, cabe considerar, en una interpretación integradora y ampliadora de la legitimación, que la intencionalidad de las normas es precisamente que aquellas organizaciones dotadas de personalidad jurídica que se hayan constituido formalmente para la defensa de los derechos de los inmigrantes, de las personas con discapacidades, de la igualdad de trato en sus diversas dimensiones... gozan de legitimación colectiva para la defensa ante los tribunales. En esta línea, lo que el legislador habría pretendido es reconocer una especial protección a la inmigración y la igualdad que constituirían intereses legítimos colectivos, desbordando la perspectiva estrictamente individual para que las personas jurídicas vinculadas con esos ámbitos asuman su defensa ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En todo caso, debe exigirse al legislador un cierto rigor en el reconocimiento de la legitimación colectiva, precisando con claridad que organizaciones son titulares de intereses legítimos colectivos. Quizá no siempre sea necesario fijar unos requisitos más o menos rigurosos como hacen las regulaciones de consumo y de medioambiente pero, al menos, sería exigible que se trate de asociaciones de interés general o, incluso, declaradas de utilidad pública¹⁶.

Por lo tanto, y para concluir, cabe considerar que organizaciones de trabajadores, de empresarios y de profesionales están legalmente habilitadas para la defensa de unos intereses colectivos, en concreto, los intereses económicos, sociales y profesionales que el ordenamiento jurídico les atribuye. También conforman intereses colectivos los de los consumidores y usuarios y los medioambientales, que representan y defienden las

¹⁶ Sobre las asociaciones de interés general y de utilidad pública, GONZÁLEZ PÉREZ y FERNÁNDEZ FARRÉRES 2002, pp. 161 y ss., y pp. 385 y ss.

asociaciones que cumplan unos determinados requisitos. E incluso cabría entender habilitadas a las asociaciones de defensa de los inmigrantes y del principio de igualdad de trato en sus diversas manifestaciones a las que antes se ha hecho referencia.

Para concretar el alcance de la legitimación activa que se reconoce a estas organizaciones, debe, no obstante, partirse de una delimitación previa que diferencie los diversos supuestos en los que cuentan con legitimación para acudir a los tribunales, pues no siempre lo hacen en defensa de intereses legítimos colectivos.

II. ALGUNAS DELIMITACIONES PREVIAS Y GENERALES EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 19.1 B) DE LA LJCA

A) Planteamiento general

La legitimación activa en el orden contencioso administrativo se reconoce con carácter general a cualquier persona física o jurídica que ostente un derecho o interés legítimo según dispone el artículo 19.1. a) de la LJCA. Por su parte, la letra b) de ese mismo artículo se refiere a las corporaciones, asociaciones, sindicatos y “grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos”. En principio, además de la habilitación legal para la defensa de intereses colectivos, también cabe que determinadas organizaciones, grupos y entidades acudan a los tribunales en cuanto resulten afectados.

Con carácter general la letra b) del artículo 19.1 debe analizarse teniendo en cuenta la doble dimensión de la legitimación que regula, es decir, según se tenga en cuenta a quiénes legitima y respecto de qué situación jurídica. Desde el punto de vista subjetivo, el precepto se refiere a las corporaciones, asociaciones, sindicatos y a los grupos y entidades previstos en artículo 18. Se incluyen, por tanto, estructuras organizativas que formalmente están personificadas junto a grupos y entidades sin personalidad. Además, el acceso a los tribunales se reconoce en cuanto resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de intereses colectivos legítimos. En principio, los sindicatos y organizaciones profesionales así como las asociaciones a las que anteriormente se ha hecho referencia son formalmente personas jurídicas que pueden acudir a los tribunales como cualquier otro sujeto de derecho y, además, para defender unos intereses colectivos porque el legislador así lo ha querido. Sólo respecto de los intereses colectivos resulta exigible la oportuna habilitación legal.

Para precisar el alcance de la legitimación colectiva, es decir, cuando los sindicatos, corporaciones y asociaciones defienden intereses legítimos colectivos, resulta preciso diferenciar otros supuestos en los que no resulta exigible ninguna previsión legal específica pues es suficiente la regla general de la letra a) del artículo 19.1 de la LJCA. Con este alcance la doctrina ha puesto de relieve una triple posibilidad según defiendan los derechos e intereses que ostentan como cualquier persona jurídica, los de uno de sus afiliados, asociados o miembros; y los de carácter colectivo para los que haya sido legal-

mente habilitada¹⁷. Seguidamente se intentan diferenciar estos supuestos de la legitimación colectiva que el legislador reconoce para la defensa de intereses supraindividuales como los colectivos.

B) Organizaciones personificadas y grupos y entes sin personalidad. La capacidad procesal y el criterio de la "afectación"

La habilitación legal a la que aluden los artículos 7º de la LOPJ y 19.1. b) de la LJCA para la representación y defensa de los derechos e intereses colectivos resulta exigible precisamente para poder acudir a los tribunales en defensa de tales intereses. Aunque esta afirmación parezca obvia, no está de más recordar que las corporaciones, asociaciones y sindicatos son personas jurídicas y, como tales, tienen capacidad para ser parte y podrán impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa cuando ostenten derechos e intereses legítimos. En tal caso, su legitimación no es diferente de la de cualquier otro sujeto de derecho en los términos generales del artículo 19.1. a) de la LJCA, es decir, en cuanto personas jurídicas que son pueden ser titulares de los mismos derechos e intereses que cualquier otra persona en sus relaciones con las Administraciones Públicas. Así ocurre, por ejemplo, si desean acudir a los tribunales en relación con el proceso de constitución de la organización¹⁸ y, en general, en cualquier otra situación jurídica en

¹⁷ Esta triple perspectiva se ha analizado especialmente en relación con los sindicatos (MONTERO AROCA *et al.* 1993, pp. 141-142). También GONZÁLEZ PÉREZ 2003, 523 y 524 ha puesto de relieve que del artículo 19.1. b) de la LJCA cabe deducir que las entidades constituidas para velar por intereses determinados pueden ostentar legitimación en los siguientes supuestos: a) para actuar en nombre de sus asociados o colegiados en defensa de los derechos particulares de aquellos; b) para impugnar disposiciones generales de la Administración central, y c) en defensa de los derechos cuya defensa ostenten. En términos idénticos, NAVARRO PÉREZ 2000, p. 49. También se ha sostenido que el artículo 19.1. b) supone "una concreción de la regla general con arreglo a la cual la tutela judicial se otorga a todas las personas para la defensa de los derechos e intereses legítimos" (vid. ROCA ROCA 2005, p. 124). Por su parte GIMENO SENDRA *et al.* 1999, pp. 224-225, consideran que son dos los supuestos: cuando resulten *afectadas*, lo que impide cuestionar cualesquiera actos o disposiciones de las Administraciones Públicas, y cuando dichas corporaciones, asociaciones, sindicatos y entidades sin personalidad jurídica estén legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos. Establecer las diferencias entre estos diferentes supuestos de legitimación conforma el planteamiento común de los autores que se han ocupado de esta cuestión, aunque discrepan en algunas de las conclusiones. Al respecto pueden verse las monografías de SILGUERO ESTAGNAN 1995; GONZÁLEZ CANO 1997, y GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES 1999.

¹⁸ Así lo puso de manifiesto el Tribunal Constitucional en una de las primeras decisiones relativas a la legitimación colectiva, la STC 24/1987 de 25 de febrero, relativa al recurso de la Asociación de Fiscales contra nombramiento de Fiscal, que se incardina en el artículo 24 de la Constitución, y no en el 22, que garantiza la libertad de asociarse. Su vulneración se produce cuando se condicione, limite o impida ilegalmente el ejercicio de la libertad. Constituida una asociación tiene, como cualquier persona física el derecho de acudir a los tribunales en defensa de sus derechos e intereses legítimos pero este derecho no está integrado en el de asociación, sino en el de tutela judicial garantizado por el artículo 24.1 de la Constitución y, en su consecuencia, la negativa judicial a acceder, por falta de presupuestos procesales, a la cuestión de fondo planteada podrá vulnerar este último derecho fundamental, pero no en este caso el de asociación cuando éste no constituye el objeto específico del proceso promovido. En el caso de autos, ni el acto administrativo recurrido en vía contenciosa, ni la pretensión procesal deducida en la misma, afectan directamente el derecho de asociación y, por ello, carece tan obviamente de relevancia constitucional la alegación de haber sido éste

la que la organización sea un administrado más¹⁹. En estos supuestos, los sindicatos, corporaciones o asociaciones están legitimados como titulares de un derecho o interés legítimo que podemos denominar normal u ordinario, para diferenciarlo del colectivo, y que es similar al de cualquier otra persona jurídica, aunque no haya asumido ni represente ningún interés distinto del personal.

El artículo 19.1. b) de la LJCA se refiere a la legitimación de “las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos”. La idea de la afectación no parece que materialmente tenga un significado diferente de la idea normal y general de interés legítimo. Interpretado el interés legítimo en los amplios términos antes señalados difícilmente puede considerarse que quién ostenta un interés legítimo no es también quién “resulta afectado”. En consecuencia, las personas, físicas o jurídicas, “afectadas” están legitimadas para acudir a los tribunales en todo caso según la regla general del artículo 19.1. Si materialmente la relación entre el sujeto y el objeto del proceso es similar cuando se ostenta un interés legítimo o se resulta afectado, la diferencia entre lo previsto en las letras a) y b) radica en quiénes son los que recurren: las personas físicas o jurídicas, en el primer caso; los grupos y entidades a que se refiere el artículo 18, en el segundo.

Cuando la relación jurídico-administrativa afecta a un grupo de sujetos o cualquier estructura carente de personalidad, no resulta aplicable el artículo 19.1. a) de la ley, pues no hay una persona física o jurídica que ostente un derecho o interés legítimo. Este inconveniente es el que pretende superar el artículo 19.1. b) de la LJCA y, por ello, se refiere a la legitimación activa de los “afectados” en relación con la falta de capacidad que contempla el artículo 18. Este precepto dispone: “los grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos, entidades todas ellas aptas para ser titulares de derechos y obligaciones, al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas, también tendrán capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando la ley así lo declare expresamente”. Se desvincula así la capacidad procesal del concepto de persona con la finalidad de permitir que, aunque no exista personalidad, también acudan a los tribunales contencioso-administrativos los “afectados”. A tal efecto, se remite a la ley el reconocimiento a esas estructuras no personificadas de su capacidad para relacionarse con la Administración y, en su caso, demandarla ante los tribunales. Este reconocimiento se realiza con carácter general en el artículo 6º de la LEC respecto de los “grupos de consumidores o usuarios afectados por

vulnerado por la Sentencia recurrida, que la denegación del amparo fundado en dicho motivo se hace manifiesta sin necesidad de más razonamiento.

¹⁹ En tales hipótesis no se plantean especiales problemas de legitimación y un buen ejemplo de ello es la STC 147/2001, de 27 de junio, en recurso de amparo promovido por la Unión Sindical Obrera (USO), contra la Orden autonómica que reguló el régimen de las subvenciones a las centrales sindicales, o la STC 53/2003, de 24 de marzo, sobre la falta de emplazamiento de unas centrales sindicales con ocasión del recurso interpuesto por otro sindicato contra programas económico y sociales previamente negociados entre todos.

un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables”, pero también en distintas leyes que contemplan agrupaciones de sujetos no personificados y en otras leyes. Con esta intención, el artículo 13.3 de la Ley N° 49/1960 de 21 de julio, de la Propiedad Horizontal, precisa que el presidente de la comunidad de propietarios ostenta legalmente la representación, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que la afecten; el artículo 5° de la Ley N° 55/1980, de 11 de noviembre, de montes vecinales en mano común, reconoce a la comunidad propietaria, “plena capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines, incluido el ejercicio, tanto en vía judicial como administrativa, de cuantas acciones sean precisas para la defensa de sus específicos intereses”; o el artículo 59 del Real Decreto Legislativo N° 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que, respecto de las uniones de empresarios, prevé la designación de un apoderado o representante único “con poderes bastantes” para ejercitar los derechos y cumplir deberes. En definitiva, respecto de estas estructuras no personificadas el legislador ha considerado preciso incorporar una regla específica de legitimación empleando la idea de afectación, aunque su relación con el objeto del proceso no sea muy diferente de la que ostenta una persona como titular de un derecho o interés legítimo. De hecho, si estas uniones o agrupaciones de sujetos estuvieran legalmente constituidas en cualquiera de las formas de personificación que reconoce el ordenamiento jurídico no sería necesario incorporar en los textos legales reglas específicas para que defiendan sus situaciones jurídico activas en los procesos que les interesen.

Sin embargo, la doctrina ha relacionado los grupos y entidades carentes de personalidad con la defensa de intereses legítimos colectivos, y la consiguiente habilitación legal para su tutela ante los tribunales²⁰. Esta vinculación me parece discutible, pues no se adecua a lo previsto en la LJCA que se refiere a los grupos de “afectados”. De hecho el artículo 18 de la LJCA pone de manifiesto que, aunque no se trate de personas jurídicas, sí pueden ser titulares de “derechos y obligaciones”, luego debe resolverse el problema de su capacidad procesal cuando sus situaciones jurídico-activas resultan afectadas. A mi juicio, la legitimación de estos grupos y estructuras no personificadas se produce en cuanto resultan afectadas por la actividad o inactividad de la Administración, en la medida en

²⁰ CORDÓN MORENO 1997, p. 105. Se refiere a la legitimación de los grupos de afectados y la tutela de los intereses colectivos, es decir, aquéllos que pertenecen a la colectividad para, en coherencia con la interpretación amplia del interés legítimo, posibilitar el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, de los intereses cuya titularidad pertenece a un grupo indeterminado de personas. También EMBID IRUJO 2001, p. 149, relaciona el interés difuso con la capacidad procesal de los grupos de modo que tendrían tal carácter los intereses “presentes en sectores de la colectividad no necesariamente organizados de modo perfecto”. Más ampliamente RUIZ RISUEÑO 1998, p. 178, considera que “la capacidad procesal –y posterior legitimación– de los mencionados grupos carentes de estructuras propias de las personas jurídicas está supeditado a lo que la ley determine, y, en especial, a una de estas dos exigencias: ha de tratarse de grupos afectados por los intereses colectivos de que se trate, o han de estar legalmente habilitados para su defensa y promoción”. En términos parecidos, GIMENO SENDRA 1999, pp. 196 y 197; GONZÁLEZ RIVAS y ARANGUREN PÉREZ 2006, p. 230; y ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ y GONZÁLEZ RIVAS 1998, p. 88, si bien estas dos últimas obras en relación con los grupos de consumidores afectados y la tutela de intereses difusos.

que son titulares de derechos e intereses legítimos. El problema es que hay que resolver la cuestión de su capacidad procesal, que es diferente de la legitimación por ostentar un interés legítimo colectivo, para la que resulta necesaria una expresa habilitación legal. Distinto es que haya que facilitar que estos grupos o uniones no personificados actúen unitariamente en un proceso, defendiendo conjuntamente el derecho o interés legítimo individualizado de los agrupados. Naturalmente el grupo de afectados está integrado por una pluralidad de sujetos que ostentan individualmente un derecho o interés legítimo y que deciden organizarse como grupo para una mejor defensa de su posición jurídica. En tal caso se produce una defensa colectiva de un interés legítimo individual, y no la defensa por una organización de un interés legítimo colectivo.

C) La defensa por la organización de los derechos e intereses legítimos de sus afiliados, miembros, asociados e incluso de terceros. La legitimación representativa

También debe tenerse presente que una cosa es que una organización actúe en el proceso en defensa de un concreto –o concretos– interesado y otra distinta es que la organización esté habilitada para la defensa de intereses legítimos colectivos. Cuando un sindicato, corporación o asociación actúa en el proceso para defender las situaciones jurídico-activas de sus miembros, afiliados, asociados o, incluso, de quienes resultan ajenos a la organización no defienden un interés colectivo, cuya titularidad se haya reconocido por el ordenamiento como de la propia organización, sino derechos o intereses legítimos individuales. Además de la legitimación reconocida a ciertos Colegios profesionales para reclamar los honorarios adeudados a los colegiados, otras leyes también reconocen que la organización está legitimada para defender y representar a los afectados²¹.

Sin ánimo de entrar en polémicas doctrinales, resulta convincente el planteamiento de quienes sostienen que se trata de un supuesto de legitimación indirecta representativa, pues la organización actúa en nombre propio aunque en defensa de situaciones jurídico activas ajenas²². En principio, en estos supuestos, el sindicato, corporación o

²¹ Al respecto es significativa la STS de 27 de octubre de 1981 (Ar. 4696) que señala: “si bien la figura jurídica de la sustitución procesal, doctrinalmente creada, se encuentra admitida en nuestra jurisprudencia como una de las formas de legitimación indirecta, no cabe sin embargo olvidar que el sustituto (en el presente caso el Colegio Oficial de Arquitectos de Galicia) es la verdadera parte procesal y obra siempre en nombre propio, aunque defienda derechos o intereses que no le pertenecen, por lo que para actuar como actor en esta vía jurisdiccional ha de cumplir los requisitos de tiempo y forma establecidos para interponer el recurso contencioso-administrativo”. Sobre esta cuestión pueden verse DEL SAZ 1996, p. 162 y CALVO SÁNCHEZ 1998, p. 645. Para GUTIÉRREZ DE CABIEDES 1999, pp. 276 y ss., no se trata de un supuesto de sustitución procesal ni de legitimación del Colegio en sentido propio sino de una representación voluntaria.

²² El artículo 10 de la LEC se refiere a la parte legítima como aquella que comparece y actúa en juicio como titular de la relación jurídica u objeto litigioso, noción de la que se excluyen “los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular”. Al respecto, DE LA OLIVA SANTOS y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ 2004, p. 156, señalan que si la legitimación directa corresponde al titular de la relación jurídica u objeto litigioso, la legitimación indirecta comprendería dos modalidades. “De un lado, la de quienes son parte en juicio para pretender una tutela cuyo fundamento es un derecho ajeno y actúan, sin embargo, en interés propio, es decir, pretenden la tutela para sí mismos.

asociación interpone un recurso administrativo en nombre propio pero en defensa de una situación jurídica individualizada porque así lo permite expresamente el legislador. La organización defiende el derecho o interés legítimo individual en virtud de la legitimación representativa que le atribuye la ley, y que es diferente de la habilitación legal para defender intereses legítimos colectivos. Así, además, ha tenido la oportunidad de señalarlo el Tribunal Constitucional que, en la sentencia 73/2004 de 22 de abril, pone de relieve que la Organización de Consumidores y Usuarios, además de representar y defender los intereses colectivos puede, por expresa previsión legal, “representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos”, que son “intereses distintos de los de la propia asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios”²³.

Por otro, los que son parte en juicio en su propio nombre, aunque sobre la base de una titularidad ajena, pero no pretenden para sí la tutela que piden. Al primero de los grupos pertenecen los casos que han dado en denominarse de *legitimación por sustitución*; en el segundo grupo han de situarse fenómenos más modernos, que podríamos llamar de *legitimación representativa* (cursiva de los autores). También se refiere a la legitimación por sustitución y a la legitimación representativa GIMENO SENDRA 2004, pp. 145 a 147. Respecto de la legitimación que el artículo 19.1. b) de la LJCA confiere a colegios, sindicatos y cámaras GIMENO SENDRA *et al.* 1999, 192 consideran que es una legitimación por sustitución pues “en este supuesto nos encontramos claramente con una manifestación de sustitución procesal, ya que son esas entidades las que actúan en el proceso en nombre propio, pero para beneficio de sus asociados; ello a menos que reconozcamos, y nosotros no lo hacemos, que aquéllas puedan ostentar intereses distintos de los de los sujetos que las integran”. Por su parte, GUASP y ARAGONESES 2005, p. 223, también diferencian dos supuestos en la legitimación indirecta, uno, complejo, que es la sustitución procesal en el que la norma legitima como parte a sujetos que no son titulares de la relación jurídica discutida ni actúan en nombre del titular sino en nombre propio, y otro, que no plantea problemas como es la representación voluntaria. Sobre esta cuestión puede verse GUTIÉRREZ DE CABIEDES 1999, pp. 276 y ss., y pp. 290 y ss. Expresamente en relación con la representación de los trabajadores por los sindicatos la Ley del Procedimiento Laboral permite que sea suficiente que en la demanda el sindicato acredite su condición de afiliado y la existencia de comunicación al trabajador de su voluntad de iniciar el proceso, de modo que “la autorización se presumirá concedida salvo declaración en contrario del trabajador afiliado”. Si no se hubiera otorgado tal autorización, el trabajador podrá exigir al sindicato la responsabilidad que proceda. Si en cualquier fase del proceso el trabajador expresara, a presencia judicial, que no había recibido la comunicación del sindicato o que habiéndola recibido hubiera negado la autorización de actuación en su nombre, el Juez o Tribunal, previa audiencia del sindicato, acordará el archivo de las actuaciones sin más trámite. Al respecto, puede verse MONTERO AROCA *et al.* 1993, pp. 151 y ss. También MONTERO AROCA 1997, pp. 37 y ss., se refiere a la distinción entre la legitimación extraordinaria y la representación. Al respecto conviene recordar que el artículo 150 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, de la propiedad intelectual dispone que las indicadas entidades están legitimadas para hacer valer los derechos confiados a su gestión en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales, y “para acreditar dicha legitimación, la entidad de gestión únicamente deberá aportar al inicio del proceso de copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa. El demandado sólo podrá fundar su oposición en la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente”. En realidad las entidades gestoras de la propiedad intelectual son un ejemplo claro de lo que constituye la defensa colectiva de los derechos e intereses legítimos individuales a los que después nos referimos.

²³ En términos parecidos también en relación con las asociaciones de consumidores, puede verse la STC 219/2005 de 12 de septiembre. La distinción entre la defensa de los intereses colectivos por la asociación y la defensa de los intereses propios de la organización o de sus afectados se ha reforzado con los cambios que en 2006 se han introducido en la LGDCU, pues sólo determinadas asociaciones asumen la defensa de los primeros. Respecto de los sindicatos y la defensa de las situaciones jurídicas de los trabajadores que son representantes sindicales debe tenerse presente que el sindicato, además de actuar en representación del sujeto concreto, está defendiendo la libertad sindical en general. Al respecto puede traerse a colación las SSTC 114/2002, de 20 de mayo y de 159/2006, de 22 de mayo en las que

Aunque la legitimación activa de un sindicato, corporación o asociación en defensa y representación de uno de sus integrantes y en defensa de los intereses legítimos colectivos sea formal y materialmente diferente, debe notarse que en ambos casos existe una específica previsión normativa. Es el legislador el que legitima a la organización en representación del concreto individuo cuyos derechos e intereses legítimos individuales están en juego (legitimación representativa) y para defender ante los tribunales los intereses legítimos colectivos, que son los que trascienden los individuales (legitimación colectiva). La ley contempla conjuntamente ambos supuestos, probablemente porque las razones que han llevado al legislador a contemplar ambas legitimaciones no sean diferentes, y respondan a la finalidad de otorgar una especial protección a determinados derechos, principios o libertades en su vertiente individual y colectiva. Pero, aunque todo esto sea cierto, desde el punto de vista procesal resulta necesario diferenciar ambos supuestos, pues el objeto del proceso y la pretensión serán distintos. Además, como seguidamente se señala, incluso sin específica previsión normativa cabe que una organización formalmente constituida asuma la defensa de las situaciones jurídico-activas de sus integrantes. Por el contrario, la defensa de intereses legítimos colectivos requiere en principio siempre una específica previsión del legislador.

D) La defensa colectiva de situaciones jurídicas individualizadas o intereses legítimos comunes. La representación voluntaria

Pero la defensa de los intereses colectivos por sindicatos, corporaciones y concretas asociaciones como intereses supraindividuales, cuya titularidad corresponde a la organización trascendiendo las concretas situaciones jurídicas individualizadas de sus integrante, también debe diferenciarse de los supuestos en los que los titulares de derechos e intereses legítimos individuales se organizan para defenderse conjunta o colectivamente. Nada impide a un “grupo de afectados” crear una persona jurídica, una asociación para que actúe en el proceso contencioso-administrativo defendiendo el derecho o interés legítimo propio de cada asociado. Para ello, resulta necesario otorgar la oportuna representación o apoderamiento procesal pues el sujeto legitimado, titular de la relación procesal u objeto del proceso, es el miembro y no la asociación. Materialmente el supuesto no es diferente del antes analizado, pero la inexistencia de un precepto legal que legitime por representación a la organización debe salvarse mediante el oportuno apoderamiento o representación voluntaria²⁴.

los sindicatos actúan en defensa de funcionario representante sindical y, por ello, también se defienden los intereses económicos y sociales propios del sindicato relacionado con el derecho a la actividad sindical.

²⁴ En la legitimación representativa la organización actúa en nombre propio, aunque en defensa de otro y por ello no son representantes en sentido técnico-jurídico y en el plano procesal, DE LA OLIVA SANTOS y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ 2004, p. 158. La representación voluntaria es la “conducta jurídica de un sujeto, el apoderado, se configura como conducta de otra, el poderdante, y, por ello, cuando ese apoderamiento se da para la constitución y actuación como parte en el proceso se tiene como un caso de legitimación indirecta” (Vid. GUASP y ARAGONESES 2005, p. 223).

Las personas titulares de derechos subjetivos e intereses legítimos también podrán otorgar la representación procesal que debe quedar suficientemente acreditada pues las consecuencias del proceso recaen sobre el interesado. Tal representación puede corresponder a una asociación que, en tal caso, no estaría defendiendo unos intereses colectivos como aquellas expresamente habilitadas por la ley, sino asumiendo la defensa en común de los derechos e intereses legítimos individuales de sus integrantes. En estos casos, el problema se plantea en orden a la documentación necesaria para justificar la representación y, en concreto, si resulta suficiente lo previsto en los estatutos de la asociación. La cuestión resulta, sin duda, compleja, y su análisis excede de los propósitos de este trabajo que se centra en aquellas organizaciones que cuentan con específicas habilitaciones normativas para defender unos intereses supraindividuales como son los colectivos. Quizá debería tenerse en cuenta la pretensión procesal. Si la asociación pretende la declaración de no ser conforme a derecho puede ser suficiente que los estatutos hayan previsto expresamente que la asociación tiene como finalidad la defensa en común de los derechos e intereses legítimos individuales de los asociados; pero, si se trata del reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas de los asociados, en principio, debería exigirse que quede suficientemente acreditado que la asociación actúa en nombre y representación de los asociados. Al respecto resultan ilustrativas dos sentencias del Tribunal Supremo relativas a la defensa de los derechos de los expropiados por una asociación. En la STS de 20 de abril de 2002 (Ar. 5188), relativa al ejercicio del derecho de reversión, la administración exigió la necesidad de presentar el documento público que acredite la representación que ostenta la asociación de cada uno de los expropiados interesados en la reversión. La sentencia considera que lo previsto en los Estatutos no permitía considerar a la asociación legitimada en el proceso. Sin embargo, en la STS de 1 febrero de 2003 (Ar. 2359), en relación con la determinación del justiprecio expropiatorio, el Tribunal subraya que y con apoyo en los Estatutos y en concretos acuerdos adoptados por la asociación, el TS señala que:

... todos los hechos y circunstancias relatados, ... demuestran que la Asociación demandante es una persona jurídica constituida por voluntad de sus asociados con la finalidad primordial de defender los intereses de éstos en la expropiación de sus bienes... de modo que la legitimación de dicha Asociación para impugnar en vía administrativa y en sede jurisdiccional los acuerdos valorativos del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Pontevedra, por los que se fijó el justiprecio de aquellos bienes, está fuera de toda duda, ... ya que con la acción ejercitada se pretende, además de la anulación de los actos impugnados, la determinación del justiprecio que proceda, con arreglo a lo dispuesto en la ley, de los terrenos expropiados a sus asociados para quienes reclamó un nuevo justiprecio tanto al deducir el recurso de reposición ante el Jurado como en la demanda, de manera que ha actuado con plena personalidad jurídica en sustitución de sus asociados, que se agruparon precisamente para constituir la asociación y defender sus derechos particulares en la concreta expropiación de que fueron objeto, legitimación que en la actualidad está plena y ampliamente reconocida, como ya lo había admitido la doctrina jurisprudencial, por el artículo 11 de la Ley Nº 1/2000, de 7

de enero, de Enjuiciamiento Civil, razón por la que la causa de inadmisión, planteada por las Administraciones demandadas al amparo del artículo 82 b de la Ley Jurisdiccional de 1956, debe ser rechazada.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional no ha tenido en cuenta la pretensión, considerando suficientes los fines estatutarios para que la organización impugne concretos actos administrativos que afectan a sus integrantes²⁵. La STC 252/2000, de 30 de octubre se pronuncia sobre la legitimación activa de unas asociaciones para impugnar los precios liquidados a cincuenta vecinos-asociados por el servicio de aguas residuales que el tribunal contencioso-administrativo había considerado inexistente al entender que sólo podrían recurrir las personas obligadas al pago. El Tribunal Constitucional pone de relieve que “a través de los fines estatutarios se puede y se debe apreciar la conexión o el vínculo entre las asociaciones recurrentes y el objeto del pleito y, por tanto, la presencia de un interés legítimo del que serían titulares aquéllas” en la medida en que “la utilidad o ventaja que cada uno de los miembros de la asociación obtendría de la eventual estimación de la pretensión sea verosímilmente extensible, a la vista de sus estatutos, a las asociaciones que interpusieron el recurso contencioso-administrativo”. Sobre la base de los fines estatutarios, el Tribunal Constitucional afirma que:

Existiendo entonces coincidencia nítida entre el interés individual de los individualmente legitimados y los fines asociativos (consistentes precisamente en la defensa de los intereses de los asociados), se daba pues el nexo o el vínculo exigido por nuestra jurisprudencia para considerar que las asociaciones de vecinos ... se hallaban en este caso legitimadas para interponer válidamente el recurso contencioso-administrativo contra el conjunto de liquidaciones referidas al servicio de alcantarillado que funcionaba o debía funcionar en la urbanización en la que vivían sus miembros.

Consecuencia de lo anterior, el Tribunal Constitucional otorga el amparo, y considera legitimadas activamente a las asociaciones, siendo suficiente los Estatutos de las mismas y, no exigiendo, por ello, la acreditación individualizada de la representación de los sujetos obligados al pago.

Aunque esta conclusión plantea diversas dudas, sobre todo por el riesgo de considerar que cualquier asociación está legitimada para defender ante los tribunales sus fines estatutarios²⁶, a efectos de este estudio, interesa destacar que cuando todos los integrantes de

²⁵ En el Auto 1329/1988, de 19 de diciembre el Tribunal Constitucional denegó el recurso de amparo planteado por una organización empresarial contra la sentencia del Tribunal Supremo que apreció la falta de legitimación activa para ejercer la acción de responsabilidad en nombre de las empresas asociadas. La sentencia impugnada había inadmitido el recurso teniendo en cuenta la legitimación colectiva del entonces vigente artículo 32 de la LJCA no sustituye la legitimación individual para pretender, además de la declaración de no ser conformes a derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación contencioso-administrativa, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda.

²⁶ Una interpretación amplia y extensiva del interés legítimo permitiría considerar que cuando la Administración actúa de forma contraria a los fines estatutarios, la asociación en cuestión goza de legitimación activa para acudir a los tribunales impugnando el acto o el reglamento considerado contrario a sus fines estatutarios. Al respecto puede

una organización son titulares de una concreta situación jurídico activa que les legitima a título individual para acudir a los tribunales aunque optan por hacerlo conjuntamente no se trata de un supuesto de legitimación colectiva, sino de defensa en común de un interés legítimo normal u ordinario²⁷. En realidad, la organización no defiende un interés legítimo colectivo, cuya titularidad le pertenece y que trasciende a los de las personas individualizadas, sino actuando en nombre y representación de los afectados, que son los concretos sujetos titulares de la relación jurídica legitimante.

Aunque la relación con el objeto del proceso es materialmente diferente cuando una organización defiende colectivamente intereses legítimos individuales plurales y cuando defiende los intereses legítimos colectivos, en la práctica no resulta fácil la distinción y así se comprueba en la jurisprudencia que, con frecuencia, se refiere a la legitimación de los integrantes de la organización y de la propia organización pues así lo han previsto sus normas estatutarias. Por ello, a mi juicio, algunos de los supuestos en los que los tribunales admiten la legitimación en el proceso contencioso-administrativo de asociaciones de interesados son, en realidad, ejemplos de la defensa colectiva de intereses legítimos comunes, aunque se aluda a intereses sociales, económicos o profesionales. Por ejemplo, en relación con la Asociación de Puertos Deportivos y Turísticos de Baleares y la impugnación de la Orden sobre aplicación de tarifas por servicios generales y específicos en los puertos dependientes de la Administración del Estado (STC 195/1992, de 16 de

traerse ahora a colación la sentencia 282/2006, de 9 de octubre que estima el recurso de amparo planteado por una asociación de defensa de derechos humanos contra la concesión de un reconocimiento honorífico a una determinada persona considerando que “si bien es cierto, como se destaca en la resolución impugnada, que el honor concedido no tenía una relación directa con los fines de promoción de los derechos humanos, por no estar dirigida a distinguir dicha promoción, sin embargo, también se evidencia que, existiendo una relación directa entre los fines de la asociación y el concreto motivo en que se fundamentaba la impugnación del acto administrativo, no cabe negar que para la asociación recurrente, en atención a sus fines estatutarios, no es neutral o indiferente el mantenimiento de la norma recurrida”. Una respuesta general a este tema no resulta fácil pues no parece sencillo diferenciar el interés legítimo que implica el fin estatutario del interés legítimo derivado de la unión de los intereses individuales de los asociados, pues, como señala GONZÁLEZ CANO 1997, p. 93, la defensa de intereses legítimos individuales pero plurales pueden tutelarse y defenderse de forma colectiva para reforzar una situación individual débil, y que viene referida a pretensiones que por separado son de escasa entidad o insignificante cuantía. Respecto de la legitimación colectiva como se ha reiterado implica un específico reconocimiento del legislador a ciertas organizaciones para que defiendan ante los tribunales unos intereses que afectan a todos o casi los ciudadanos, o a colectivos más o menos amplios y, por ello, implica una ampliación del control judicial en su defensa sin llegar al reconocimiento de la acción pública. Si frente a cualquier acción administrativa contraria a los fines de una asociación, se entiende que dicha asociación ostenta un interés legítimo ordinario para acudir a los tribunales, sería suficiente constituir una asociación entre cuyos fines se incluya combatir las ilegalidades de la Administración, defender la legalidad, transparencia, objetividad y eficacia de las Administraciones para que dicha asociación gozará de una legitimación activa asimilable a una acción pública en cualquier ámbito.

²⁷ GONZÁLEZ CANO 1997, p. 93 señala que existen “una pluralidad de intereses legítimos individuales de contenido cualitativo idéntico, caso en el que evidentemente cada uno de estos intereses es tutelable por cada uno de estos sujetos individuales afectados” que debe diferenciarse de los auténticos intereses colectivos que no son susceptibles de apropiación exclusiva por los miembros de la colectividad de forma individual sino cuya titularidad la ostenta el grupo. Igualmente GONZÁLEZ PÉREZ 2003, p. 511 se refiere al interés plural como el “interés individual de unos sujetos que se encuentran en la misma situación, la suma de intereses individuales”, de modo que pueden iniciar el proceso tanto individual como colectivamente.

noviembre), con la Asociación de Profesores de Religión de Centros estatales contra una instrucción que prohibía a dichos profesores ser candidatos al cargo de Director de sus respectivos Centros (STC 47/1990, de 20 de marzo) y, más recientemente, en el recurso interpuesto por una asociación de empresarios de transporte de viajeros por carretera contra la determinación gubernativa de los servicios mínimos en caso de huelga (STC 73/2006, de 13 de marzo).

III. APROXIMACIÓN A LOS INTERESES LEGÍTIMOS COLECTIVOS Y SU DEFENSA POR LAS ORGANIZACIONES HABILITADAS LEGALMENTE

A) Los intereses colectivos y/o difusos. La distinción de la Ley de Enjuiciamiento Civil y su incorporación en la LJCA. Crítica

En la actualidad, el derecho a la tutela judicial efectiva está en general estrechamente relacionado con el acceso a los tribunales de los intereses supraindividuales cuya representación y defensa se atribuye a determinadas organizaciones. En ocasiones este tipo de intereses son calificados por las leyes, la doctrina o los tribunales como intereses colectivos y/o difusos aunque se trata de nociones sumamente controvertidas pues, como con razón ha señalado Nieto, en la distinción entre intereses colectivos y difusos “lo único claro es que no se trata de meros intereses individuales –y esto es lo que tienen en común con los generales–; pero, a partir de ahí, nada nos afirma la doctrina con seguridad”²⁸.

Un análisis detenido de las diferentes construcciones doctrinales que, siguiendo a la doctrina italiana, se han elaborado para diferenciar los intereses colectivos y los difusos excede de los propósitos de este trabajo. Además, las polémicas al respecto quedan en parte superadas con la distinción que en 2000 ha acogido la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Su exposición de motivos reconoce expresamente que “aborda la realidad de la tutela de intereses jurídicos colectivos, llevados al proceso, no ya por quien se haya visto lesionado directamente y para su individual protección, o por grupos de afectados, sino por personas jurídicas constituidas y legalmente habilitadas para la defensa de aquellos intereses”. En el proceso civil también se hace referencia a las personas jurídicas constituidas y legalmente habilitadas para la defensa de unos intereses que se califican como colectivos o difusos teniendo en cuenta que los sujetos afectados por hechos dañosos sean determinados o fácilmente determinables (interés colectivo) o indeterminados o de difícil determinación (interés difuso)²⁹.

²⁸ NIETO 1991, 2196. Siguiendo a ALMAGRO NOSETE 1982-1983, pp. 93 y ss. El Prof. NIETO se refiere a intereses difusos constitucionales como el derecho a la salud, al medio ambiente, a la vivienda, a la familia, y los derechos y libertades en general.

²⁹ El Derecho positivo recoge el criterio de distinción más frecuentemente utilizado en la doctrina. Así, por ejemplo, MONTERO AROCA 1997, pp. 48 y 49, señala que los intereses colectivos se caracterizan por corresponder “a una serie de personas más o menos numerosas, que están o pueden estar determinadas o por lo menos no son absolutamente indeterminables entre las cuales existe un vínculo jurídico (pertenecer a un colegio profesional, son todos trabajadores

En el orden contencioso administrativo, el Tribunal Supremo ha aludido en alguna ocasión los intereses difusos y colectivos pero sin intencionalidad dogmática sino como una manifestación más de la progresiva ampliación de la legitimación activa en el orden contencioso-administrativo³⁰. Por su parte, González Pérez ha manifestado sus dudas sobre la protección que pretende reconocerse con el interés difuso, que sería la que corresponde “a una serie de personas indeterminadas entre las que no existe vínculo jurídico”. Para este autor, la posibilidad de acudir al juez en defensa de los bienes que el interés difuso quiere proteger no precisa un nuevo supuesto legitimador, pues frecuentemente existe un interés legítimo que permite acudir a los tribunales en su defensa y, en supuestos límite

del metal) existiendo una entidad que es persona jurídica a la cual se atribuye por ley la ‘representación institucional’ para la defensa de ese interés. Esa persona jurídica no tiene ni pretende tener, la representación individual de cada una de las personas físicas implicadas (las cuales no han realizado la declaración de voluntad expresa de la representación voluntaria), pero sí tiene confianza de la ‘representación institucional’ del conjunto y en virtud de ella afirma, no la titularidad de los derechos individuales, sino un interés colectivo cuya defensa jurídica justifica la misma existencia de la persona jurídica” mientras que el interés difuso “corresponde a una serie de personas que están absolutamente indeterminadas de modo que la afectación a todas ellas deriva sólo de razones de hecho contingentes (como ser posibles consumidores de un mismo producto, vivir en un mismo lugar, ser destinatarios de una determinada campaña)... el interés difuso no es el de una categoría o profesión respecto del que existe una persona jurídica que lo defiende, este es el interés colectivo”. Planteamiento similar pero expresamente en relación con la jurisdicción contencioso-administrativa realiza GONZÁLEZ CANO 1997, pues se refiere al interés colectivo como el que “supone varias situaciones activas afectadas que coinciden, no tratándose ya de la suma de los intereses de los sujetos que componen el grupo, sino de un interés que pertenece a una pluralidad determinada de individuos (es decir, una comunidad de intereses o un interés supraindividual)” (p. 97) y se diferencia del interés difuso, no por el dato objetivo del interés, “del tipo de interés, sino en el grado de subjetivización del mismo; en cualquier momento cualquier interés, identificado con un derecho del ciudadano, puede ser colectivo o difuso, dependiendo de la concreción subjetiva de los afectados, es decir, de la existencia o no de una comunidad unificada en cuanto a sus componentes” (p. 98). Entre los administrativistas también diferenciaba, aunque hace ya tiempo, el interés difuso del colectivo desde la perspectiva subjetiva SÁNCHEZ MORÓN 1980, pp. 116 y ss., pues el interés colectivo es “el interés de un grupo más o menos determinable de ciudadanos, perseguible de manera unificada, por tener dicho grupo unas características y aspiraciones sociales comunes” (p. 125). Con carácter general sobre estos intereses y el proceso contencioso-administrativo, con amplias referencias a la doctrina italiana puede verse PÉREZ CONEJO 2002 y JIMÉNEZ MEZA 1998, pp. 450 y ss.

³⁰ Por ejemplo, la STS de 11 de marzo de 2000 (Ar. 2997), en relación con la legitimación de una asociación de consumidores para impugnar el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se refiere a “los intereses colectivos, si se les quiere diferenciar con nitidez de los meros intereses difusos –reconocidos por el artículo 7 de la LOPJ 6/1985, de 1 de julio, como aptos para generar un título legitimador– es preciso reconocer en ellos los que corresponden a los entes, asociaciones o corporaciones representativas o depositarias de los intereses de grupos profesionales y económicos. A diferencia de los colectivos, los intereses difusos no tienen depositarios concretos. Son intereses generales que en principio afectan a todos los ciudadanos y que, por su interés prevalente, han obtenido reconocimiento público, plasmado en algún instrumento jurídico, que puede ser del más variado signo, desde un acuerdo municipal hasta una norma constitucional”. No obstante, la legitimación se reconoce porque hay “intereses colectivos indiscutibles de los ciudadanos, cuya defensa constituye uno de los objetivos característicos de la organización de consumidores y usuarios”. También se refiere a la distinción entre interés colectivo y difuso las SSTS de 31 mayo de 2006 (Ar. 3055) y de 20 de septiembre de 2005 (Ar. 7090). Esta última desestima el recurso de casación en interés de ley interpuesto por el Abogado del Estado contra la estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por asociaciones de consumidores contra la desestimación presunta de la acción de responsabilidad contra Aeropuertos Nacionales. El TS aplica expresamente la legitimación representativa para ejercer acciones en defensa de los consumidores y usuarios que reconoce el artículo 11 de la LEC.

en los que resulte difícil o imposible la legitimación con las categorías tradicionales, considera más simple y sencillo admitir la acción pública en lugar de acudir a la figura de los intereses difusos³¹. Pero, como se indicó, la Ley Orgánica Nº 3/2007, de 22 de marzo, del derecho de igualdad de trato entre hombres y mujeres ha introducido una nueva letra en el artículo 19 de la LJCA que alude expresamente a los intereses difusos, lo que obliga a replantearse el sentido de esta expresión.

A tal fin, resulta imprescindible tener en cuenta lo previsto en la LEC y la distinción que establece entre intereses difusos y colectivos y, sobre esta base, cuestionarse si también resulta de aplicación en el proceso contencioso-administrativo.

En efecto, la idea de interés difuso se ha recogido en el artículo 19.1. i) de la LJCA con ocasión de la aprobación de la indicada Ley Orgánica Nº 3/2007 que también ha introducido, con la misma redacción, el nuevo artículo 11 bis de la LEC. En consecuencia, la legitimación en el proceso civil y en el proceso contencioso-administrativo se ha regulado en términos idénticos. En primer lugar, se establece que “para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres, además de los afectados y siempre con su autorización, estarán también legitimados los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados, respectivamente”. Este párrafo supone un supuesto de legitimación representativa que, como se indicó, permite que la organización acuda a la jurisdicción contencioso-administrativa en defensa y representación del concreto sujeto afectado por la actividad y la inactividad de la Administración sin perjuicio, como es obvio, que dicho sujeto comparezca por sí mismo. Desde este punto de vista, como se ha indicado no se trata de la defensa de intereses legítimos colectivos, sino de situaciones jurídico individualizadas que, además, ya se habían reconocido expresamente respecto de los sindicatos y los afiliados y que ahora se extendería a las asociaciones legalmente constituidas para la defensa de la igualdad de trato entre hombres y mujeres. A la legitimación representativa que permite a los sindicatos y otras organizaciones defender a sus integrantes ya nos hemos referido con anterioridad. La novedad, por tanto, radicaría en que las asociaciones también gozarían de la legitimación representativa. No obstante, esta legitimación representativa queda excluida en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón del sexo y tampoco comprendería a las personas afectadas que no sean asociadas o afiliadas al sindicato o a la asociación que requerían otorgar los poderes oportunos para la representación.

En segundo lugar, se establece que “cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a

³¹ GONZÁLEZ PÉREZ 2003, pp. 510 y 511 pone de manifiesto el esfuerzo de los procesalistas, especialmente de los italianos, en diferenciar los intereses plurales, colectivos y difusos pero se cuestiona la relevancia de este último en la actualidad al haberse suprimido la legitimación corporativa del artículo 28.1. b) de la LJCA.

las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres, sin perjuicio, si los afectados estuvieran determinados, de su propia legitimación procesal”. En el proceso contencioso-administrativo se alude por ello a un término tan confuso como el de interés difuso cuya defensa corresponde, además de a los afectados, a determinadas organizaciones. A mi juicio, lo que el legislador ha pretendido es reconocer que dichas organizaciones están legalmente habilitadas para defender los intereses legítimos colectivos, aunque no ha acertado al regularlo probablemente por incorporar a la LJCA una distinción propia del proceso civil³².

En efecto, la Ley Orgánica N° 3/2007 parece inspirarse en la distinción entre el interés colectivo y el interés difuso que realiza el artículo 11 de la LEC respecto de las asociaciones de consumidores y usuarios para aplicarlo a la defensa de la igualdad de trato entre hombres y mujeres, pero sin adaptarlo a las peculiaridades del proceso contencioso-administrativo. Al respecto debe notarse que artículo 11 de la LEC dispone:

1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.

2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.

3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.

4. Asimismo, el Ministerio Fiscal y las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8º estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

Además de la legitimación de los perjudicados y otras entidades, interesa destacar que, respecto de las asociaciones de consumidores y usuarios, el precepto incorpora la triple vía por la que las asociaciones de consumidores y usuarios pueden acudir a los

³² El análisis de la tramitación parlamentaria no resulta ilustrativo al respecto pues el Proyecto de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (Boletín Oficial Cortes generales. Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, número 92-1, de 8 de septiembre de 2006) no fue en este aspecto objeto de especiales controversias. De hecho el único cambio que se introduce se produce en el Senado al aceptarse la enmienda del grupo socialista relativa a la sustitución de la alusión a las asociaciones “con implantación en todo el territorio del Estado” por las asociaciones de ámbito estatal (vid. Boletín Oficial Cortes generales. Senado. VIII Legislatura, Serie II, de 21 de febrero de 2007). Otras enmiendas que se presentaron a la nueva letra i) del artículo 19.1 de la LJCA se refería al último inciso, relativo a la legitimación única del afectado en los supuestos de acoso sexual y por razón de sexo (Vid. las enmiendas números 478, del grupo socialista y 39, de Labordeta Subías, del grupo mixto en Boletín Oficial Cortes Generales. Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, N° 92-10, de 22 de noviembre).

tribunales: en defensa de los derechos e intereses de la asociación, en representación de los asociados y en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios³³. Esta última expresión comprende tanto los intereses colectivos como los difusos, que es la idea que acoge la vigente legislación de defensa de los consumidores y usuarios. La diferencia entre unos y otros radica en que el hecho dañoso haya perjudicado a un grupo de consumidores cuyos componentes estén determinados o sean fácilmente determinables o, por el contrario, sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación, pues esta circunstancia condiciona la legitimación.

En el primer caso, la legitimación corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos así como a los propios grupos de afectados, pero en el segundo “exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la ley, sean representativas”. Y, según el TRLGDCU, tienen la consideración legal de asociaciones de consumidores y usuarios a los efectos del artículo 11 de la LEC, “las que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el ámbito territorial del conflicto afecte fundamentalmente a una Comunidad Autónoma, en cuyo caso se estará a su legislación específica”. Por lo tanto, sólo estas asociaciones pueden demandar civilmente cuando se hayan producido daños a una pluralidad indeterminada o de difícil determinación de consumidores y usuarios.

De lo anterior, cabe deducir que la LEC diferencia entre el interés colectivo y el interés difuso teniendo en cuenta que los perjudicados por el hecho dañoso estén o no determinados. Que en el proceso civil se tutelen intereses colectivos o intereses difusos, –es decir, que estén identificados los afectados o éstos sean indeterminados o de difícil

³³ Además del Ministerio Fiscal, y de las entidades habilitadas por el Derecho comunitario para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios que son las previstas en el artículo 6.1. 8º de la LEC, resulta relevante subrayar que los afectados por los hechos dañosos pueden reclamar a título individual pero también constituirse en grupo de afectados en los términos del artículo 6.7º de la LEC del que cabe deducir que cuando los afectados estén determinados o sean fácilmente determinables podrán demandar en juicio constituyéndose en grupo la mayoría de los afectados. Esta nueva regulación de la legitimación activa en el proceso de los grupos y asociaciones de consumidores y usuarios ha sido objeto de análisis por la doctrina que ha señalado que “por primera vez conceden a una asociación o grupo, actuando en defensa de intereses ajenos o plurales, ejercitar acciones de condena pecuniaria por daños individuales sufridos por los miembros de dicho colectivo”. Vid. CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO 2001, ponen de relieve que hasta la LEC las asociaciones de consumidores estaban legitimadas para la defensa de los intereses de la propia asociación, para la defensa de los intereses de sus asociados y para la defensa de los intereses generales de los consumidores, si bien la operatividad real de la legitimación para la defensa de los intereses generales de los consumidores se limitaba a las acciones dirigidas a la cesación de conductas potencialmente dañosas, sin incluir, por tanto, las acciones de reclamación –salvo en defensa del asociado–. Por ello, después de la LEC, SILGUERO ESTAGNAN 2003, se refiere, además de la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de sus asociados, a la legitimación relativa a la defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios, lo que debe permitir la tutela de situaciones antes de que se produzca la lesión o daño a los afectados, los intereses colectivos, que la LEC hace corresponder con los de aquellos grupos cuyos miembros estén determinados o sean fácilmente determinables y los intereses difusos, que correlativamente se hacen corresponder a los grupos cuyos miembros sean indeterminados o de difícil determinación. Sobre este tema también pueden verse, entre otros, SILGUERO ESTAGNAN, 1999, p. 97 y GUTIÉRREZ CABIEDES e HIDALGO DE CABIEDES 2001, pp. 132 y ss.

determinación— tiene consecuencias procesales que responden a las finalidades de los procesos civiles en general³⁴. Pero, en el proceso contencioso administrativo, no parece que pueda sostenerse un diferente régimen jurídico sobre la base de la distinción entre el grado de identificación de los “afectados”. Los perjudicados, los afectados por la actividad administrativa, están siempre y sin ninguna duda legitimados y, por ello, pueden ejercer individual o colectivamente las acciones que consideren oportunas, y no es precisa ninguna regla específica de legitimación, ni tampoco que exista una concreta organización. Todos los afectados estarían, sin duda, legitimados para interponer el recurso contencioso-administrativo por la regla general del artículo 19.1. a) de la LJCA, aunque pueden decidir organizarse en un grupo de afectados e incluso constituir una asociación de tal forma que la defensa de sus situaciones jurídicas activas se ejerza conjuntamente, otorgando la oportuna representación procesal para facilitar el desarrollo del proceso como anteriormente se ha señalado. Otra cosa diferente es la legitimación en el proceso contencioso-administrativo para la defensa de intereses legítimos colectivos que, como se ha indicado, son intereses supraindividuales que pertenecen a todos o a colectivos más o menos amplios y, por ello, no se trata de identificar a los “afectados”, ni que estos estén más o menos determinados o, si se prefiere, los “afectados” somos tantos que individualmente no podríamos acudir a los tribunales pues nuestra relación con el objeto del proceso sería la propia de los intereses simples, la que tenemos como ciudadanos y, por ello, común a todos. Y esta relación con el objeto no permite acudir individualmente al proceso contencioso-administrativo pues reconocer tan amplia legitimación sería como admitir que el recurso contencioso-administrativo lo puede interponer cualquiera, pues a todos nos “interesa” que nuestras administraciones públicas actúen conforme a la legalidad vigente, respetando los principios generales que rigen su actuación.

³⁴ El artículo 15 de la LEC, que ha sido modificado por Ley N° 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, que se intitula *Publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios*, es del siguiente tenor:

“1. En los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados, se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual. Este llamamiento se hará por el Secretario judicial publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses.

2. Cuando se trate de un proceso en el que estén determinados o sean fácilmente determinables los perjudicados por el hecho dañoso, el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente su propósito de presentación de la demanda a todos los interesados. En este caso, tras el llamamiento, el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido.

3. Cuando se trate de un proceso en el que el hecho dañoso perjudique a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, el llamamiento suspenderá el curso del proceso por un plazo que no excederá de dos meses y que el Secretario judicial determinará en cada caso atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados. El proceso se reanudará con la intervención de todos aquellos consumidores que hayan acudido al llamamiento, no admitiéndose la personación individual de consumidores o usuarios en un momento posterior, sin perjuicio de que éstos puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 519 de esta ley”.

Desde este planteamiento general, resulta criticable que el legislador no haya tenido en cuenta las diferencias sustanciales entre el proceso civil y el contencioso-administrativo, y no se haya tomado la molestia de modificar la redacción a tales fines. Recordemos que la nueva letra i) del artículo 19.1 legitima, en primer lugar, a los sindicatos y asociaciones que se hayan constituido con tales fines para la defensa del derecho a la igualdad de trato de sus afiliados y asociados con su autorización lo que, como ya se ha indicado, constituye un ejemplo de legitimación representativa. En segundo lugar, cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, se legitima para demandar en juicio estos intereses considerados “difusos” exclusivamente “a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres” sin perjuicio de la legitimación procesal de los afectados. El legislador incorpora aquí una regla que puede estar justificada en las relaciones entre particulares en las que las entidades y organizaciones indicadas puedan actuar procesalmente, por ejemplo, ejerciendo la acción de cesación en materia de publicidad, cuando no estén determinados quienes resultan afectados. Sin embargo, en el proceso contencioso-administrativo, como sabemos, cualquier “afectado” puede acudir a los tribunales impugnando las actuaciones de las Administraciones públicas contrarias al derecho de igualdad. La intención del legislador no es otra que habilitar a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos, y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre hombres y mujeres para acudir a los tribunales en defensa de ese derecho a la igualdad; es decir, habilitar a estas organizaciones para la defensa de un interés legítimo colectivo que prescinde de que existan o no “afectados”. Sin embargo, la opción seguida por la Ley Orgánica N° 3/2007 de no tener en cuenta las diferencias entre el proceso civil y el proceso contencioso-administrativo pueden dificultar la efectividad de la tutela judicial de ese interés colectivo. Así, por ejemplo, cabe cuestionarse si la alusión a los sindicatos más representativos no supone una restricción respecto de la defensa de los intereses sociales y económicos de los trabajadores –y/o funcionarios– que asumen en general los sindicatos o las asociaciones profesionales y que, obviamente también incluye el principio de igualdad por razón de sexo³⁵; o la posible contradicción entre esta legitimación de los organismos públicos y la prohibición general de que los órganos administrativos y los entes instrumentales recurran contra la Administración en la que se integran (artículo 20 de la LJCA). El legislador no aclara si en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres se ha introducido una excepción a esta regla y, en consecuencia, un ente instrumental puede recurrir los actos y

³⁵ Podemos recordar ahora la sentencia 24/2001, de 29 de enero en la que el Tribunal Constitucional reconoce la legitimación de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras para impugnar un Acuerdo de la Diputación Foral de Guipúzcoa por el que se aprobaron las bases de la convocatoria del concurso-oposición para la provisión de doce plazas de bomberos, en el particular relativo a las pruebas físicas únicas para todos los aspirantes, por considerar que ello suponía una infracción del artículo 14 de la Constitución en relación con el 23, estimando que se daba una infracción del derecho a la igualdad por razón de sexo.

reglamentos de su Administración matriz contrarios a la igualdad; o si lo pretendido es únicamente legitimar para recurrir lo actuado por otras Administraciones públicas.

De lo anterior, puede concluirse que en el proceso contencioso-administrativo no cabe diferenciar los intereses legítimos colectivos y los difusos en atención a la determinación o indeterminación de los afectados. La idea de interés legítimo colectivo hace referencia a la defensa de unos intereses que son comunes a todos o a amplios colectivos de ciudadanos que no podrían recurrir a título individual pues su relación con el objeto del proceso carecería de una vinculación peculiar de ese ciudadano, y que el legislador reconoce expresamente para posibilitar la efectiva realización de bienes jurídicos dignos de la máxima protección como sería los de los consumidores y usuarios, los medioambientales y el principio de igualdad en sus diversas manifestaciones.

B) Los intereses sociales, profesionales y económicos en la jurisprudencia constitucional y su parcial consideración como intereses legítimos colectivos

La Constitución se refiere expresamente a los intereses económicos, sociales y profesionales como intereses propios de las organizaciones de profesionales, de empresarios y de trabajadores. Por razones obvias, la interpretación del sentido y alcance de estos intereses resulta sumamente ilustrativa para delimitar que pueden considerarse intereses legítimos colectivos. Inicialmente su invocación fue decisiva para una progresiva superación de las interpretaciones preconstitucionales que restringían el recurso contencioso-administrativo directo contra los reglamentos³⁶.

Resultan interesantes a estos fines dos sentencias del Tribunal Constitucional que admitieron la legitimación de quienes defendían intereses económicos, sociales y profesionales. En primer lugar, la STC 31/1984 de 7 de marzo, en relación con la impugnación por un sindicato del Real Decreto sobre fijación del salario mínimo interprofesional por violación del principio de igualdad, en la que se subraya que los artículos 7º de la Constitución y 28 de la entonces vigente LJCA determinaban el reconocimiento de la legitimación activa de las organizaciones sindicales en defensa de los intereses económicos y sociales que le son propios recurriéndose, además, por la vía especial para la protección de los derechos fundamentales. En segundo lugar y respecto de un acto, la STC 24/1987 de 25 de febrero, que enjuicia la no admisión del recurso contencioso-administrativo suscitado por una asociación de fiscales contra un concreto nombramiento. El Tribunal Supremo vincula la legitimación activa en defensa del interés profesional con la impugnación de disposiciones de carácter general y, en consecuencia, considera que el acto en cuestión se desenvuelve en el ámbito personal del nombrado y de aquellos fiscales que pudieran considerarse lesionados por dicho nombramiento. Este planteamiento se rechaza por el Tribunal Constitucional, que subraya que el acto

³⁶ Como es sabido, una interpretación restrictiva de la legitimación corporativa limitaba un control judicial efectivo sobre los reglamentos. Sobre este tema, vid, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ 1968, pp. 133 y ss.

impugnado incide directamente en el interés profesional para que “la promoción de los Fiscales se lleve a efecto por el procedimiento que la Asociación estima haber sido desconocido por el Decreto recurrido, pues no puede ser extraño a este interés profesional el margen de discrecionalidad administrativa con que se realicen los ascensos y promociones en la Carrera Fiscal. El interés en este caso es directo y legítimo”. Esta conclusión se encuentra, además reforzada porque “la Asociación de Fiscales viene especialmente contemplada en un precepto específico de la Constitución –artículo 127–, que prohíbe a los Fiscales pertenecer a partidos políticos o sindicatos y, por tanto, esa autorización constitucional especial para constituir asociaciones es el único cauce que tiene la Carrera Fiscal para defender sus intereses profesionales y ello es un argumento más para que su legitimación para promover procesos en defensa de dichos intereses deba potenciarse y entenderse en el sentido amplio que se deja razonado, concediéndola siempre que los actos y disposiciones contra los que recurra incidan perjudicialmente en sus legítimos intereses asociativos”.

De esta forma, la noción de interés profesional, social o económico ya se utiliza por el Tribunal Constitucional en sus primeras decisiones para ampliar la legitimación, de modo que dichos intereses pueden considerarse colectivos en cuanto trascienden los estrictamente individuales y son tutelados como intereses propios por ciertas organizaciones, fomentando, además, un control más efectivo sobre la Administración³⁷.

Una más detenida elaboración de la legitimación activa de las organizaciones sindicales, profesionales y empresariales para la defensa de intereses colectivos se efectúa en la STC 101/1996, de 13 de mayo. En ella, el Tribunal Constitucional se pronuncia a favor de la legitimación activa de un sindicato para impugnar el acuerdo de la Junta de Gobierno de una Universidad relativo a la dotación de determinadas plazas de profesorado por estimar que se había apartado indebidamente del texto surgido de la mesa de

³⁷ No obstante, en esta primera época, también cabe reconocer ciertas discrepancias jurisprudenciales. Así, en relación con el recurso directo contra reglamentos, la STC 141/1985, de 22 de octubre relativa al planteado por la Unión Sindical de Policía contra el reglamento de régimen disciplinario afirma que su legitimación debe entenderse relacionada con cuestiones estrictamente laborales y la expresa defensa de los derechos e intereses de sus miembros respecto del derecho a la libertad sindical, pues no cabe que la organización asuma la defensa de la libertad de expresión y de comunicación que son derechos individuales de sus miembros. Respecto de la impugnación de concretos actos de nombramiento, los Autos 520/1987, de 6 de mayo y 777/1988, de 20 de junio, relativos a sendos recursos de amparo del Sindicato *Langile Abertzaleen Barzordeak* (LAB) en relación con el nombramiento de un funcionario interino y la composición de los órganos para la provisión de plazas de funcionarios. El Sindicato justifica su legitimación en que el interés económico o profesional del artículo 7º de la Constitución comprende el derecho “a la defensa del derecho colectivo de los ciudadanos a que el empleo público sea distribuido con igualdad, publicidad y con arreglo a los criterios de mérito y capacidad, así como a la participación en la preparación con la propia Administración de los planes y sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional de los funcionarios públicos”. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que carece manifiestamente de contenido constitucional la demanda de amparo interpuesta por una organización sindical “porque la legitimación de los Sindicatos difícilmente pueda abarcar otros aspectos como los relativos a la organización de las Administraciones –en lo relativo a la fijación de plantillas, convocatoria de oposiciones-concurso, etc.– y, en este caso, a la configuración misma de los Tribunales que hayan de juzgar las pruebas”.

negociación. Sobre la base de este concreto supuesto de hecho, la sentencia sienta una doctrina general sobre la defensa de intereses sociales, económicos o profesionales como propios de los sindicatos y asociaciones empresariales que se reitera con posterioridad y que interesa poner de manifiesto desde la vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva³⁸.

El Tribunal Constitucional afirma la existencia de una legitimación abstracta y general para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa impugnando cualquier decisión relativa a los empleados públicos que encuentra apoyo en la Constitución, que es la que atribuye a las organizaciones sindicales la defensa y representación de los intereses sociales y económicos. No obstante, esta legitimación general debe proyectarse de un modo particular sobre el objeto de los recursos mediante un vínculo o conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada. Como cualquier otro sujeto, la organización sindical o profesional debe ostentar un interés legítimo para ser parte en el proceso contencioso-administrativo, ya que, subraya el Tribunal, “la función constitucionalmente atribuida a los sindicatos no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad, cualesquiera que sean las circunstancias en que ésta pretenda hacerse valer”. Este interés legítimo es el interés profesional o económico “que ha de entenderse referido en todo caso a ‘un interés en sentido propio, cualificado o específico’. Interés que, doctrinal y jurisprudencialmente, viene identificado en la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio en el supuesto de que prospere la acción intentada, y que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial”. El Tribunal Constitucional afirma que no resulta suficiente para considerar a un sindicato legitimado acreditar la “defensa de un interés colectivo o la realización de una determinada actividad sindical, dentro de lo que hemos denominado ‘función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores’. Debe existir, además, un vínculo especial y concreto entre dicho sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito de que se trate, vínculo o nexo que habrá de ponderarse en cada caso y que se plasma en la noción de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso entablado”.

Por tanto, para nuestro Tribunal Constitucional la legitimación activa en el proceso contencioso-administrativo para la tutela colectiva de los intereses económicos y profesionales no es una defensa en abstracto de la legalidad de la actuación administrativa,

³⁸ A propósito de esta doctrina general pueden verse también las sentencias 7/2001, de 15 de enero, 24/2001, de 29 de enero, 84/2001, de 26 de marzo, 203/2002, de 28 de octubre, 112/2004, de 12 de julio, o 142/2004, de 29 de enero. Respecto de los sindicatos, debe notarse, además, que el Tribunal Constitucional ha señalado que el “canon de constitucionalidad a aplicar es un canon reforzado, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva se impetra para la defensa de un derecho sustantivo fundamental como es el derecho a la libertad sindical”. Este derecho implica la libertad en el ejercicio de la acción sindical, es decir, de aquellos medios de acción que contribuyen a que los sindicatos desempeñen sus actividades. Con este alcance, la STC 358/2006, de 18 de diciembre señala que “será suficiente... con abordar la cuestión desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, pues de su vulneración o no derivará, como consecuencia inmediata, la del artículo 28.1 CE, al formar el derecho a la tutela judicial efectiva parte del contenido de la acción institucional del sindicato”.

pues resulta necesario apreciar una relación entre la organización y el objeto del proceso similar a la que traduce la noción de interés legítimo tutelable por cualquiera, es decir, la ventaja, perjuicio o beneficio que deriva de la eventual estimación del recurso. Esta equiparación material entre el interés social y económico y el interés legítimo común puede apreciarse fácilmente en algunos de los supuestos analizados por el Tribunal en los que, en realidad, las organizaciones sindicales estarían legitimadas como cualquier otro sujeto de derecho. Así ocurre, a mi juicio, cuando las organizaciones sindicales acuden a la jurisdicción contencioso-administrativa demandando el efectivo cumplimiento de la normativa reguladora de la representación, participación y negociación con las Administraciones Públicas en materia de empleo público³⁹. En tales supuestos la legitimación activa de las organizaciones en defensa de unos derechos que expresa o implícitamente ha reconocido el ordenamiento jurídico no necesita, en mi opinión, invocar un interés social, económico o profesional diferente del que asiste a cualquier sujeto, ni habilitación alguna para la defensa de un interés legítimo colectivo. Se trataría de una organización a la que las normas han reconocido unas determinadas funciones y, en consecuencia, resulta suficiente la legitimación general del artículo 19.1. a) de la LJCA, como cualquier sujeto de derecho que no ha sido oído en un procedimiento administrativo previo que afecta a sus derechos e intereses legítimos.

La doctrina general del Tribunal Constitucional también se ha aplicado a otros supuestos de hecho en los que, a mi juicio, el interés social, económico o profesional debería haberse considerado expresamente como un interés legítimo colectivo. La jurisprudencia constitucional, además de referirse en diversas ocasiones al “interés general y abstracto del sindicato en defender la legalidad” ha vinculado el objeto del proceso con la defensa de los intereses que el artículo 7º de la Constitución atribuye a los sindicatos con diversos argumentos: la utilización de otro sistema de los legalmente posibles para

³⁹ Estas funciones se determinaban en la Ley Nº 9/1987, de 12 junio, de los órganos de representación, determinación de condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas hasta la reciente aprobación, por la Ley Nº 7/2007, de 12 abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Sobre esta cuestión resultan de interés dos sentencias del nuestro Tribunal Constitucional de la misma fecha, las 84 y 85 de 26 de marzo de 2001 (las dos con ponencia de Carles Vives Pi-Sunyer) pues ponen de relieve que una cosa es la legitimación activa de los sindicatos para la tutela de los derechos generales de representación y defensa de los intereses colectivos, y otra diferente el alcance efectivo de estos derechos en la Ley Nº 9/1987. La STC 84/2001 otorga el amparo al sindicato ante la sentencia contencioso-administrativa que apreció la falta de legitimación activa para impugnar un acuerdo que no había sido objeto de negociación colectiva. En la segunda, la 85/2001, no se aprecia violación del artículo 24 porque el Tribunal sí consideró legitimado al sindicato aunque desestimó su recurso en cuanto al fondo. De lo anterior puede deducirse que la legitimación activa de las organizaciones sindicales en defensa de los derechos de participación y, sobre todo, de negociación colectiva, no depende de que el asunto en cuestión sea materia sujeta a dicha negociación o excluida. Además de las anteriormente citadas, también pueden verse las SSTC 101/1996, de 13 de mayo, 7/2001, de 15 de enero, 142/2004 de 13 de septiembre o 74/2005, de 4 de abril, entre otras. En ellas, el Tribunal Constitucional se ha referido expresamente a la potestad organizatoria de la Administración que, aunque esté excluida de la negociación colectiva, no impide que los sindicatos acudan a los tribunales en defensa de los intereses colectivos, ya que “no puede, pues, considerarse en sí misma ajena al ámbito de la actividad sindical toda materia relativa a la organización de la Administración, y por ello no es constitucionalmente admisible denegar la legitimación procesal de los sindicatos en los conflictos donde se discutan medidas administrativas de tal naturaleza”.

cubrir una plaza o la adecuación al ordenamiento jurídico de la provisión de puestos de trabajo y su conexión con la expectativa para participar en un proceso selectivo de todas las personas que cumplieran unos determinados requisitos –STC 7/2001, de 15 de enero en relación con la comisión de servicios voluntaria para cubrir un puesto de Inspector Jefe de la Policía local y STC 89/2003, de 19 de mayo en relación con las prórrogas de comisiones de servicios a cuatro empleados–; *no sólo por el general y abstracto del sindicato en defender la legalidad del Acuerdo impugnado*, sino por su interés específico en obtener una resolución estimatoria, que supondría la denegación de la compatibilidad a los funcionarios afectados, quienes deberían optar entre la continuidad en su puesto de funcionario, con el correspondiente abandono de sus actividades en el sector privado, o la renuncia al empleo público para trasladar su dedicación a las actividades privadas. El nexo expresivo de un interés legítimo existe, pues, en cualquier caso, la eventual estimación del recurso interpuesto por el sindicato incidiría en las posibilidades de empleo, público o privado, de los trabajadores de dicho sector afiliados al sindicato, quienes tendrían al menos una expectativa de optar a los eventuales puestos vacantes en el ámbito administrativo o a ver aumentadas las oportunidades de empleo en el sector privado” –STC 203/2002, de 28 de octubre de 2002, en relación con la impugnación de un acuerdo por el que se concedía de forma provisional las compatibilidades para ejercer actividades en el sector privado a determinados médicos de un hospital provincial–; “el interés de los empleados públicos en que los servicios de apoyo informático que se pretenden contratar al exterior sean realizados por empleados públicos, no radica sólo en el interés general y abstracto del sindicato en defender la legalidad de los procedimientos utilizados por la Tesorería General de la Seguridad Social para la cobertura de sus necesidades, sino que se materializa en un interés específico en razón a la ventaja o utilidad que obtendría el sindicato recurrente en caso de prosperar el recurso contencioso-administrativo y que sería extensible a todos y cada uno de sus afiliados, así como, en general, al personal de la Tesorería” –STC 112/2004, de 12 de julio, en relación con la impugnación de diversas Resoluciones de la Tesorería General de la Seguridad Social que convocan concursos para la contratación de apoyo técnico por considerar dichos contratos contrarios a la legislación sobre contratación de las Administraciones públicas–; o, en general que “el sindicato recurrente tiene su ámbito de actuación y su objeto principal en la función pública de la Comunidad Valenciana, y representa en su mayor parte funcionarios pertenecientes a las distintas Administraciones públicas, es evidente.... que, sin perjuicio del fondo del asunto, el sindicato ostenta un interés específico y concreto en la impugnación del mencionado acto administrativo” –STC 358/2006, de 18 de diciembre, respecto de la adjudicación mediante el sistema de libre designación de una plaza a una persona que provenía de la Administración militar⁴⁰.

⁴⁰ Todos los supuestos recogidos en texto se refieren a sentencias que estiman los recursos de amparo frente a la no admisión del recurso contencioso-administrativo por falta de legitimación activa. Otras posibles violaciones de derechos fundamentales se analizan en la jurisprudencia constitucional que interesa en cuanto ilustra sobre la amplia legitimación

Por otro lado, merece la pena una específica alusión a la STC 89/2003, de 19 de mayo, en relación con el recurso contencioso-administrativo deducido por un sindicato contra cuatro prórrogas de comisiones de servicios que habían sido informadas favorable por acuerdo unánime de los integrantes de la comisión paritaria de personal, incluido, por tanto, el representante del sindicato impugnante. Por este motivo, el tribunal contencioso-administrativo considera que la ulterior impugnación por el sindicato entraña un *venire contra proprium factum*. No lo entiende así el Tribunal Constitucional que otorga el amparo y reconoce la legitimación activa para impugnar el judicialmente el indicado acuerdo y ello a pesar de que el artículo 5º de la Ley Orgánica de Libertad Sindical precisa que el sindicato no responde por los actos individuales de sus afiliados “salvo que aquéllos se produzcan en el ejercicio regular de las funciones representativas o se pruebe que dichos afiliados actuaban por cuenta del sindicato”⁴¹.

De lo anterior, cabe deducir que se ha producido así una progresiva extensión del contenido y alcance de los intereses sociales y económicos cuya representación y defensa se atribuye a las organizaciones sindicales que deben considerarse de naturaleza colectiva pues trascienden los individuales e incluso los propios de los empleados públicos que se aproxima mucho a una defensa de la legalidad y el correcto funcionamiento de las Admi-

de los sindicatos, aproximando la noción de interés social y económico a una defensa de la legalidad. Al respecto puede tomarse en consideración las impugnaciones que los sindicatos han llevado a cabo respecto de la regulación de los precios por prestación de servicios sociales –STC 51/2000, de 28 de febrero–; los programas económicos autonómicos –STC 53/2003, de 24 de marzo–; los pagos a cuenta en el Impuesto sobre la Renta –Autos 197/2003, de 16 de junio y 212/2003, 30 de junio–; o, una orden de un policía municipal en relación con la identificación de inmigrantes –Auto 325/2004, de 29 de julio–. Aunque dictada en el orden social, resulta interesante la STC 215/2001, de 29 de octubre, en la que se otorga el amparo a un sindicato al que se había denegado su participación en el procedimiento laboral seguido contra una empresa por infracción a las normas sociales. El Tribunal reconoce la legitimación del sindicato argumentando que “en el presente supuesto concurren unos elementos específicos que permiten concluir que también resultan afectados intereses colectivos del conjunto de los trabajadores de la empresa y, en consecuencia, intereses económicos y profesionales cuya defensa puede legítimamente corresponder al sindicato recurrente, ya que la infracción objeto de controversia y la eventual sanción tienen por objeto la tutela de un interés colectivo”.

⁴¹ El Tribunal Constitucional fundamenta su razonamiento en la interpretación del artículo 28.4. a) de la LJCA que realiza en la STC 220/2001, de 31 de octubre. En esa sentencia, se considero que la prohibición de recurrir de los órganos colegiados y de los miembros de los órganos colegiados no impide que los integrantes de los órganos colegiados puedan verse privados de la posibilidad de defender en vía contencioso-administrativa los derechos o intereses legítimos que su situación les confiere. El mismo planteamiento se aplica en la STC 89/2003, aunque se trata de supuestos de hechos muy diferentes. En la STC 220/2001, los profesores universitarios recurren el acuerdo del consejo de departamento repartiendo la carga docente en defensa de sus situaciones jurídico activas personales y sin atentar contra sus propios actos pues votaron en contra. En la STC 89/2003, el representante sindical en el órgano administrativo paritario actúa en representación y defensa de los intereses colectivos de los trabajadores y lo por él actuado resulta imputable al sindicato al que representa, como, además cabe deducir de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. Por lo tanto, la ulterior impugnación de este sí supone una violación del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos. Como subraya DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN 1963, 133 y ss., la regla de que “nadie puede ir lícitamente contra sus propios actos” deriva del principio que impone un deber de proceder lealmente en las relaciones de derecho, y conlleva la inadmisión de la pretensión contradictoria, que “no puede prosperar cuando se ejercita en contradicción con el sentido que, objetivamente y de buena fe, ha de atribuirse a una conducta jurídicamente relevante y eficaz, observada por el sujeto dentro de una situación jurídica” (189). Sobre el acto propio como una manifestación del principio general de buena fe también puede verse GARCÍA DE ENTERRÍA 1956, pp. 71-72.

nistraciones públicas. Se trataría, en cierta medida, de una legitimación tan amplia que se aproxima a la acción pública, pero limitada subjetivamente, pues sólo pueden ejercerla las organizaciones que defienden los llamados intereses sociales y económicos.

C) Algunas reflexiones generales

La delimitación del sentido y alcance de la legitimación colectiva, que habilita a determinadas organizaciones para la defensa de intereses legítimos colectivos, está condicionada por las reglas generales de legitimación, capacidad y representación en cualquier proceso y, en particular, en el contencioso-administrativo. Si la regla general permite acudir a los tribunales a cualquier persona en defensa de sus derechos e intereses legítimos, las normas deberán resolver los problemas de capacidad de quienes no sean personas, pero sí son titulares de situaciones jurídico-activas. Además se ha puesto de manifiesto que los sindicatos, corporaciones y asociaciones pueden acudir a los tribunales en defensa de los derechos subjetivos e intereses legítimos que ostentan como cualquier otro sujeto de derecho así como en defensa de los derechos e intereses individuales de unos sujetos determinados en virtud del apoderamiento voluntario o de la legitimación representativa que reconoce la ley. Y, por último, el Derecho positivo puede reconocer a la organización una expresa habilitación para defender y representar ante los tribunales intereses legítimos colectivos. Esta última es la que denominamos legitimación colectiva.

La legitimación colectiva está condicionada subjetiva y materialmente, pues el Derecho positivo debe reconocer qué organización es titular de un interés legítimo colectivo. Así ocurre con claridad respecto de los sindicatos, corporaciones y asociaciones a las que corresponde la defensa y representación de intereses sociales, económicos y profesionales. Sin perjuicio de que la jurisprudencia no diferencia con claridad estos intereses de los derechos subjetivos e intereses legítimos ordinarios, lo cierto es que la organización está legitimada para impugnar las disposiciones de carácter general e, incluso, particular que trasciende las situaciones individualizadas afectando a todos los ciudadanos o colectivos relativamente amplios, que frecuentemente no podrían ser impugnadas por un ciudadano cualquiera a título individual. También cuentan con legitimación activa para la defensa de intereses legítimos colectivos las asociaciones de defensa de los consumidores y usuarios y las medio-ambientales que cumplan los requisitos legalmente establecidos. Las mismas también asumirán la defensa ante la jurisdicción contencioso-administrativa de unos intereses que afectan a todos o a casi todos. Incluso podemos reconocer, a pesar de las confusas previsiones normativas, que también están legitimadas las personas jurídicas que actúan en materia de inmigración o en la realización efectiva del principio de igualdad. Sin embargo, la falta de claridad del legislador al respecto suscita no pocos interrogantes, pues nada se exige a las indicadas personas jurídicas, ni siquiera que sean asociaciones de utilidad pública y, en consecuencia, cumplan determinados requisitos.

Al respecto sería deseable que las leyes sectoriales que habiliten a las organizaciones que actúen en determinados ámbitos para la defensa de intereses legítimos colectivos sean claras. Cuáles sean las materias en las que se considera preciso reconocer una legi-

timación singular en defensa de dichos intereses es, sin duda, una decisión de política legislativa, y debe ser el legislador el que decida que los bienes jurídicos que debe protegerse permitiendo que las organizaciones que los defienden acudan a la jurisdicción contencioso-administrativa. Así lo valoró hace ya tiempo el legislador en materia de urbanismo que, además, no limitó el acceso a los tribunales desde el punto de vista subjetivo, como sí ocurre en materia de medio ambiente o en consumo. Por ello, la idea de interés legítimo colectivo y la legitimación activa que se reconoce para su defensa constituye una vía intermedia entre las situaciones individualizadas y la acción pública. Se permite acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa en defensa de la legalidad, el correcto funcionamiento de la Administración, la adecuada valoración de todos los aspectos presentes en una determinada materia pero no a cualquiera sino a determinadas organizaciones.

Por otro lado, y sin perjuicio de que cualquier situación jurídica individualizada deba estar plenamente amparada por la tutela judicial efectiva, quizá deba actuarse con cautela y no confundir la legitimación colectiva para la tutela de intereses legítimos colectivos que, como se ha indicado, debe reconocerse expresamente, con la legitimación de cualquier organización para la defensa de los fines que persigue. Si consideramos que cualquier violación o atentado que la Administración pueda causar en relación con los fines que persigue una determinada asociación constituye un interés legítimo suficiente para acudir a los tribunales, serían los ciudadanos los que decidirían cuándo están legitimados. Por ello, una excesiva extensión de la legitimación de las asociaciones por considerar que cualquier actuación administrativa relacionada con los fines estatutarios la legítima puede resultar excesiva, y debería exigirse en los términos antes indicados que los asociados estén individualmente legitimados por su relación con el proceso.

Desde un planteamiento general que el legislador habilite a determinadas organizaciones para defender determinados intereses de naturaleza colectiva permitiría avanzar en la lucha por el control del poder. Pero hay que ser cauteloso. Que la Administración actúe conforme a la legalidad, respetando los derechos fundamentales, los principios que rigen su actuación, o el procedimiento legalmente establecido en cada caso nos incumbe a todos, pero su defensa ante los tribunales queda reservada a quienes mantengan una relación individualizada como titular de un derecho o interés legítimo. No obstante, en ciertos casos, el legislador puede habilitar a concretas organizaciones para que acuda a los tribunales en defensa de ese interés común a todos los ciudadanos, configurándolo como un interés legítimo colectivo. La habilitación legal para la defensa de intereses colectivos permite que allí donde se manifiestan los intereses generales o comunes a todos los ciudadanos –o a gran parte de ellos– también los tribunales contencioso-administrativo ejerzan el control sobre las Administraciones públicas que la Constitución les encomienda, sobre todo en aquellos supuestos en que el mecanismo habitual –la impugnación por el titular del derechos subjetivo o el interés legítimo– no asegure el efectivo cumplimiento de la legalidad. Desde esta perspectiva, que el legislador opte por reconocer legitimación activa en defensa de determinados intereses colectivos a organizaciones creadas para su

defensa puede constituir un instrumento adecuado para fomentar un control más eficaz. En tal caso, sería aconsejable regular con claridad qué finalidades se quieren proteger con el reconocimiento de la legitimación activa y qué concretas organizaciones asumen su defensa. Los sindicatos, las corporaciones de derecho público en general y los colegios profesionales están sujetos a unas concretas normas que ordenan el procedimiento para su constitución lo que interesa en cuanto impide que pueda surgir una organización de estas características con la única finalidad de defender los intereses legítimos colectivos que el ordenamiento jurídico les reconoce. Estas cautelas se manifiestan también en las leyes que han regulado expresa y claramente la legitimación colectiva como son las relativas a consumo y medio ambiente, pues no cualquier asociación que incluya en sus estatutos estos fines puede acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. Reglas similares deberían de exigir en otros ámbitos, para impedir posibles abusos en el ejercicio de esta legitimación colectiva que permite impugnar a una organización en defensa de unos intereses que se consideran colectivos porque afectan a todos, pero que inadecuadamente empleada puede generar numerosos problemas. Piénsese los riesgos que entraña reconocer la legitimación activa para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa cualquier acto administrativo por el simple dato de que una asociación haya recogido en sus estatutos la defensa de la legalidad. Además, tal hipótesis dejaría en manos de los propios particulares el reconocimiento de la legitimación activa en los procesos. Naturalmente el rigor en este plano presupone una adecuada diferenciación de esta legitimación en defensa de intereses colectivos de los otros supuestos a los que se ha hecho anteriormente referencia.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALMAGRO NOSETE (1982-1983): "Tutela procesal ordinaria y privilegiada (jurisdicción constitucional) de los intereses difusos", en: *Revista de Derecho Público* Nº 16.
- ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. y GONZÁLEZ RIVAS, J. (1998): *Análisis Teórico y jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (Pamplona, Aranzadi).
- CABAÑAS GARCÍA, J. (2005): *La tutela judicial del tercero: estudio sobre la legitimación indirecta, individual y colectiva en el proceso civil* (Madrid, Dijusa).
- CALVO SÁNCHEZ, L. (1998): *Régimen jurídico de los colegios profesionales* (Madrid, Civitas).
- CARRASCO PERERA, Á. y GONZÁLEZ CARRASCO, M. (2001): "¿Acciones de clase en el proceso civil?", en: *Aranzadi Civil* Nº 3.
- CIERCO SIEIRA, C. (2002): *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo* (Bologna, Real Colegio de España).
- CORDÓN MORENO, F. (1997): *El proceso contencioso-administrativo* (Pamplona, Aranzadi).
- _____ (1999): *El proceso contencioso-administrativo* (Pamplona, Aranzadi).
- COSCULLUELA MONTANER, L. (1973): "Acción pública en materia urbanística", en: *Revista de Administración Pública* Nº 71.
- DA LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (2004): *Derecho procesal Civil. El proceso declarativo* (Madrid, Areces), 3ª edición.
- DEL SAZ, S. (1996): *Los colegios profesionales* (Madrid, Marcial Pons).

- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (1963): *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Barcelona).
- EMBED IRUJO, Antonio (2001): “Las partes”, en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (Valladolid, Lex Nova), 2ª edición.
- ESTEVE PARDO, J. (2005): *Derecho del medio ambiente* (Madrid-Barcelona, Marcial Pons).
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. (1968): “Los sindicatos y el recurso contencioso-administrativo”, en: *Revista de Administración Pública* Nº 55.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1956): “La doctrina de los actos propios y el sistema de lesividad”, en: *Revista de Administración Pública* Nº 20.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2007): *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?* (Madrid, Thomson-Civitas).
- GASCÓN INCHAUSTI, F. (2011): “Procedimientos judiciales y extrajudiciales de protección de los consumidores y usuarios”, en: *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007* (Madrid, Iustel), 2011.
- GIMENO SENDRA, V. (2004): *Derecho Procesal Civil. I el Proceso de declaración. Parte general* (Madrid, Colex), 1ª edición.
- GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.; GARBERI LLOBREGAT, J. y GONZÁLEZ CUELLAR, N. (1999): *Comentarios a la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1988* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces).
- GONZÁLEZ CANO, María (1997): *La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2003): *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley Nº 29/1998, de 13 de junio)* (Madrid, Civitas), 4ª edición, t I.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. y FERNÁNDEZ FARRÉRES, G. (2002): *Derecho de asociación Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo* (Madrid, Civitas).
- GONZÁLEZ RIVAS, J. y ARANGUREN PÉREZ, I. (2006): *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa 29/1998, de 13 de junio* (Navarra, Thomson-Civitas), 1ª edición.
- GUASP, J. y ARAGONESES, P. (2005): *Derecho procesal civil. I. Introducción y parte general* (Madrid, Thomson-Civitas).
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES (1999): *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos* (Pamplona, Aranzadi).
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES (2001): “Artículo 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios”, en: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Civitas, Madrid).
- JIMÉNEZ MEZA, M. (1998): *La legitimación administrativa para la defensa de los intereses legítimos y los derechos subjetivos (Procedimiento administrativo, tributario y contencioso-administrativo)* (San José, Mundo gráfico), 2ª edición.
- JORDANO FRAGA, J. (2007): “La Administración en el Estado ambiental de Derecho”, en: *Revista de Administración Pública* Nº 173.
- LOZANO CUTANDA, B. (2000): *Derecho ambiental administrativo* (Madrid, Dykinson).
- NAVARRO PÉREZ, J. (2000): *Las partes en el proceso contencioso-administrativo* (estudio sistemático de los artículos 18 a 24 de la Ley Nº 29/1998, de 13 de julio) (Córdoba, Ibarra Arce).
- NIETO GARCÍA, A. (1991): “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría* (Madrid, Civitas).
- MARTÍN-RETORTILLO, L. (1991): “Eficacia y garantía de los derechos fundamentales”, en: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría* (Madrid, Civitas), t II.

- MONTERO AROCA, J. (1997): *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual* (Granada, Comares).
- MONTERO AROCA, J. IGLESIAS CABERO, M., MARÍN CORREA, J. y SAMPEDRO CORRAL, M. (1993): *Comentarios a la Ley de procedimiento laboral* (Madrid, Cívitas).
- PÉREZ CONEJO, L. (2002): *La defensa judicial de los intereses ambientales* (estudio específico de la legitimación “difusa” en el proceso contencioso-administrativo) (Valladolid, Lex Nova).
- RAZQUIN LIZARRAGA, J. y RUIZ DE APODACA, A. (2007): *Información, Participación y Justicia en materia de medio ambiente* (Comentario sistemático a la ley 27/2006, de 18 de julio) (Navarra, Thomson-Aranzadi).
- REBOLLEDO PUIG [Director] y IZQUIERDO CARRASCO [coord.] (2007): *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local* (Valencia, Tirant lo Blanch) t II, 1499 pp.
- REBOLLEDO PUIG (2010): “Revisión de oficio de los acuerdos locales a instancia de las Administraciones estatal y autonómicas”, en: RUIZ OJEDA, A. [coord.] *El Gobierno Local. Estudios en homenaje al Profesor Luis Morell Ocaña* (Madrid, Iustel-Cosital).
- REBOLLEDO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO, M. (2011): “Protección de los intereses legítimos económicos de los consumidores y usuarios”, en: *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007* (Madrid, Iustel).
- RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M. (2011): “Derecho de representación, consulta y participación y régimen jurídico de las asociaciones de consumidores y usuarios”, en: *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007* (Madrid, Iustel).
- RUIZ RISUEÑO, F. (1998): *El proceso contencioso-administrativo* (Madrid, Colex).
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (1980): *La participación del ciudadano en la Administración pública* (Madrid, CEP).
- SANTAMARÍA, J. (1993): “Los interesados”, en: *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (Madrid, Carperi).
- SANZ RUBIALES, I. (1996): “La legitimación de las asociaciones ecologistas en el proceso judicial” (Comentario a la STC 34/1994, de 31 de enero de 1994), en: *Revista de Administración Pública* N° 141.
- SILGUERO ESTAGNAN, J. (1995): *La tutela jurisdiccional a través de la legitimación de los grupos* (Madrid, Dykinson).
- _____ (1999): “La protección procesal del interés colectivo de los consumidores”, en: *Estudios sobre Consumo* N° 49.
- _____ (2003): “Las acciones colectivas de grupo”, en: *Aranzadi Civil* N° 22.

IMPORTACIÓN DE OBJETOS JURÍDICOS Y COHERENCIA DEL ORDENAMIENTO NORMATIVO ADMINISTRATIVO CHILENO

CAROLINA CERDA GUZMÁN*

RESUMEN: Desde el punto de vista del derecho administrativo, Chile se caracteriza como un país fuertemente importador, y en particular de conceptos y nociones franceses. El fenómeno de importación no es una particularidad chilena puesto que existe en todos los países. Sin embargo, la especificidad chilena reside en la ausencia de coherencia en la política importadora. Coexisten, actualmente en Chile, instituciones que tienen orígenes muy diversos, lo que conduce a conflictos e incoherencias, y lo que permite explicar, parcialmente, la ausencia de juez administrativo en Chile. La tesis defendida es entonces la siguiente: para lograr crear un ordenamiento jurídico coherente, Chile está obligado instituir un juez administrativo adecuado. Esta institución permitirá, primero, reorganizar las importaciones jurídicas (país bien modelado) y luego nacionalizar estas importaciones (país modelo).

INTRODUCCIÓN

Desde el plebiscito de 1988, Chile funde el restablecimiento de la democracia sobre la construcción de un Estado de Derecho formal y sustancial. Sin embargo, cuando se analiza el orden jurídico chileno, uno constata las graves incoherencias que existen en su estructura y particularmente en lo que concierne el ámbito del derecho administrativo. En efecto, Chile no dispone aún de una “verdadera” justicia administrativa, a pesar de que tiene un derecho administrativo fuerte, inspirado en el derecho francés.

¿Cómo explicar esa laguna sobre todo si se sabe que el control efectivo de los actos de la Administración es uno de los elementos más importantes para realizar el Estado de Derecho? Resulta, en realidad, que la incapacidad de los poderes constituyentes y legislativos chilenos para crear una verdadera justicia administrativa encuentra sus orígenes en la política jurídica importadora del país. En efecto, el ordenamiento jurídico chileno se formó a merced de las distintas políticas de importación jurídica que conoció el país a lo largo de su historia. Pareciera que esta ausencia de lógica en la política de importación es una de las causas de las disfunciones actuales del ordenamiento jurídico administrativo chileno.

Este análisis nos permitirá constatar que si Chile, del punto de vista del derecho administrativo, ha sido un país modelado, el país se debe de crear sus instituciones

* Profesora asistente en Derecho Público de la Universidad Paul Valéry de Montpellier III. (Francia).

Trabajo publicado anteriormente en: Nuevo Mundo Mundos Nuevos [En línea], Coloquios, Puesto en línea el 19 noviembre 2007, consultado el 18 enero 2013. URL: <http://nuevomundo.revues.org/10982>; DOI: 10.4000/nuevomundo.10982.

jurídicas propias, y llegar a ser un país modelo, para poder cumplir con las exigencias de un Estado de Derecho.

I. EL PAPEL DE LA POLÍTICA DE IMPORTACIÓN JURÍDICA EN LA DESORGANIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO CHILENO

A. HISTORIA DE UNA ANARQUÍA CONTENCIOSA

1. *La imposible creación de un juez administrativo en Chile*

El juez administrativo es una figura institucional que atormenta la historia constitucional y administrativa chilena.

Si algunos autores remontan a la Carta fundamental de 1828 para detectar los primeros rastros de un contencioso administrativo¹, es necesario esperar la Constitución de 1925 para que la cuestión se plantee plenamente. El artículo 87 de esta Constitución disponía que “habrá Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas, y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materias de ley”.

Bajo el imperio de esta Constitución, varios proyectos de ley que instauraban Tribunales Administrativos fueron sometidos al voto del Parlamento pero ninguno de ellos fue llevado a cabo.

El acuerdo político de 1989 afectó el contencioso-administrativo, pero de una manera sorprendente, puesto que desembocó en la supresión de toda referencia a los Tribunales Administrativos en la Constitución². Esa reforma fue interpretada de distintas maneras. Algunos la interpretaron como el reconocimiento de la transferencia de la totalidad del contencioso administrativo hacia los tribunales de derecho común. Sin embargo, otros autores desarrollaron una argumentación más matizada³. Sí reconocen, por un lado, que esta supresión marca el fin del reconocimiento constitucional de estos tribunales, consideran, por otro lado, que esa situación deja la vía abierta al legislador para crearlos. Esta posición fue confirmada por una sentencia del Tribunal Constitucional, en la cual el juez considera que el objetivo de la supresión “de la referencia a lo *contencioso administrativo*, era (...) que mientras no se dicte la ley que regule a los tribunales con-

¹ Ver IRRIBARREN 2005, p. 36. Citado por PANTOJA BAUZÁ 2005.

² Modificación realizada por la Ley N° 18.825, de Reforma Constitucional del 17 de agosto de 1989. El artículo es ahora el siguiente: *Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.*

³ ANDRADE 1991, p. 216.

tencioso administrativos, corresponderá a los tribunales ordinarios del Poder Judicial el conocimiento de estos asuntos”⁴.

Sin embargo, desde entonces, ningún proyecto de ley instaurando una justicia administrativa ha sido votado.

2. La construcción de un contencioso administrativo complejo e incoherente

La ausencia de Tribunales Administrativos constituyó un obstáculo muy importante en la creación de una organización jurisdiccional coherente en Chile.

Aunque nunca el legislador haya otorgado una competencia general en la materia a la Corte Suprema, esta institución siempre intentó conocer una parte del contencioso relativo a los actos de la Administración. Así, por ejemplo, desde el final del siglo XIX, la Corte Suprema es competente para tratar las solicitudes pecuniarias dirigidas en contra de las autoridades administrativas, y eso aun cuando estén vinculadas a un acto administrativo⁵.

El legislador, por su parte, creó un conjunto de recursos específicos que se suman a los ya abiertos por la Corte Suprema. Este fenómeno implicó la construcción de un contencioso administrativo muy complejo. De hecho, una presentación simple de las distintas vías de recurso y de los distintos tipos de controles es una tarea casi imposible.

En efecto, el control de los actos administrativos puede efectuarse tanto ex ante como ex post, como sobre una base contenciosa o no contenciosa.

Además, el control de los actos administrativos incumbe a distintas instituciones. Por ejemplo, el control ex ante es de la competencia de la Contraloría General de la República⁶. Este control de legalidad preventivo se caracteriza por el trámite de “toma de razón” y por la posibilidad de reforma de los proyectos de actos administrativos.

El control a posteriori es aún más complejo, puesto que existen varios recursos, entre tantos, la acción de nulidad en derecho público, la cual se caracteriza por el efecto muy relativo del fallo, por la lentitud del juez y por sus graves incoherencias en lo que concierne las medidas prejudiciales.

El recurso más importante sigue siendo el “recurso de protección”, consagrado por el artículo 20 de la Constitución de 1980. Este recurso permite a todo administrado, cuyos derechos individuales y políticos han sido lesionados por un acto o una omisión de la Administración central, y dentro de un plazo de quince días solamente, de recurrir ante las Cortes de Apelaciones para obtener su anulación y pedir reparación. Sin embargo, este recurso no constituye una solución adecuada, excepto para casos excepcionales de ilegalidad manifiesta, puesto que se acerca más a un recurso de urgencia que a un recurso de derecho común.

⁴ STC, Rol N° 176-1993 (1993).

⁵ Fallos de la Corte Suprema del 23 de septiembre de 1896, del 18 de abril de 1904 o del 29 de julio de 1927.

⁶ Capítulo X, artículos 98 y 99 de la Constitución.

Además de los recursos ya mencionados, pueden ser citados, entre otros, el contencioso de la expropiación⁷, el recurso especial de nacionalidad⁸, el recurso de amparo económico⁹, los cuales poseen cada uno sus propias particularidades y procedimientos¹⁰. Así, la Corte de Apelación juzgará algunos de esos recursos, otros dependerán de la Corte Suprema y otros serán juzgados por un juez único.

Esta sofisticación por demasiado bizantina del sistema chileno genera un policentrismo jurídico muy perjudicial para la calidad del contencioso administrativo.

Plantea, en primer lugar, cuestiones en términos de conflictos de autoridad. La doctrina chilena debatió, por ejemplo, sobre la autoridad de las decisiones tomadas por la Contraloría General de la República. Mediante una sentencia del 27 de diciembre de 1990, el Tribunal Constitucional no deseó someter jurídicamente los tribunales de derecho común a los dictámenes emitidos por la Contraloría General, confirmando así el carácter redundante del control a priori.

Por otra parte, la extensa red de recursos no impide la sobrevivencia de actos incontrolados, como los reglamentos autónomos y los actos de Gobierno.

Por último, esta multiplicidad de recursos genera conflictos de jurisprudencia. Como lo destacó el profesor Pedro Pierry Arrau, el recurso de protección puede permitir a los tribunales ordinarios “modificar la jurisprudencia y criterio de la Contraloría General de la República”¹¹, aun cuando es este mismo órgano quien mejor domina los mecanismos de la Administración chilena. Este poder que detentan los órganos judiciales es aún más problemático cuando se sabe que la gran mayoría de ellos tienen un escaso conocimiento de las particularidades que deben presidir el pleito hecho a los actos administrativos. De hecho, la jurisprudencia de estos tribunales se caracteriza más por su aspecto casuístico que por su coherencia.

En definitiva, la ausencia de jurisdicción administrativa marcó profundamente la organización jurisdiccional en Chile. Sin embargo, si este hecho se explica históricamente por un desacuerdo doctrinal, esta ausencia es realmente el fruto de un problema jurídico más general, es decir el de la gestión de las importaciones jurídicas.

B. LAS RAZONES DE LA ANARQUÍA CONTENCIOSA

1. *Chile: un país de fuerte importación jurídica*

La política importadora chilena es realmente un estigma de la colonización española¹². Los conquistadores introdujeron las leyes entonces vigentes en España sobre la

⁷ Artículo 19 N° 24 de la Constitución y el Decreto Ley N° 2.186, que aprueba la Ley Orgánica sobre el Procedimiento de Expropiación.

⁸ Artículo 12 de la Constitución.

⁹ Ley N° 18.971 relativa a las infracciones al artículo 19 N° 21 de la Constitución.

¹⁰ FERRADA BÓRQUEZ 2005, VII

¹¹ PIERRY ARRAU 2001, pp. 25-35.

¹² RODIÈRE 1978, 950; LEVAGGI 1994, pp. 331-379.

casi totalidad del territorio sudamericano. Sin embargo, uno sabe que *ubisocietas, Ibi jus*. Así, bajo la persistencia de costumbres locales¹³, una cierta interacción se produjo, la cual dio nacimiento al derecho criollo. Este derecho fue la obra de juristas españoles. Por lo tanto, siguió el modelo europeo: el derecho romano-canónico.

El movimiento de independencia que sopló sobre los distintos territorios españoles de América al principio del siglo XIX no tuvo consecuencias inmediatas sobre el Derecho en vigor. En efecto, *la ruptura política con España no significó que renunciaran al sistema jurídico indígena castellano*¹⁴. La reforma del Derecho se operó a través de una progresiva “limpieza” del sistema, eliminando las normas contrarias a la libertad y a la independencia. Esta ausencia de ruptura radical explica el vínculo que mantienen siempre los países latinoamericanos con España desde el punto de vista de la organización o la doctrina jurídica.

Por otra parte, al igual que sus vecinos latinoamericanos, Chile fue muy influenciado por las ideas revolucionarias americanas, y particularmente en lo que concierne el principio de legalidad¹⁵. Por ejemplo, Chile importó del modelo americano, el control difuso de constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, esta influencia americana nunca ha conocido en Chile una intensidad comparable a las encontradas en otros países del continente sudamericano. De hecho, Chile forma parte de los pocos países sudamericanos que han conocido un régimen parlamentario sobre un período significativo (de 1891 a 1924).

Si frente a estas dos fuentes de inspiración, la fuerte influencia del derecho francés puede parecer sorprendente, ésta se basa, sin embargo, sobre fundamentos sólidos: la fuerte capacidad exportadora francesa en materia jurídica, que podría por sí sola ser objeto de un estudio, y sobre todo la existencia de notables semejanzas entre las estructuras jurídicas chilenas y francesas.

Al igual que Francia, Chile es un país fundamentalmente estatal, donde la Administración pública desempeña un papel central. Esta fuerte concepción del Estado se demuestra a través de las opciones de organización administrativa del territorio y justifica los múltiples préstamos del modelo francés en el ámbito constitucional y administrativo. Esta influencia es tal que algunos autores consideran que sólo el estudio del modelo francés permite explicar la evolución chilena en este ámbito. El ejemplo más típico de esta influencia es sin ninguna duda la institución del “Intendente”, que constituye en Chile, al igual que en Francia, un protagonista en materia administrativa.

Al destacar estos elementos, uno comprende mejor las observaciones formuladas por el profesor Pedro Pierry Arrau, según el cual: “El derecho administrativo a comienzos

¹³ Fray Bartolomé de Las Casas sostenía incluso que: “Los reyes de Castilla están obligados por el derecho divino de imponer ese gobierno y régimen a estos pueblos naturales de las Indias, de conservar sus leyes justas y sus buenas costumbres”, citado por LEVAGGI 1994, p. 344.

¹⁴ LEVAGGI 1994, p. 350.

¹⁵ BREWER-CARÍAS 1992, pp. 169 y 170.

del siglo XX (...) estaba caracterizado en lo doctrinario, por la influencia del derecho francés, al igual que gran parte del derecho chileno”¹⁶.

Por ejemplo, la definición del contrato administrativo en Chile tiene las mismas características que la elaborada por el *Conseild’Etat* francés. Estos contratos están regidos por el Derecho Administrativo¹⁷. La Administración goza de importantes prerrogativas: modificación y anulación unilateral del contrato. Chile también se inspiró en el derecho administrativo francés en lo referente a la gestión de sus bienes públicos. Así, la dualidad público/privado del dominio del Estado es plenamente operatoria en Chile¹⁸. Además, la influencia del modelo estatal francés marcó la organización del empleo público en Chile. De hecho, este país adoptó el sistema “cerrado” o de “carrera”, tal como se teorizó en Francia, en oposición al sistema “abierto”, el cual caracteriza al modelo estadounidense.

El Derecho Administrativo francés fue utilizado tanto por la doctrina como por los órganos jurisdiccionales. Los conceptos de falta de servicio, falta personal o responsabilidad por riesgo fueron enseñados en las facultades de Derecho antes que una ley confirmara el carácter operatorio de esta distinción¹⁹. Por su parte, la Corte Suprema no dudó en inspirarse en la distinción, que fue un tiempo utilizada en Francia, entre “actos de autoridad” y “actos de gestión”, para legitimar parcialmente su competencia en materia de responsabilidad.

Estos pocos ejemplos demuestran que Chile adoptó los conceptos fundamentales del modelo administrativo francés, con una sola excepción: el juez administrativo. Veamos cuáles son las razones.

2. La importación jurídica: un método de creación del Derecho a utilizar con precaución

La circulación de los modelos jurídicos es uno de los fenómenos jurídicos más antiguo²⁰, tan antiguo como las invasiones físicas probablemente²¹. Este fenómeno constituye, de hecho, una de las modalidades más frecuente de reforma del Derecho. Sin embargo, aunque ésta sea muy difundida, la importación jurídica sigue siendo un procedimiento muy complejo.

La técnica del préstamo jurídico está regulada por una serie de principios, en particular en su primera fase, es decir, en el momento de la elección del objeto que va a ser importado. La condición previa ineludible es la evaluación del contexto de elaboración

¹⁶ PIERRY ARRAU 2001.

¹⁷ VERGARA BLANCO 2004.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Artículo 44 de la Ley N° 18.875, Orgánica sobre las Bases Generales de la Administración, de 5 de diciembre de 1986, Diario Oficial, 6 de diciembre de 1986, 4576.

²⁰ Como lo recuerda el *Conseild’Etat* francés: *Los fenómenos de imitación o de préstamo en el mundo del derecho no son recientes*. Ver :CONSEILD’ETAT, 2001, p. 12.

²¹ RODIÈRE 1978, pp. 947-954.

de este objeto en su país de origen. En efecto, en un sistema de Derecho dado, todo objeto jurídico está vinculado a los otros elementos de Derecho del sistema y sólo se explica y funciona porque él forma parte de este conjunto, y eso aún más en el ámbito del Derecho Administrativo. Este Derecho, que está extremadamente vinculado a la noción de soberanía del Estado²², propia a cada país, es considerado como difícilmente comparable y exportable. Para George Bermann²³, el Derecho Administrativo es un ramo donde el Derecho es prácticamente inseparable de las instituciones que lo aplican. Así, la importación de un elemento de Derecho Administrativo implica la importación de diversas instituciones suplementarias. Por lo tanto, la ausencia de juez administrativo parece relativamente sorprendente en el caso chileno, toda vez que optó por importar Derecho Administrativo francés, sin importar el órgano encargado de controlar su aplicación: el juez administrativo. Operar tal dicotomía en la importación parece poco racional.

No obstante, objetivamente, este corte no puede ser calificado de “voluntario”, es decir, que no resulta de una voluntad tajante del legislador chileno. No se trata de preguntarse por qué el legislador no ha querido crear Tribunales Administrativos sino por qué él no ha logrado hacerlo, qué es lo que impidió tal creación. Partiendo de este paradigma, los análisis desarrollados por el profesor Luis María Díez-Picazo²⁴ constituyen una pista de reflexión interesante.

Luis María Díez-Picazo considera que uno de los riesgos más importantes en la importación masiva de derechos extranjeros es lo que él llama el “enigma del mecano”. Este “enigma” se plantea cuando un sistema jurídico importador de derechos extranjeros constata la inconsistencia de sus importaciones entre ellas, lo que lo conduce a cuestionarse sobre la compatibilidad de estos múltiples préstamos. En realidad, estos objetos jurídicos importados tienen distintas naturalezas, y reunidos en un mismo y único sistema jurídico, ellos no logran “encajarse” perfecta y naturalmente, como en un juego de “mecano”, dando así lugar a contradicciones, fricciones, redundancias o incluso vacíos jurídicos. Como lo destaca a su vez Juan Carlos Cassagne, “los trasplantes de instituciones exógenas, así como las llamadas transmigraciones, encierran el peligro de introducir fórmulas incompatibles con nuestra idiosincrasia, que desconocen el piso de realidad o experiencia sobre el que transitan nuestras principales instituciones”²⁵.

La organización jurisdiccional chilena constituye un ejemplo típico de este “enigma del mecano”. Chile siempre ha sido un país de importación de derecho (europeo o americano), pero esta importación fue mal organizada puesto que el país se encuentra hoy frente a graves deficiencias, que se traducen hoy en importantes fracturas dentro de la doctrina. En efecto, la perpetua división de la doctrina se explica por el hecho de que

²² HAUT 1989, p. 209.

²³ BERMAN 1992, pp. 29-36.

²⁴ Análisis que fueron presentados durante su conferencia del 16 de marzo de 2006 en la Universidad Montesquieu Bordeaux IV.

²⁵ CASSAGNE 2005, p. 36.

el sentido y el alcance de las importaciones pueden ser interpretados basándose tanto sobre las lógicas desarrolladas en el país de origen, como sobre lógicas consustanciales a los países de recepción o como sobre otras lógicas que serían el fruto de otras instituciones ya importadas.

Por consiguiente, resulta de la máxima importancia resolver este “enigma del mecano”, en el caso chileno, introduciendo una cierta coherencia dentro de su organización jurisdiccional.

II. JUEZ ADMINISTRATIVO Y COHERENCIA DEL ORDEN ADMINISTRATIVO CHILENO

Para lograr la creación de un ordenamiento jurídico coherente, Chile debe dedicarse a “aclimatar” esas importaciones, tal como logró hacerlo para el control de constitucionalidad de la ley; el mejor instrumento de esta “aclimatación” sería, sin duda alguna, el juez y más concretamente el juez administrativo²⁶.

A. REORGANIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO BASADA SOBRE LAS PARTICULARIDADES NACIONALES

1. *Identificación de las particularidades del ordenamiento jurídico chileno*

La recepción mimética de una institución o de un modelo jurídico es muy criticable, ya que aumenta los riesgos de “rechazo de transplante”²⁷. Estos rechazos son fenómenos que pueden ser bastante peligrosos si no se evalúan correctamente. O el sistema de recepción es capaz de rechazarlos de manera inmediata, o el sistema intenta adaptarse, pero se crean entonces fenómenos perversos, como la corrupción de los circuitos clásicos del derecho o el desvío de los procedimientos.

A la luz de las reflexiones llevadas por *Constantinesco*, Chile debería definir, lo que el autor llama “los elementos determinantes” de su ordenamiento jurídico, es decir, los que ocupan un puesto central, con el fin de “modelar” las importaciones jurídicas en torno a estos elementos. Estos podrían ser, por ejemplo, la potencia reglamentaria y legislativa del Presidente de la República o el papel desempeñado por la Contraloría General de la República.

Basándose sobre estos “elementos determinantes”, Chile debe reorganizar su política de importación jurídica de tal modo que todo nuevo préstamo se ajuste a los principios y a las instituciones fundamentales que regulan su sistema jurídico, con el propósito de construir un orden jurisdiccional adaptado y un ordenamiento jurídico apegado a su idiosincrasia.

²⁶ La creación de un juez administrativo en Chile es una reforma deseada por muchos juristas chilenos, como, por ejemplo: Pereira Anabalón, Pantoja Bauzá, Zúñiga Urbina, Cea Egaña, Cazor Aliste, Vergara Blanco, entre otros. Sin embargo, algunos son más pesimistas: “Se termina el siglo XX sin tribunales contencioso administrativos y las esperanzas, que alguna vez se tuvieron de su creación en ese siglo, se esfumaron”, PIERRY ARRAU 2000, p. 38.

²⁷ LÓPEZ GARRIDO *et al.* 2000, p. 38.

2. *La creación de un ordenamiento jurídico chileno*

Uno de los elementos más interesantes de la organización jurisdiccional chilena es, sin ninguna duda, su contencioso constitucional. El sistema de control de la constitucionalidad de las leyes nació formalmente bajo el imperio de la Constitución de 1925. Este texto instituyó un recurso titulado “acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, inspirado esencialmente en el modelo americano. Pero este control se vio completado más tarde por la creación de un Tribunal Constitucional, de inspiración europea. La doctrina se enfrentó a grandes dificultades para clasificar al sistema chileno. Algunos autores²⁸ preconizaron una superación de las dicotomías preestablecidas (concreto/abstracto, difuso/concentrado, a priori/a posteriori), prefiriendo permanecer en una lógica más diacrónica. Esta última actitud es muy interesante, puesto que pone de manifiesto la idiosincrasia del sistema. En efecto, la voluntad de una parte de la doctrina de desprenderse de los conceptos extranjeros demuestra el carácter singular del sistema. Cuando los miembros de la doctrina cesan de vincular su sistema al de los demás, es la prueba que tienen conciencia de que su sistema reviste características propias. Sola esta concientización permite hacer evolucionar al derecho nacional a partir de sus propias raíces.

El ejemplo del contencioso constitucional chileno es muy útil para el análisis del contencioso administrativo por varias razones. En primer lugar, confirma la propensión de los poderes públicos chilenos a la importación masiva de Derecho extranjero y a la acumulación de los órganos de controles. No obstante, demuestra que el sistema chileno es capaz de disponer de estas distintas contribuciones extranjeras de manera original²⁹ y coherente. Por último, establece la existencia de un vínculo entre la naturaleza de una jurisdicción y la legislación aplicable, es decir, confirma la idea de que sólo una jurisdicción idónea favorece el desarrollo de un Derecho que responde a la idiosincrasia del país: así, sólo un juez administrativo chileno podrá permitir la creación de un Derecho Administrativo chileno.

B. REORGANIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO A TRAVÉS LA CREACIÓN DE UN JUEZ ADMINISTRATIVO

La creación de un Derecho Administrativo propio pasa por una limitación de las contribuciones extranjeras a las que son estrictamente necesarias y adaptadas al sistema jurídico nacional. Por ejemplo, numerosos constitucionalistas y administrativistas chilenos proponen actualmente la creación de un Defensor del Pueblo³⁰. Sin embargo, en

²⁸ Podemos citar por ejemplo a CEA EGAÑA 1988.

²⁹ La originalidad del derecho constitucional chileno confirma la originalidad del derecho latinoamericano de manera global. Sin embargo, la doctrina comparatista no se ha interesado mucho a la originalidad del derecho de los países en desarrollo y tiende a clasificar muy rápidamente el derecho latinoamericano como miembro integral de la familia del derecho continental. Ver WALD 2005, pp. 187-197.

³⁰ Por ejemplo: POURE PINO 2004; QUINZIO FIGUEIREDO 2004.

vez de recurrir sistemáticamente a instituciones extranjeras, conviene más que nunca que Chile sepa adoptar las verdaderas soluciones a sus problemas.

Para eso, Chile debe poder contar con la acción del juez administrativo. En efecto, el juez tiene un papel importante en la selección de las importaciones jurídicas: “a él le importa ser selectivo para no introducir en su jurisprudencia elementos exógenos inasimilables”³¹. Uno de los criterios que el juez podría utilizar para desempeñar esta tarea, podría ser, por ejemplo, la amplitud de la afluencia contenciosa, puesto que ésta constituye un excelente barómetro del éxito o del fracaso de un trasplante jurídico.

Por otra parte, la importación masiva de derecho plantea también un problema de legitimidad. Si es cierto que este derecho “extranjero” es “nacionalizado” por el legislador, este derecho vería su legitimidad más reforzada por la creación de un juez. En efecto, el juez, gracias a su interpretación y sus soluciones, tiene la capacidad de adaptar el derecho concebido de manera abstracta por el legislador a las contingencias materiales. Esto permitiría entonces crear de cierto modo un “círculo virtuoso” de la legitimidad, sabiendo que Chile está en búsqueda perpetua de ésta desde la vuelta negociada de la democracia.

En conclusión, pensamos que la creación del juez administrativo se inscribe a la vez en el marco de la política de modernización del Estado, promovida por los Gobiernos sucesivos desde el final de la dictadura, como en el marco de la consolidación del Estado de Derecho. Parece imperativo y urgente que Chile pueda contar con un juez a la altura de su Derecho Administrativo, con el fin de satisfacer sus necesidades y sus nuevas ambiciones legítimas y que pase por fin, desde el punto del Derecho Administrativo, de país modelado a país modelo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ANDRADE GEYWITZ, C. (1991): *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BERMANN, G. (1992): “Comparative law in administrative law”, en: *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant* (Paris, Dalloz).
- BREWER-CARIAS, A.R. (1992): *Les principes de la procédure administrative non contentieuse: étude de droit comparé*, France, Espagne, Amérique Latine (Paris, Economica, col. Science et droit administratifs).
- CASSAGNE, J.C. (2005): “La justicia administrativa en Iberoamérica”, en *La Justicia Administrativa*.
- CEA EGAÑA, J.L. (1988): *Tratado de derecho constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CONSEILD'ETAT FRANCÉS (2001): “Los fenómenos de imitación o de préstamo en el mundo del derecho no son recientes”, en: *Conseil d'Etat, L'influence du droit français* (Paris, La Documentation française).
- CONAC, G. (1992): “Le juge et la construction de l'Etat de droit en Afriquefranco pone”, en: *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*.
- FERRADA BÓRQUEZ, J.C. (2005): *La Justicia Administrativa* (Santiago, LexisNexis).

³¹ CONAC 1992, p. 113.

- HAUT, F. (1989): “Réflexion sur la méthode comparative appliqué au droit administratif”, en: *Revue Internationale de Droit Comparé* N° 4.
- LEVAGGI, A. (1994): “La réception du système espagnol par les systèmes indigènes en Amérique”, en: *La réception des systèmes juridiques: implantation et destin*, pp. 331-379.
- LÓPEZ GARRIDO, D., MASSÓ GARROTE, M. F. y PEGARARO, L. (2000): *Nuevo derecho constitucional comparado* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- PANTOJA BAUZÁ, R. (2005): “La inexplicable ausencia de justicia administrativa en el Estado de Chile”, en: *Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado* N° 13.
- PIERRY ARRAU, P. (2000): “Tribunales Contencioso-Administrativos”, en: *Revista de derecho. Consejo de Defensa del Estado de Chile* N° 2.
- _____ (2001): “Transformaciones del derecho administrativo en el siglo XX”, en: *Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado*, pp. 25-35.
- POURE PINO, A. M. (2004): *El Defensor del Pueblo y su establecimiento en Chile* (Universidad de Alcalá).
- QUINZIO FIGUEIREDO, J.M. (2004): *El Ombudsman, El Defensor del Pueblo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RODIÈRE, R. (1978): “Approche d’un phénomène: les migrations de systèmes juridiques”, en: *Mélanges-dédiés à Gabriel Marty, Toulouse: Université des sciences sociales*.
- VERGARA BLANCO, A. (2004): “Panorama general del derecho administrativo chileno”, en: *Coloquio sobre Derecho Administrativo Iberoamericano* (Alicante).
- WALD, A. (2005): “Doit-on repenser les familles juridiques”, en: *De tous les horizons, Mélanges Xavier Blanc-Jouvan* (Paris, Société de Législation Comparée).

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte Suprema, 23 de septiembre de 1896.
- Corte Suprema del 18 de abril de 1904.
- Corte Suprema del 29 de julio de 1927.
- Sentencia del Tribunal constitucional, Rol N° 176-1993, de 22 de noviembre de 1993.

LA DIVISIÓN DEL DERECHO EN PÚBLICO Y PRIVADO EN LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA CHILENA

RODRIGO CÉSPEDES PROTO¹

INTRODUCCIÓN

La distinción entre derecho público y privado, uno de los grandes temas de la ciencia jurídica, es uno de los típicos dualismos que existe en la ciencia jurídica². La clasificación del derecho en público y privado es una de las más utilizadas en el trabajo jurídico; pero la separación entre ambas esferas es difusa por la relatividad de los criterios que fundan la distinción³. Además, la suerte de esta división ha sido, con todo, diversa según los períodos históricos⁴. Incluso algunos estiman la división como insuficiente. La formulación de las expresiones “derecho público” y “derecho privado” aparece por primera vez en el Digesto y se le atribuye a Ulpiano; no obstante, la referencia es muy general y vaga. Además, el derecho público, en su actual configuración, es un derecho no-codificado y nuevo⁵. El derecho privado es el primero en aparecer; el derecho público surge mucho más tarde, no sólo desde que hay una simple organización de poder sino desde que éste se encuentra limitado por el derecho. En consecuencia, no podemos hablar de derecho público; en el sentido actual, cuando el poder del Estado carece de límites. El derecho público surge porque hay fenómenos de interés colectivo que soluciona el Estado usando sus potestades y el potencial conflicto entre el poder público y los individuos no es adecuadamente protegido por el derecho privado (como originariamente lo hacían el modelo alemán e inglés), sobre todo por el aumento de las funciones estatales en el siglo XX.

Hoy en día, la distinción entre derecho público y privado es fundamental para el trabajo legislativo, judicial o académico. En el pasado, se atribuía más importancia a uno u otro derecho según la posición ideológica que se sustentaba. Así, los liberales

¹ *PhD candidate, Lancaster University*, r.cespedesproto@lancaster.ac.uk. Agradezco a mis colegas Ernest Owusu-Dapaa, Ian Bryan, Jaime García, Gonzalo Pizarro, Berardo Elgueta, Alex Murray y Alejandro Vergara por sus sugerencias y comentarios a este trabajo.

² Como derecho natural y positivo; objetivo y subjetivo, nacional e internacional; derecho sustantivo y adjetivo; letra y espíritu de la ley; derecho y deber; etc. En otras disciplinas se tiende a también al dualismo, por ejemplo, materia y energía; onda y partícula; cuerpo y mente; sociedad e individuo; razón y fe; etc.

³ Sobre los aspectos doctrinarios, la filosofía de fondo y aspectos históricos ver VERGARA BLANCO 2010, pp. 115 y ss.

⁴ DOMÍNGUEZ AGUILA 1996, pp. 107 y ss.

⁵ Ver GUZMÁN BRITO, 1976, pp. 385-393.

daban primacía al derecho privado y los estatistas al derecho público. Sin embargo, la concepción del derecho público en la década de los sesenta era muy distinta de la actual. Hoy lo que se discute es la verdadera función del derecho público: para algunos, éste es el “derecho del poder” y se centra en la estructura y funciones del Estado; para otros es el derecho de las garantías individuales frente al Estado y su núcleo es la persona humana. La última concepción ha prosperado, ya que el nuevo derecho público valora los derechos de la persona real⁶. El cambio de mentalidad jurídica y su reflejo en la jurisprudencia, desde la década del setenta, ha sido un fenómeno notable, una verdadera revolución⁷ y, como evidencia, la litigación en materia de derecho público se ha ampliado considerablemente, liderada por el derecho administrativo. Si bien la lucha ideológica no tiene hoy la fuerza de ayer, la conexión entre ideología y derecho privado es mucho más débil y sutil que la que existe con el derecho público⁸; así la concepción del Estado y el hombre tiene una inmediata traducción en normas de derecho público; el derecho privado, como está subordinado al público (art. 6º de la Constitución; arts. 1º y 1462 del Código Civil), refleja en forma mediata dichas ideas. Además, los fenómenos políticos y factores extra-jurídicos tienen mucho más relevancia en derecho público. El legislativo y la Administración normalmente crean normas que representan la ejecución de programas políticos, como sostiene el profesor Alejandro Vergara⁹ (en mucho menor medida, pero también existente, hay una política judicial)¹⁰.

I. ESFERA DE REGULACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA

Lo público y lo privado son categorías contrapuestas; lo primero es lo que interesa a la comunidad en su conjunto y lo segundo se relaciona con intereses exclusivamen-

⁶ SOTO KLOSS, 1982 y 1996.

⁷ Ver SOTO KLOSS, 1986, pp. 173 y ss.

⁸ La autonomía de la voluntad sitúa a las personas como los principales actores del mundo jurídico y restringe la actividad estatal al mínimo necesario para proteger los intereses de terceros y el bien común. Su equivalente en derecho público sería la subsidiariedad. La autonomía de la voluntad no es una norma fungible, revela una concepción de la persona, de la sociedad y del poder político, tiene un contenido ideológico innegable. Lo mismo podemos decir de la libre circulación de los bienes, que nos da una idea de la ideología económica del legislador.

⁹ Ver VERGARA BLANCO, 2011, pp. 67 y ss.

¹⁰ En este sentido Ronald Dworkin habla de “cuestiones de política” en fallos judiciales. No se trata sólo de activismo judicial sino de visualizar los efectos del fallo más allá del caso concreto (cosa que en el *common law* tendrá mayor importancia por el carácter vinculante del precedente). Un fallo puede dar una “mala señal” y producir resultados socialmente negativos. Tal es el caso de la responsabilidad médica cuando un profesional de la salud presta sus servicios gratuita y voluntariamente en un lugar público. Los tribunales pueden reconocer que no se cumplieron las exigencias de la *lex artis*, y al mismo tiempo no dar lugar a la indemnización. No se trata sólo de proteger el principio del Buen Samaritano sino también de una cuestión de interés público: ningún médico se prestará sus servicios *pro bono* y espontáneamente y, consecuentemente, más gente morirá, también se evitará la práctica (costo-beneficio social) de la “medicina defensiva”. En menor medida también se aplica a casos que pueden “abrir la puerta” a una litigación excesiva (*floodgate doctrine*).

te individuales. El acercamiento es sugestivo, pero general y difuso. Intuimos que la Constitución y regulación de los tres poderes del Estado pertenece al derecho público y el tráfico de bienes al privado; pero queda una gran cantidad de materias difíciles de catalogar. El término “interés” (particularmente a quien pertenece el interés protegido) parece ser la clave para entender la división¹¹. De la misma manera, distinguimos entre la vida pública y privada de las personas: sus relaciones y vida íntima (en especial la familiar) y las relaciones con el resto de la comunidad que están expuestas al escrutinio público. Lo privado es pre-social y natural, lo público supone lo colectivo. En el fondo, el individuo reclama un control absoluto de sí mismo en lo que corresponde a la esfera privada, sin mayores intervenciones de terceros o del Estado; en la esfera pública está autonomía puede ser limitada o nula.

El hombre es un ser social y tiende a organizarse en grupos, ya que la unión de seres humanos satisface mejor las necesidades individuales. Las agrupaciones pueden diferir en tamaño y características¹². Estas entidades colectivas que las personas pueden voluntariamente crear son, por ejemplo, la familia, los sindicatos, gremios, iglesias, cooperativas, sociedades en sus diversas especies, partidos políticos, etc. Frente a éstas existe una “macro” organización muy diferente: el Estado, la agrupación de individuos más masiva. Las personas no pueden sustraerse de vivir dentro de esta organización ni renegar sin consecuencias de sus reglas. Todo lo relacionado con el Estado se regula por el derecho público. Esta organización llamada Estado tiene poderes especiales que ningún individuo u organización posee: puede “confiscar” parte de los ingresos de las personas por medio de los tributos; se auto-atribuye, casi con carácter monopólico, la resolución de los conflictos; cuenta con la fuerza socialmente organizada en virtud de la cual puede privarnos de la libertad y bienes; posee la facultad de definir cuáles son las transgresiones más graves a la convivencia social; etc. No obstante, estos “poderes”, según la concepción moderna del derecho público, existen y se atribuyen al Estado para velar por el interés general: los recursos de los tributos financian obras y servicios públicos; el poder de privar la libertad tiene por fin reprimir y disuadir atentados graves al orden social; el monopolio de la resolución de conflictos existe para impedir la autotutela y salvaguardar la convivencia pacífica; las potestades normativas son atribuidas no para oprimir sino para encauzar y garantizar la libertad individual y proteger a la comunidad; entre otros. Esto es lo que se denomina “principio de servicialidad”, base de nuestro ordenamiento público (art. 1º inc. 3º de la Constitución). En el Estado estamos todos incluidos, podemos ser voluntariamente parte del resto de las agrupaciones por medio del derecho de asociación (art. 19 Nº 15 de la Constitución). En general, las decisiones

¹¹ No olvidemos que la “teoría del interés” es una de las explicaciones de lo que hay detrás de los derechos subjetivos: el ordenamiento jurídico protege intereses individuales o colectivos y le otorga la categoría de derechos. Los individuos y la comunidad necesitan defender esos intereses frente ataques ilegítimos y el derecho objetivo los dota de acciones tendiente a que el poder público proteja esos intereses. La teoría fue desarrollada por VON IHERING 1999.

¹² No sólo nos referimos a las múltiples clases de personas jurídicas sino también a los “grupos intermedios”, que en determinados casos tienen suficiente *locus standi*, como en la acción de protección.

públicas se generan a través de un debido procedimiento reglado que puede estar ausente en las decisiones privadas.

La verdadera esencia del derecho público no es sólo la estructura y división del poder sino el control de esas potestades para sancionar y prevenir abusos y, consecuentemente, proteger al individuo en contra de intervenciones estatales ilegítimas. En palabras simples, el derecho público tiende a procurar un balance entre los derechos individuales y los intereses colectivos¹³. De esta manera, las intervenciones estatales están destinadas a proteger el bien común, balancear los conflictos de derechos subjetivos y, en especial, proteger los derechos de los más débiles y que no pueden defenderlos apropiadamente. El Estado continuamente equilibra los derechos individuales con el interés social como en los casos de propiedad intelectual y la limitada vigencia de la licencia-monopolio para fabricar medicamentos; la seguridad-efectividad de la represión y prevención del crimen con el garantismo o también en darle el necesario tinte social a la economía de mercado. Para facilitar esa tarea, el estado goza de ciertos “privilegios” que lo sitúan por encima de los individuos en una posición de supremacía. Las decisiones estatales gozan de *imperium*¹⁴: cuenta con la fuerza socialmente organizada para que sean efectivamente obedecidas¹⁵. Como veremos, estos privilegios están severamente limitados. El Estado a su vez está subordinado y “sometido” al derecho. En una nación civilizada los individuos nunca son súbditos del Estado sino ciudadanos.

Toda esta organización de las funciones del Estado y sus limitaciones interesan más a la comunidad que al individuo y, por lo tanto, pertenece a la esfera pública. Aun así, las funciones que ha desarrollado el Estado a lo largo de su historia se han contraído y expandido. El fin del siglo XX presenció el desplome de los socialismos “reales”, lo que significó el desmoronamiento de las ideologías colectivistas y una victoria de las democracias occidentales y el sistema capitalista. En otras palabras, fracasó la gestión e intervención estatal y triunfó la libre iniciativa individual y la propiedad privada¹⁶. Esto significó un repliegue del Estado-gestor en lo económico y la consecuente privatización de empresas estatales; incluso aquellas que proveían de servicios de utilidad pública. Pese a ello, el rol fiscalizador del Estado ha aumentado, regulando y controlando cada vez más actividades. Lo anterior hace que el derecho público, pese a la derrota del socialismo, sea muy relevante en la actualidad. Sin embargo, “lo estatal” no cubre todo “lo público”, que es mucho más amplio.

¹³ El derecho público moderno está más orientado a los derechos que a las potestades estatales como señala CRAIG 2008, p. 3 y pp. 18-19.

¹⁴ BIN y PITRUZZELLA 2005, pp. 29-30.

¹⁵ LOUGHLIN 2010, p. 165.

¹⁶ Lo anterior no deja de ser paradójico puesto que la revolución informática permite hoy en día procesar gran cantidad de datos haciendo la predicción y la planificación mucho más certera. Tal vez sea una simple reacción a un Estado que, con tecnología económica, puede transformarse en un *Big Brother* al estilo Orwelliano.

Reconocidos autores distinguen entre “lo público” y “lo estatal”, siendo lo primero lo que interesa a la sociedad y lo segundo lo que se relaciona con los entes estatales¹⁷. Así, “lo público” y “lo privado” son expresiones contrapuestas. Precisamente como “lo público” regula lo que interesa a la sociedad en su conjunto, todo lo relacionado con el orden público se caracterizará por ser un régimen heterónomo (abundante en mandatos y prohibiciones) y con intervenciones estatales exorbitantes, donde los sujetos individuales carecen de autonomía y disponibilidad. “Lo privado”, en cambio, dice relación con la esfera de comportamiento en donde el individuo decide autónomamente. Al ser los particulares jurídicamente iguales, los individuos se relacionarán en un plano de igualdad, las fuentes serán reflejo de esta autonomía (como los contratos o la costumbre) y la regulación heterónoma tenderá, por regla general, anticipar la voluntad presunta de los particulares o a suplirla en caso de vacíos con el fin de facilitar el tráfico jurídico (elementos de la naturaleza). En derecho público predominan básicamente las fuentes heterónomas; por ejemplo, la ley o los actos administrativos son normas impuestas y obligatorias, con total prescindencia de la voluntad del destinatario. En otras palabras, es imposible sustraerse de las normas del derecho público. Por esta razón, el derecho penal es una rama del derecho público, ya que reconoce como única fuente la ley y la voluntad individual no juega ningún rol. Lo mismo en materia tributaria. En derecho público pueden encontrarse fuentes de carácter general, como la ley o los reglamentos, o de carácter particular, como la sentencia judicial o los actos administrativos. Sin embargo, siempre hay una pretensión de generalidad. Dentro de la Administración el precedente es vinculante¹⁸ y, a pesar del tenor categórico del art. 3º inc. 2º del Código Civil, la jurisprudencia judicial es, en el hecho, una fuente de derecho y de facto, persuasivamente vinculante. Por lo anterior, y para garantizar la debida publicidad, los actos públicos deben publicarse y/o notificarse¹⁹. En derecho privado predominan las fuentes voluntarias o autónomas “y las normas son generadas por la actividad negocial de los particulares”²⁰; por ejemplo, el contrato. En estos casos, los sujetos normados se rigen por las normas creadas por ellos mismos; los particulares tienen un margen de creación normativa, distinto y autónomo del poder estatal. Algo que caracteriza a los actos jurídicos de particulares en general, y a los contratos en particular, es su efecto relativo; es decir, no pretender regir a sujetos que no concurrieron a su celebración. El art. 1545 CC señala que el contrato legalmente celebrado es ley para las partes. Con lo anterior, el legislador quiere metafóricamente indicar que, pese a no provenir del poder público, un contrato tiene tanta fuerza obligatoria como una ley, pero con carácter

¹⁷ Ver ARÓSTICA 2001, p. 14. También GUZMÁN BRITO 2001, p. 17.

¹⁸ SOTO KLOSS 1999, pp. 399 y ss. Ver también “La fuerza vinculante de la jurisprudencia administrativa”, *Revista Chilena de Derecho* Vol. 28 N° 1/2001, pp. 149 y ss.

¹⁹ Respecto a los actos administrativos ver SOTO KLOSS 1989, pp. 23-27 y 1986, pp. 473-498. También artículos 39 y 48 a 49 de la Ley N° 19.880.

²⁰ GUZMÁN BRITO 1976, p. 16.

particular. Todo lo precedente no define qué es lo público y, por oposición, qué es lo privado. Sólo una vez determinado lo anterior deducimos las características de una u otra regulación. Además, las normas situadas en cuerpos normativos que tradicionalmente se identifican con el derecho privado no necesariamente pertenecen a la esfera privada (porque interesan a la sociedad, son disposiciones de orden público). Además, las ramas que integran el derecho público, si bien tienen ciertas características en común, son bastante disímiles (por ejemplo, derecho administrativo y penal). En síntesis, no todo “lo público” se contiene en el derecho público.

En otra aproximación, el derecho privado acompaña a las personas en los sucesos más comunes de su existencia (asuntos más “domésticos”): los efectos jurídicos de su nacimiento y muerte; la regulación de la familia y su descendencia; el trabajo; el tráfico de bienes, entre otros. Dentro de estas regulaciones, hay algunas que sólo miran al interés individual. Hay otras que, sin referirse a lo estatal, interesan a la sociedad (como la regulación de la familia) y son de orden público. El derecho público, en cambio, se relaciona más con las circunstancias que rodean, como “telón de fondo”, la vida colectiva: la necesidad de sentirse seguro frente a la delincuencia o de los riesgos del desempleo, enfermedad, invalidez o vejez; el método para tomar decisiones colectivas; la resolución de conflictos; etc.²¹. Lo anterior representa la esfera pública y es un ámbito de regulación del derecho público, con una fuerte presencia estatal. Este enfoque nos da una idea más precisa acerca de cuáles son los tópicos que pertenecen a una u otra área; pero tampoco es definitiva.

Actualmente vemos una creciente expansión e invasión del derecho público en el campo de lo privado. El poder público estima que determinados comportamientos, no obstante encontrarse dentro de la esfera natural de las personas, no puede quedar sujetos totalmente a la libertad individual. Lo anterior se manifiesta en la imposición de un régimen más o menos heterónomo, con mandatos y prohibiciones en lo que normalmente se estima dentro de la esfera de lo privado (derecho contractual, por ejemplo). Por lo anterior, dicha regulación se torna inderogable e indisponible y se sustrae de la autonomía de decisión individual, con una mayor o menor control gubernamental. De contradecir dicho mandato, al acto transgresor le seguirá alguna forma de sanción (las distintas clases de ineficacia). Éste es el modo de intervención más fuerte. Una más débil consiste en las cada vez más abundantes “regulaciones” de las distintas actividades, principalmente en el campo económico. Estas regulaciones no son sólo por vía legal sino por medio de la potestad reglamentaria, fórmula cuestionable en cuanto a su constitucionalidad. Otro medio de intervención es la creación de entes administrativos especializados encargados de fiscalizar ciertas actividades “sensibles” como el trabajo, la seguridad social, bancos y financieras, la provisión de servicios básicos como electricidad, agua potable, a modo de ejemplo.²² Finalmente, muchas de las situaciones conflictivas en estos últimos ámbitos

²¹ Ver LE SEUR 1999, pp. 3 y 4.

²² Como decíamos, el repliegue del Estado-gestor de empresas (consecuencia del liberalismo económico) ha sido compensado con un aumento en la labor fiscalizadora de la Administración. Ver PIERRY ARRAU 2002, pp. 337-404.

son resueltas por la Administración en una “primera instancia” y la jurisdicción sólo interviene si la decisión es antijurídica, irracional, desproporcionada, etc.²³ Aunque existe debate en cuanto a si la Administración puede calificar jurídicamente los hechos y, a veces, ser juez y parte.

En esta época, la frontera entre lo público y privado es más difusa que antaño (si bien en el pasado tampoco había una separación bien determinada) y los límites no están claramente definidos; “incluso las tesis que intentan describir lo que sean uno u otro son variadas y contradictorias”²⁴. Como veremos, las áreas de interés propias de lo público y lo privado han cambiado²⁵. Curiosamente, se ha utilizado el derecho público para constitucionalizar ciertas instituciones de derecho privado. Esto salvaguarda a las instituciones de derecho privado frente a normas de inferior jerarquía²⁶. Así, el principio de libre contratación podría encontrar su fundamento en el art. 19 N° 21 de la Constitución; el de la igualdad de los acreedores (art. 2469 CC) y de los hijos (art. 33 CC) en el art. 19 N° 2 de la Carta Fundamental; el principio de libre circulación de los bienes en el art. 19 N° 23 de la Constitución. La mayoría de estas normas dicen relación con la limitación de la actividad estatal y el reconocimiento de las garantías individuales. En realidad, más que una ampliación de las garantías del derecho público al privado, lo que se ha observado en los últimos treinta años es la real aplicación de los derechos constitucionales por los tribunales. En el pasado, éstos no tenían relevancia salvo en lo que se refería a libertad ambulatoria y derechos políticos. Además, el control de la Administración era bastante endeble, las más de las veces concediéndole una verdadera inmunidad al Estado fundándose en excusas²⁷.

²³ Ver GUZMÁN BRITO 1976, pp. 388-390.

²⁴ GUZMÁN BRITO 2001, p. 16.

²⁵ Incluso, si examinamos el ámbito de regulación del derecho podemos constatar que se ha alterado, expandiéndose o contrayéndose. Así, comportamientos que se estimaban fuera del derecho pasan a ser regulados por aquel (el concubinato o la violencia intrafamiliar, por ejemplo); o, a la inversa, también se ha observado un fenómeno de “desregulación jurídica”, muy perceptible en el campo económico. Lo mismo la despenalización de los llamados “delitos sin víctima”: los contrarios a las costumbres o los valores socialmente compartidos, sin que exista un sujeto pasivo (porque son consensuales o porque sólo afectan al propio sujeto que ejecuta la acción tipificada). Casos señalados son la prostitución, la sodomía mutuamente consentida o el uso recreacional de drogas no fuertemente adictivas. No se trata tanto que este tipo de conductas dejen de ser consideradas como inmorales por la sociedad, más que nada consiste en utilizar el derecho penal y enfocar la actividad jurisdiccional y las fuerzas policiales sólo a las conductas seria y socialmente dañinas. El fenómeno es descrito en el famoso libro de EDWIN SCHUR, *Crimes without Victim* de 1965. A la inversa, existe la tentación de usar, por su efectividad, el derecho penal para prevenir y sancionar ilícitos que deberían ser meras infracciones administrativas. Estas infracciones están fuera del “núcleo clásico” del derecho penal: sancionar con pérdida de la libertad las conductas que más gravemente atenten contra los bienes jurídicos más importantes. Las conductas que no afectan a otros, siguiendo a MILL, serían privadas.

²⁶ DOMÍNGUEZ AGUILA 1996, pp. 107 y ss.

²⁷ Piénsese en *Buzeta con Fisco* (1942). Por Ley de Seguridad del Estado, el intendente paraliza, con uso de la fuerza pública, la construcción de un edificio que había sido autorizada por la Municipalidad. El particular deduce querrela de amparo ante tribunales ordinarios atendido que estima que el acto administrativo de paralización turba su posesión. La Corte señala que el intendente actuó en calidad de autoridad pública. Por lo tanto, “no son competentes los Tribunales Ordinarios de Justicia para conocer de la correspondiente querrela de amparo deducida por el particular

En conclusión, las áreas de regulación del derecho público y privado no son siempre claras y la situación es dinámica y fluida. Lo uno y lo otro está presente en casi la mayoría de las relaciones jurídicas, pero con diferente intensidad, la que incluso puede variar según tiempo y lugar. Un caso claro es la relación laboral y la seguridad social; de ser regulada inicialmente por el derecho civil su régimen se vuelve cada vez más heterónimo, después, se “flexibiliza”. Lo mismo sucede con el derecho de familia. Caso aparte es la relación procesal; pese a ser de derecho público, el aspecto sustantivo del conflicto impregna la relación y le da a las partes mayor o menor poder dispositivo. Incluso áreas que se consideran totalmente parte del derecho privado como la contratación o el derecho societario civil y comercial son inentendibles globalmente sin considerar aspectos más “públicos” o “sociales” como la Ley de Protección al Consumidor o los controles administrativos como las Superintendencias de Bancos e Instituciones Financieras o de Sociedades Anónimas.

II. TEORÍAS SOBRE LA DIVISIÓN DEL DERECHO

Podemos clasificar las diferentes teorías sobre la división del derecho en tres grandes variantes: la teoría monista, según la cual el derecho es uno solo y no admite clasificaciones; las teorías pluralistas, según las cuales la división del derecho en público y privado es insuficiente, y las teorías dualistas, según la cual el derecho se divide en público y privado. La teoría monista niega la división del derecho en público y en privado; el derecho es uno solo. Uno de sus partidarios es Hans Kelsen²⁸. Para él, la clasificación se sustenta en una simple división de fuentes del derecho. Las fuentes heterónomas que corresponderían al derecho público, donde la voluntad de los imperados no concurre a la formación de la norma; en cambio, las fuentes autónomas serían propias del derecho privado, donde concurre la voluntad de los obligados al momento de crear la norma jurídica. Las teorías pluralistas sostienen que la división del derecho en público y privado es insuficiente, ya que el derecho tiene distintos objetos de regulación, cada uno con particularidades propias. Por lo anterior, hay distintos matices donde el interés público y el individual juegan con distinta intensidad. En razón de esto existen categorías paralelas y autónomas al derecho público y al privado. Así, algunos postulan que el derecho de familia tiene sus peculiaridades propias que lo diferencian del derecho privado y público tradicionales. Se trata de normas de derecho privado, pero atinentes al “orden público”.

afectado en contra del Intendente”... aquellos (actos de autoridad) se realizan en cumplimiento de funciones jurídicas del Estado. Y les corresponde “conocer de ellos a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo creados por el Constitución”. La Corte añade que, “como aún no han sido establecidos por no haberse dictado todavía la ley que los organice y fije sus atribuciones, sólo le cabe en este caso al perjudicado el ejercicio de los recursos por vía graciosa (*sic*) o jerárquica, contemplados en la Ley de Régimen Interior, para reclamar por escrito ante el mismo Intendente, o, en caso de que éste persistiere en su resolución, para ocurrir a la autoridad inmediatamente superior, pudiendo llegar, de grado en grado, hasta el Presidente de la República”. Patético fallo para un país que se decía vivía en un estado de derecho.

²⁸ KELSEN 1982, pp. 286 y ss.

Otros autores estiman que también existe un “derecho social”, que engloba al derecho laboral y la seguridad social. Frente a estas doctrinas se sitúa la teoría dualista, que postula la existencia de dos áreas del derecho: el derecho público y el derecho privado, los que pueden ser diferenciados por distintos criterios: el interés protegido por las normas²⁹; el fin u objetivo de las normas³⁰; la naturaleza o carácter de las normas; la oficialidad o pasividad del Estado en la persecución de transgresiones a normas de derecho público y privado respectivamente; entre otros. Todos estos criterios son relativos, si bien nos dan una idea aproximada, están plagados de excepciones. Quizá el más exacto sea, como veremos seguidamente, el que se centra en los sujetos de la relación jurídica y sus potestades, factores de los que derivan importantes consecuencias en materia de ineficacia de los actos, responsabilidad, esferas de actuación, etc. Todos los factores de clasificación anteriores se dan en el plano teórico; sin embargo, nuestra legislación y la jurisprudencia judicial y administrativa han utilizado, en la práctica, las categorías dualistas.

III. LA DIFÍCIL UBICACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA, DEL DERECHO SOCIAL Y EL DERECHO PROCESAL DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA JURISPRUDENCIA CHILENA

La legislación y la jurisprudencia son datos imposibles de ignorar si se quiere estudiar científicamente el derecho; veremos cómo nuestros tribunales y la Administración estiman la esencia de las disciplinas que tienden a “escapar” de la clasificación dualista. Las discusiones sobre la naturaleza de las normas son más abundantes en la doctrina, sobre todo extranjera, y de utilizarlas, se corre el riesgo de perder el “sabor local” que cada ordenamiento jurídico tiene y, lo que es peor, ignorar el material normativo nacional. Sin embargo, veremos algunas referencias doctrinales (como fuente, es secundaria, y por fundamentadas y lógicas que sean, son sólo opiniones, a veces sin basarse en material primario). La independencia de una rama se puede evidenciar por la autonomía legislativa (regulación en un cuerpo legal diferente); autonomía jurisdiccional (tribunales separados, cosa que vemos en primera instancia y en la Corte Suprema), la posible existencia de un ente administrativo de control separado, la autonomía pedagógica y por la existencia de principios distintos que la caracterizan que son desarrollados por la jurisprudencia.

²⁹ El derecho público protegería derechos colectivos y el derecho privado protegería intereses individuales. Sin embargo, este criterio tiene la desventaja de ser muy general y vago. Es difícil determinar cuándo se están protegiendo intereses colectivos o individuales. Por ejemplo, las normas que penan la estafa; las que establecen el derecho de propiedad o las que consagran el matrimonio indisoluble. Sin embargo, las normas de derecho público protegen fundamentalmente los intereses sociales o que interesan más a la colectividad que al individuo; frecuentemente marcan un límite a la libertad individual, como las normas que consagran la función social de la propiedad. En cambio, el derecho privado consagra fundamentalmente facultades individuales como la libertad contractual.

³⁰ El fin del derecho público es estructurar el Estado y sus poderes y consagrar las principales garantías del individuo, regulando su relación con el poder público. En cambio, el fin del derecho privado es regular las relaciones jurídicas entre particulares. Este criterio también es vago, ya que, por ejemplo, las garantías constitucionales no son sólo invocables frente al poder, sino también frente a otros particulares (efecto horizontal de los derechos). Los derechos individuales consagrados en la Constitución involucran a veces tópicos netamente privados, como la propiedad o el honor.

Veremos los casos del derecho de familia, el derecho del trabajo y la seguridad social y el derecho procesal haciendo referencia al ordenamiento jurídico chileno. Es evidente que todas estas ramas tienen un componente de “orden público” importante, que no sólo se manifiesta en la heteronomía y la consecuente restricción del poder normativo individual sino también en aspectos procesales tendientes a perseguir su infracción³¹ que en derecho privado queda al arbitrio de los particulares (por ejemplo, la indemnización de perjuicios o la resolución de contratos). Esto es manifestación de los principios dispositivo (por oposición al inquisitivo) y de pasividad judicial³².

1. EL DERECHO DE FAMILIA

La teoría de la independencia del derecho de familia de las dos grandes ramas tradicionales fue defendida por Antonio Cicu³³, pero ha sido enormemente criticada³⁴. Tradicionalmente el derecho de familia se ha considerado derecho privado, más que nada porque su regulación se encuentra principalmente en el Código Civil³⁵ y regula la vida ordinaria de las personas. Sin embargo es fácil constatar que los principios del derecho privado patrimonial no se aplican porque su naturaleza es radicalmente diferente. Como rama es enseñada por profesores de derecho civil, donde la especialización es excepcional. Ahora cuenta con jurisdicción separada y procedimientos especiales. Asimismo, ya cuenta con cuerpos normativos independientes como la Ley de Menores o la de Violencia Intrafamiliar. También existen entes administrativos en la materia como el SENAME o

³¹ La infracción de normas de derecho público puede perseguirse normalmente de oficio por el Estado. Dado que la infracción de normas de derecho público atenta contra intereses sociales, se castigan con independencia de la voluntad de la víctima directa; la víctima indirecta es siempre la sociedad y ésta, representada por el Estado, no puede permitir que determinadas transgresiones queden impunes. El art. 8° de la Ley N° 18.575 y art. 7° de la Ley N° 19.880 establecen el principio de impulsión de oficio en materia administrativa. Los Tribunales son órganos del Estado y tienen el deber de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Éste es un deber que impone la Constitución y excepciona al principio dispositivo y al de pasividad judicial. Tímidamente se ha abierto la teoría de la protección de oficio. Desde la misma perspectiva, la falta de efecto vinculante de los precedentes constituye discriminación. La Corte Suprema señaló que por “discriminación arbitraria” ha de entenderse toda distinción realizada por el legislador “o cualquier autoridad pública” que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos que no tenga justificación racional—*Mardones Mora* (1991), especialmente el considerando 4—. Entonces, la interpretación actual dada al art. 3° inc. 2° del Código Civil parece contradecir al art. 5° de la Constitución, a lo menos cuando se trata de materias de derecho público.

³² Sólo excepcionalmente en derecho privado existen acciones populares (acción de obra ruinosa, art. 948 del Código Civil o la destinada a internar provisoriamente al enajenado mental, art. 466 del mismo Código) o el juez puede actuar de oficio (en la nulidad absoluta, el tribunal puede declararla de oficio si aparece de manifiesto en el acto o contrato, art. 1683 del Código Civil; defensa del no-nacido, art. 75 inc. 1° del mismo).

³³ CICU 1947.

³⁴ CASTAN TOBEÑAS 1942, p. 10; LEHMANN 1953, p. 12. El lugar del derecho de familia entre las grandes ramas del derecho es discutida en BELLUSCIO 2004.

³⁵ En el *Common Law*, el derecho de familia evolucionó de manera diversa, al no existir codificación, éste adquirió rápida independencia y es totalmente autónomo de las ramas que tradicionalmente consideramos como derecho privado como contratos o responsabilidad extracontractual.

el SERNAM. La Corte Suprema ha sostenido que constituyen disposiciones de orden público, en la esfera del derecho privado, las normas de la legislación que gobiernan el estado y capacidad de las personas, sus relaciones de familia, y, en general, aquellas reglas dictadas en interés de la sociedad y que resguardan la integridad de instituciones jurídicas básicas³⁶. Para la Corte Suprema, “el matrimonio, más que un contrato civil, como se contempla en nuestra legislación, es una ‘institución’, dado el alcance y proyección del mismo en cuanto conforma la base de la familia, y por ende de la sociedad. Esta idea es recogida en el art. 1º de la Constitución y se desarrolla a través del llamado ‘derecho de familia’, que regula la relación personal y patrimonial entre los cónyuges y las de éstos con los hijos comunes. Por lo tanto, todo lo relacionado con el matrimonio conforma el ‘orden público familiar’, en el cual tiene interés la sociedad toda, más allá del que puedan hacer valer los interesados directamente”³⁷. Nuestro Máximo Tribunal ha sostenido que, en cierta clase de juicios, como los de divorcio, nulidad de matrimonio y los criminales por los delitos que se castigan con pena afflictiva, no se mira al interés particular de las partes, sino al interés social, moral o de la ley, puesto que los actos que mediante esos fallos se solucionan o se reprimen producen también efectos que pasan del límite particular de los litigantes³⁸. Como se puede fácilmente constatar, nuestros tribunales han desarrollado una serie de principios separados que le dan carácter autónomo.

2. EL DERECHO SOCIAL: LABORAL Y LA SEGURIDAD SOCIAL

El derecho laboral cuenta con una codificación separada desde los años 20. Su autonomía pedagógica es total y tiene autonomía jurisdiccional que ha desarrollado principios propios. Asimismo, cuenta con un ente administrativo de control especializado, la Dirección del Trabajo. En el caso de la seguridad social, la autonomía pedagógica es más bien parcial (inmediatamente la ligamos al derecho del trabajo), tiene tribunales especiales pero sus diversos aspectos como las pensiones y la salud cuentan con entes administrativos altamente especializados (Superintendencia de de Seguridad Social, Isapres, AFPs, las últimas funcionan también como tribunales especiales con facultades arbitrales). El derecho del trabajo cuenta con un procedimiento de tutela para prevenir las infracciones a los derechos fundamentales de los trabajadores (arts. 485 y ss. del Código del Trabajo, una especie de acción de protección laboral). Además, la legislación impone al empleador medidas de seguridad no-negociables para proteger al trabajador. Nuestro Máximo Tribunal ha dicho que “las disposiciones que emanan de la legislación laboral son de orden público, a pesar que en algunas oportunidades pueda estimarse que sólo miran al interés de un sujeto en particular. En consecuencia (y por ejemplo)

³⁶ *Setien Morales con Doerer Aguirre* (1959), pp. 213 y ss. Corte Suprema. Solicitud de *execuatur* (considerando 4). De igual forma en *Roumié Vera con Said Abdula* (1960), pp. 46 y ss. Corte Suprema. Solicitud de *execuatur* (considerandos 4 y 5).

³⁷ Ver *Joo Ching con Joo Gallegos* (1992), pp. 188 y ss. Casación Fondo (considerandos 6 a 8).

³⁸ Contra *Federico Henríquez y otros* (1940), pp. 241 y ss. Casación Fondo, especialmente considerando 5.

los derechos que otorga la legislación laboral son irrenunciables”³⁹. Los tribunales han reiterado que el principio de autonomía de la voluntad tiene aplicación restringida en materia laboral⁴⁰. El contrato de trabajo tiene una especificidad muy definida que lo separan del resto: más que una prestación remunerada de servicios más o menos estable consiste normalmente en la incorporación a una institución.

3. EL DERECHO PROCESAL

Hugo Alsina señalaba que, inicialmente, el derecho procesal se confundía con las reglas de fondo y estaba sometido a principios análogos; pero paulatinamente fue logrando autonomía e independencia⁴¹. Couture observa que la denominación de sus cultores cambió: “prácticos”, “procedimentalistas” y, finalmente, “procesalistas”⁴². El derecho procesal es público (estudia una función estatal: la jurisdicción⁴³), incluso si consideramos el fenómeno de la “privatización” de la justicia, con la ampliación de materias de arbitraje facultativo y obligatorio; el principio de oportunidad y las vías alternativas al nuevo proceso penal, con una posibilidad cada vez mayor de convenciones procesales. La presencia de tribunales, el poder público que detenta la potestad jurisdiccional, típica potestad que implica un poder-deber, determina su carácter público (incluso los árbitros son jueces en todo el sentido de la palabra). Una de sus instituciones fundamentales, la acción, es típicamente un derecho subjetivo público (acceso a la justicia o un derecho especializado de petición, o el derecho a un *effective remedy* que menciona la Convención Europea de DD.HH.). El debido proceso debe ser “legal”, regulado por una fuente heterónoma. La prevalecía de la heterocomposición, las relativamente limitadas formas autorizadas de autocomposición (si bien estimuladas por la popularidad de las ADR) y la proscripción casi total de la autotutela marcan una clara limitación a la autonomía individual. La relación jurídica procesal tiene indudablemente carácter público⁴⁴. El *imperium* estatal se ve con fuerza en la ejecución de resoluciones con autoridad de cosa juzgada. Las resoluciones judiciales pertenecen a una categoría más amplia, los

³⁹ *Braden Cooper Company con Celis Muñoz* (1968), pp. 36 y ss. Corte Suprema. Queja.

⁴⁰ *Fischman Torres con Dirección del Trabajo* (1987), pp. 66 y ss. Corte Suprema. Protección (considerando 10). Asimismo, *Fuentes Correa* (1989), pp. 271 y ss. Corte Suprema. Queja. La doctrina aparece en el fallo de primera instancia. También *Gaceta Jurídica* (1993), pp. 144 y ss. Corte de Concepción. Apelación (considerando 2).

⁴¹ ALSINA 1956, pp. 39-43.

⁴² COUTURE 1958, p. 5.

⁴³ La Corte Suprema, utilizando el art. 1462 CC, ha sostenido que las reglas de competencia de tribunales de los arts. 1032-1035 del Código de Comercio no están entregadas a la voluntad de las partes, por oponerse al derecho público chileno, de manera que constituye un error de derecho atribuir validez a una cláusula del contrato de transporte que someta a las leyes y tribunales españoles las cuestiones relativas al conocimiento de embarque, debiendo tenérsela por no escrita, *H.J. Broom y Cía. con Exportadora Frutícola Antumalal* (1999), pp. 12 y ss. Casación Fondo.

⁴⁴ RODRÍGUEZ GARCÉS 1992, pp. 33-46.

actos jurídicos públicos. Finalmente, las bases del derecho procesal se encuentran en la Constitución.

La idea que le da un perfil especial es su carácter de derecho instrumental o “adjetivo”⁴⁵: el juez resuelve un conflicto a través de un debido proceso legal aplicando derecho sustantivo. Al parecer tenemos tantos procedimientos como ramas hay de derechos sustantivo. La naturaleza de ese derecho marcará notables diferencias en los procedimientos, lo que se refleja en los principios organizativos de los procedimientos: el clásico contraste entre procedimientos civiles (privados) y penales (públicos, si bien el cambio de un sistema inquisitorio por uno acusatorio-adversarial ha relativizado las diferencias). Desde una perspectiva más amplia, si se contrasta el procedimiento civil con los procedimientos de carácter más público como las acciones de protección y amparo económico, las diferencias son más notables: *locus standi* más amplio, un juez más activo no totalmente ligado por la cuestión controvertida, la prueba ofrecida, la formalidad o la medida cautelar solicitada. Las divergencias son patentes.

El carácter híbrido del derecho procesal se manifiesta claramente en el juicio ejecutivo (aún con naturaleza jurisdiccional, al parecer esto se perderá) donde coexisten la ejecución-embargo como típico acto de poder público y la realización de bienes a través de una “venta forzada” (art. 497 CPC, art. 671 inc. 3º CC), que da origen a un sistema mixto de nulidades⁴⁶. En procedimientos especiales como los arbitrales, en especial la partición, donde la convención de las partes prima y la decisión jurisdiccional ocurre a falta de acuerdo (con el mismo régimen híbrido de nulidades), existe un orden consecutivo convencional. No obstante, nuestra Corte Suprema ha señalado que incluso en estos casos, la función jurisdiccional se regula por normas de derecho público. Así, en las particiones, salvo norma expresa (art. 1348 CC), la validez de los actos de un poder público en general no se reglan por las normas del derecho privado: “si se aplicaran los principios de la nulidad del Código Civil, se atentaría contra la inmutabilidad de las decisiones del poder judicial, destruyéndose la institución de la cosa juzgada. De esta manera, las infracciones al procedimiento se remedian mediante recursos; todo lo cual

⁴⁵ La caracterización del derecho procesal como “adjetivo” a veces puede dar la idea de accesoria o inferior importancia lo que no es efectivo. Un profesor inglés, para enfatizar la importancia de los procedimientos, señalaba “prefiero que me apliquen el derecho (sustantivo) soviético con el procedimiento inglés que el derecho (sustantivo) inglés con el procedimiento soviético”. Además, la jurisdicción contenciosa es sustituible si hay cumplimiento espontáneo y ausencia de conflicto, a diferencia de la actividad administrativa (con la excepción de las actuaciones de oficio y jurisdicción no contenciosa, que en realidad es administrativa en esencia). El tercer elemento que disminuye su importancia es ver el derecho procesal como un mero conjunto de trámites vacíos olvidando su *instrumentalidad* al servicio de la justicia, las famosas *legal technicalities* del derecho anglosajón. Ver *Banco del Desarrollo con Schuster* (1995), pp. 109 y ss. El tribunal señala: “el solo defecto formal consistente en haber omitido el escrito de excepción la referencia a los meses de septiembre, octubre y noviembre (referente a pagos efectuados) no puede impedir que se consuma el fin propio del proceso y de la jurisdicción, que no es otro que el de hacer justicia”. Ver también *Banco de Chile con Arriagada* (1995), pp. 121 y ss.

⁴⁶ En ese sentido, personalmente considero que el art. 1462 CC juega un rol fundamental como punto de conexión el derecho público y el privado; al parecer el genio de Bello pudo prever el futuro desarrollo del derecho público. Desconozco si hay estudios sobre el particular.

conduce a sostener que las nulidades de derecho procesal deben plantearse *in limine litis*; esto es, dentro del mismo procedimiento”. Finaliza señalando que las disposiciones legales que conciernen al Poder Judicial son (siempre) de derecho público en cuanto se refieren a su organización y atribuciones⁴⁷. De la misma manera, “las leyes que determinan la jurisdicción y competencia son de orden público, y tratándose de tribunales especiales, como los del trabajo, las disposiciones legales que delimitan sus facultades para conocer de los asuntos son de derecho estricto, de manera que no admiten otra interpretación que la que fluye de su propio texto y no está permitido, por lo tanto, interpretarlas en forma extensiva (muy similar a lo que sucede en el ámbito administrativo)⁴⁸. Los tribunales han también señalado que, si bien la institución de la nulidad existe en todas las ramas del derecho, sus efectos varían que en cada una de ellas. Así, la consagrada en el Código Civil no puede aplicarse a las situaciones regidas por el derecho público, como es la regulación del proceso en que está comprometido un poder del Estado (aunque actualmente se ha relativizado bastante a nivel jurisprudencial)⁴⁹.

Finalmente, está el tema de los auxiliares de la administración de justicia. El Código Orgánico de Tribunales regula una serie de entes que ejercen funciones públicas (como certificar oficialmente), en cuyo nombramiento intervienen los poderes del Estado, pero que se organizan y prestan sus servicios de manera privada. La Corte de Valparaíso declaró que los funcionarios de notarias tienen un régimen laboral “semi-público” y una estabilidad relativa en el empleo; la Corte Suprema anuló la sentencia señalando el carácter público de su función⁵⁰. El Código Orgánico de además regula a los abogados, siendo una profesión liberal (quizá por su carácter de “Oficial de Corte”)⁵¹.

⁴⁷ *Banco Hipotecario de Fomento Nacional* (1988), pp. 67 y ss. También, *RFM* (1988), pp. 248 y ss.

⁴⁸ *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1977), pp. 71 y ss. Hay que destacar que se trata de un tribunal especial; un tribunal de competencia común tiene plenitud jurisdiccional y puede resolver toda controversia de relevancia jurídica. Los particulares no pueden quedar en indefensión.

⁴⁹ *Gaceta Jurídica* (1986), pp. 39 y ss. Añade que los actos jurídicos realizados independientemente del proceso y fuera de él (como una cesión de derechos), pero que, en un momento dado, se hacen valer en el pleito, los cuales quedan sometidos en cuanto a su validez a las normas del derecho común que le sean aplicables. El hecho de que se encuentren ejecutoriadas las resoluciones que ordenan extender una escritura y alzar los embargos no obsta para que se declare la nulidad de la enajenación, pues se trata de algo sustantivo, no procesal, relacionado con el vicio de ilicitud de objeto. Hay una interesante alusión al “efecto dominó” de la nulidad procesal (“el fruto del árbol envenenado”).

⁵⁰ *Aguilar y otros con Yaber* (1999). La controversia versaba sobre un notario sucesor que terminó determinados contratos de trabajo. Los trabajadores sostienen que si podía aplicársele a las notarias el concepto de “continuidad de la empresa” del Código del Trabajo. El fallo de segunda instancia reconoce un vacío legal y aplica la equidad.

⁵¹ La mayoría de las funciones de los auxiliares de la administración de justicia son administrativas; pero por estar “muy cerca” de la actividad jurisdiccional son reguladas y estudiadas por el derecho procesal. Lo mismo puede decirse del Ministerio Público o la Defensoría; son entes administrativos, pero “muy cercanos” a la jurisdicción penal para ser estudiadas por el derecho administrativo. Respecto a los abogados y su carácter de “oficial de corte”, se ha estimado que hay nulidad en un mandato judicial otorgado a quien carecía de los requisitos del art. 2º de la Ley N° 18.120

IV. APLICACIONES PRÁCTICAS DE LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO SEGÚN LA LEGISLACIÓN, LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

El legislador, nuestros tribunales y la doctrina nacional no son ajenas a la división derecho público/privado y constantemente utilizan las categorías que emanan de esta clasificación en su labor cotidiana. Por lo anterior, es interesante indagar cuál ha sido la suerte de esta división del derecho en su aplicación práctica. La esfera de aplicación de la doctrina dualista es enorme. Veremos algunos de los criterios a continuación:

I. RELACIÓN JURÍDICA DE DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO

La sociedad se estructura a partir de múltiples relaciones entre los sujetos de derecho. Estas relaciones sociales son “jurídicas” cuando aparecen reguladas por el derecho o, al menos, cuando el juez estima que tiene la relevancia necesaria⁵². La autoridad normativa debe decidir qué conductas deben ser reguladas por las normas jurídicas⁵³.

precisamente utilizando el art. 1462 CC, norma de derecho privado pero que se refiere al “derecho público chileno”, *Gaceta Jurídica* (1997), pp. 72 y ss.

⁵² En el caso de las faltas a la verdad, por sí sola la mentira no constituye una conducta antijurídica; de allí que se permita, en algunos casos la simulación; se acepta la posibilidad de contra-escrituras y, además, las partes en juicio no tienen el deber de decir la verdad, a diferencia de los testigos. Lo anterior queda claro al examinar los delitos de falso testimonio y perjurio; el primero sólo se tipifica si se miente en causa ajena; el segundo cuando se miente bajo juramento ante una autoridad no-judicial. Corrobora lo anterior la falsificación de instrumento público y la falsificación ideológica de instrumento privado, de lo cual se deduce que por lo general sólo el funcionario público tiene obligación de decir verdad (Ver Contra *Kindley Álvarez* (1996), pp. 118 y ss. El tribunal realiza un paralelo entre falsedad ideológica y falso testimonio). La mentira, para convertirse, por ejemplo, en estafa, debe ir acompañada de otros requisitos. Ver Contra *Ramírez Gajardo* (1991), pp. 82 y ss. En este caso es la Corte la que marca la frontera entre lo jurídico y lo simplemente inmoral: “si bien en toda conducta engañosa estará presente una falta a la verdad, una afirmación mendaz, esta última no es idónea por sí sola para configurar el ardid propio de la estafa, el cual requiere el despliegue de maniobras o circunstancias externas que refuercen la simple mentira y le otorguen el carácter de simulación o disimulación” (cons. 4) “...quien ha sido destinatario de una simple mentira o afirmación mendaz y ha hecho fe en ella no podrá considerarse víctima de engaño y, por tanto, de fraude penal” (cons. 5)... “el tratadista Soler distingue entre el que simplemente creyó, quien es un crédulo negligente, del que fue engañado, quien es víctima de fraude” (cons. 7). El cons. 8 cita la declaración del querellante: “yo le creí a Ramírez que su sobrina iría a firmar el lunes 8 del actual, pero hasta la fecha no lo ha hecho. Debo agregar que a la salida de la notaría Ramírez me pidió que hiciera entrega del dinero y como ya estaba firmado algo pensé que no habría problemas y le entregué la suma de un millón de pesos...”. El tribunal reitera “si bien quienes efectuaron la negociación con Ramírez eran personas de modesta condición y escasa cultura, no cabe duda que existió de su parte un excesivo apresuramiento” (cons. 11). Finalmente, la Corte señala que “no puede llegarse a la convicción plena de que el encausado desplegó un ardid o maquinación engañosa que *haya superado los límites de la simple mentira...*” (cons. 12).

⁵³ En el caso del legislador, esto se aprecia en el art. 98 CC, sobre la promesa de matrimonio mutuamente aceptada: señala que es un hecho entregado a la moral de cada individuo y no existe deber jurídico de cumplir dicha promesa. En palabras simples, dicha promesa está fuera del ámbito de regulación del derecho. Lo mismo al establecer los derogados delitos de adulterio y amancebamiento, se discutió en la Comisión Redactora de nuestro Código Penal el porqué de las diferencias de tipificación. En el amancebamiento, “hay sólo un grave pecado, una grave falta, que pesará sobre la conciencia del culpable, pero no un hecho criminal de aquellos que ponen en peligro la existencia de la sociedad, y que ésta debe siempre y en todas circunstancias perseguir... El único caso en que deberá castigarse el adulterio del marido es aquel en que se cometa manteniendo manceba dentro de la casa conyugal o fuera de ella con escándalo, porque entonces existe un verdadero atentado, que la sociedad no podría tolerar sin castigo”. En otras palabras, el

Para ello debe ponderar cuáles comportamientos son esenciales para la vida social y no se encuentran suficientemente protegidos por otros sistemas normativos. El Estado, al ser un sujeto de derecho, también es un importante actor en las relaciones jurídicas. Su especial posición hará que las relaciones jurídicas en que intervenga tengan ciertas características especiales. La relación jurídica de derecho público liga a los particulares con cualquier ente de derecho público (fisco, municipalidad, gobierno regional, servicios de salud, SII, Aduanas, y todas las formas que puede asumir el Estado); igualmente, la relación será de derecho público cuando se vinculen dos entes públicos. Los entes estatales actúan ejerciendo potestades públicas, de las cuales carecen los particulares, que los sitúan en una posición de supremacía. De este modo, el Estado puede imponer su voluntad en el orden temporal de la sociedad política (sólo para lograr el bien común) sobre el interés particular, dentro del marco de la igualdad de las cargas públicas. Entonces, la relación jurídica entre el particular y el ente público no es de igualdad sino de supremacía-subordinación. Pero, la actuación de los entes públicos está enmarcada por el “principio de servicialidad”, no son un simple poder sin sentido o finalidad. El acto que se emite tiene que estar destinado a satisfacer una necesidad pública⁵⁴. Estas potestades públicas no son derechos subjetivos sino poderes-deberes finalizados: para la autoridad no es facultativo ejercerlas, ya que están destinadas a servir a la comunidad y satisfacer necesidades públicas⁵⁵. Claros ejemplos son la potestad expropiatoria; la potestad jurisdiccional; la legislativa; la potestad tributaria; entre otras. Se trata, por tanto, de actos “debidos” y la autoridad debe actualizar sus potestades cuando las necesidades lo requieran. Por lo anterior, la división entre faz activa y pasiva, ventaja o gravamen, no es clara sino que aparecen fundidas.

En la faz pasiva de las potestades públicas (sobre quienes se ejerce), los particulares se encuentran en la necesidad de obedecer los mandatos de la autoridad. Esta subordinación no significa en caso alguno sumisión o sometimiento (palabras impropias si vivimos en un sistema democrático), ya que el particular siempre tiene la posibilidad de reclamar ante los tribunales. Pero como se trata de poderes-deberes, la faz pasiva también está presente en el propio ente que detenta la potestad pública; su no-ejercicio o su uso impropio conllevan responsabilidades. La potestad pública tiene por función el logro del bien común y sólo tiene como razón de ser el lograr ese objetivo. Como veremos,

legislador penal “deslindó” cuáles conductas eran simples “pecados” (el engaño del marido fuera del hogar conyugal sin escándalo) y cuáles debían considerarse delitos por afectar a la sociedad (amancebamiento en los casos señalados y adulterio). En estos dos casos el legislador marca el “límite” entre lo jurídico y lo meramente moral. *Código Penal de la República de Chile. Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora*. Con estudio preliminar de Manuel de Rivacova, Valparaíso 1974. Sesión N° 161 de 27 de junio de 1873, 538-539. En sesiones N°s. 73 y 74 de 20 y 22 de abril de 1872 puede evidenciarse que el adulterio, figura propia de la mujer, se tipifica de manera más simple (por tratarse de una conducta que no era considerada como un simple “pecado”, en opinión del legislador), ya que afectaba a la sociedad porque ponía en duda la legitimidad de la prole.

⁵⁴ SOTO KLOSS 1992.

⁵⁵ De allí la inexcusabilidad judicial (art. 76 inc. 2° de la Constitución, art. 10 inc. 2° del COT) y administrativa (art. 14 de la Ley N° 19.880).

los términos señalados (supremacía-subordinación; potestades o poderes-deberes y cargas públicas; bien común; necesidades públicas; servicialidad; etc.) generan importantes efectos en materia de responsabilidad y sanciones de ineficacia. Por todo lo anterior, las relaciones jurídicas en las que es partícipe el Estado no pueden ser reguladas de la misma forma que las relaciones jurídicas privadas. Como el derecho privado no puede aplicarse a las relaciones jurídicas donde participa el Estado sin provocar distorsiones, surge el derecho público. En derecho público, la relación jurídica la compone por lo menos un ente público; en cambio, en derecho privado la relación jurídica estará constituida por sujetos particulares. Los entes estatales ejercen potestades públicas que les confieren poderes que no tienen los particulares y, por lo tanto, la relación es autoridad/subordinado; de supraordenación y subordinación. La posición de los entes estatales dentro de la relación es supraordenadora, en atención a que deben velar por el bien común. O sea, la calidad de quien actúa jurídicamente nos revelará ante qué rama del derecho nos encontramos. El problema es que, muchas veces, los entes públicos actúan en la vida jurídica sin ejercer potestades públicas (la compra de bienes o servicios). Sin embargo, el derecho público está siempre presente en la medida que un ente estatal se desenvuelva en la vida jurídica (en el caso de compra de bienes o servicios, éstos deben estar destinados exclusivamente al bien común; se debe seguir un procedimiento, etc.). Como decíamos, si bien el Estado tiene potestades, éstas implican al mismo tiempo un poder y un deber. El poder atribuido al Estado existe sólo para que se cumpla el fin por el cual es otorgado: esto es la obtención del bien común⁵⁶. En ningún caso la prevalencia del derecho público sobre el privado implica la prevalencia del Estado por sobre el individuo; la dignidad humana impera como valor primordial en todas las ramas del derecho.

La relación jurídica de derecho privado vincula a los particulares, quienes se relacionan entre sí en un plano de igualdad. La relación jurídica en derecho privado es horizontal, no vertical como en los otros casos que analizamos. Esto también repercute en las características de la responsabilidad y formas de ineficacia que se aplican estas relaciones. En derecho privado patrimonial es clara la división entre faz activa y faz pasiva. En derecho privado el fin de la relación no es más que el interés particular. En síntesis, en derecho privado patrimonial, los sujetos de la relación jurídica son los particulares y actúan en un plano de igualdad; tienen facultades y no potestades. Sin embargo, la desigualdad material de los contratantes puede dar lugar a desigualdad jurídica por el nulo poder de negociación de una de las partes. Así, existen los contratos de adhesión. El Estado, en uso de sus potestades, interviene estableciendo diversas formas de dirigismo contractual o entes administrativos de control (como las superintendencias). En estos casos, la contratación que es típicamente de derecho privado tiene un componente administrativo importante. Es interesante que en el campo del derecho societario, los directores tienen un deber fiduciario con respecto a los accionistas (tema actual, desde

⁵⁶ SOTO KLOSS 1992.

el *Caso Chispas* hasta *La Polar*; en el exterior, *Enron*). En este sentido, velan también por un “interés ajeno”.

La relación jurídica de familia es bastante similar a la de derecho público, por un lado, existen los padres, con potestades de familia y los hijos menores, que por ser incapaces, se encuentran bajo la autoridad paterna. No hay igualdad: se trata también de una relación de supremacía-subordinación (en el pasado también afectaba a la cónyuge) y el menor se encuentra en una situación de incapacidad (o inhabilidad siguiendo la terminología de Hohfeld). La faz activa y pasiva de la relación no están claramente divididas. Sin embargo, la autoridad paterna existe sólo para guiar la vida de los hijos teniendo en cuenta el “interés superior del menor”⁵⁷. Entonces, la autoridad paterna no es establecida para proteger un interés propio sino el interés ajeno de una persona incapaz. Técnicamente se habla de “potestades de familia” y “deberes específicos de conducta” (en las cuales el elemento moral y la imposibilidad de ejecución forzada son característicos). Desde la Convención de los Derechos del Niño (1989) la idea de “derechos” paternos cambia por una terminología más precisa: autoridad o potestad paterna poniendo énfasis en la idea de poder-deber, responsabilidad paterna y protección de los menores⁵⁸. El paternalismo y la idea de control sobre la vida del menor ya no son conceptos preponderantes⁵⁹.

La relación laboral también tiene características similares a la de derecho público. El empleador tiene una potestad de dirección que lo sitúa por encima de sus trabajadores. Esa potestad manifiesta, por ejemplo, en el *ius variandi*, permite al empleador modificar unilateralmente el contrato de trabajo (una excepción a la intangibilidad de las convenciones). Sin embargo, el equilibrio y la justicia deben mantenerse, y el legislador impone restricciones al empleador: la modificación de la naturaleza de los servicios prestados no debe significar “menoscabo”. En otras palabras, esto implica que, no obstante poder variar los términos convencionales, las prestaciones deben permanecer equilibradas, para mantener la conmutatividad contractual⁶⁰. Otra medida para mantener balance en la

⁵⁷ HERRING 2007, p. 382. En Chile el concepto se ha extendido y es aplicado como un supra-principio. Por ejemplo, en materia de educación, *Laurie Sáez con San José School* (2011). En materia penal juvenil *L.E.T.M. con Juez del Juzgado de Garantía de Concepción* (2008). Se acoge un amparo por que el menor no estuvo presente en la audiencia. En ambos casos, la Convención de Derechos del Niño (1989) y el interés superior del menor jugaron un rol estelar.

⁵⁸ LOWE y DOUGLAS 2007, p. 369.

⁵⁹ MASSON *et al.* 2008, p. 488. En el Reino Unido, estas ideas se aplican en el famoso *caso Gillick (1986)* sobre autoridad paterna, capacidad de menores adultos, secreto médico y la prescripción de contraceptivos a adolescentes sin la presencia paterna. La Corte Europea de DD.HH. también ha aplicado los mismos conceptos en casos referidos al derecho a la educación.

⁶⁰ Ver Dictamen N° 6.321/1983, Dirección del Trabajo. Ver *AFP Plan Vital S.A.* (1999), pp. 216 y ss., la Corte destaca: “el contrato de trabajo es un negocio jurídico bilateral, el que, como tal, no puede ser alterado unilateralmente por una de las partes, por lo que el *ius variandi* representa una situación de excepción, toda vez que confiere al empleador una facultad que puede utilizar en uso de su facultad de mando para ‘alterar los límites de la prestación de servicios’. La recepción que hace nuestro ordenamiento del *ius variandi* es restrictiva, según se infiere del solo tenor literal de los preceptos antes descritos, y los límites de tal *ius variandi*, en cuanto expresión del poder de dirección del empresario, coincidirán con la frontera entre lo que sea una modificación substancial de las condiciones de trabajo,

relación son los derechos irrenunciables. Varios fallos sostienen que pactos que atentan contra derechos laborales indisponibles son nulos por atentar contra el derecho público chileno (art. 1462 CC) y oposición al “orden público laboral”⁶¹.

En cuanto a la relación jurídica procesal, como ya dijimos, es típicamente de derecho público. La presencia del ente jurisdiccional y su potestad para dictar resoluciones con autoridad de cosa juzgada que pueden ser ejecutadas por la fuerza socialmente organizada le da este carácter. El hecho que en materia civil la sentencia pueda ejecutarse sólo a petición de la parte es demostración de lo que sostuvimos anteriormente: el derecho sustantivo aplicado repercute en la disponibilidad de las partes; pero no altera su carácter de derecho público⁶².

2. TEORÍA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS: DERECHOS PÚBLICOS Y PRIVADOS; POTESTADES PÚBLICAS Y DE FAMILIA

La idea de los derechos humanos es quizá la nueva religión universal de las naciones civilizadas y parte del *ius cogens*; vivimos en la época de los derechos o la era de la revolución de los derechos⁶³. Los juristas han tratado de explicar lo que hay detrás de la noción de derecho subjetivo. Existen tres teorías: la teoría de la voluntad-elección⁶⁴; la teoría del interés, que ya mencionamos, y la teoría híbrida que combina ambas⁶⁵. Los tres conceptos serán útiles para delimitar las diferencias entre el derecho público y privado.

El Estado carece de derechos en el sentido propio del término: no tiene un “interés propio” porque no es un fin en sí mismo, sólo un instrumento. Tiene potestades que son poderes-deberes finalizados: los actualiza para proteger un interés ajeno, el de la comunidad en su conjunto y las personas individualmente consideradas. La voluntad estatal se manifiesta a través de las autoridades públicas de la manera y con las limitaciones que señalan los arts. 5º a 7º de la Constitución. El Estado carece de libertad, el término

quedando fuera del *ius variandi* todas aquellas modificaciones que sean discriminatorias o que importen –según señala el inciso primero del art. 12 del Código Laboral– un menoscabo para el trabajador, el cual puede ser de su nivel socioeconómico en la empresa, cuyo caso más característico es la disminución del nivel de ingresos, o bien, de carácter moral. En tal forma el ejercicio de este derecho excepcional es admitido en cuanto respete los derechos del trabajador sobre sus condiciones de trabajo y habilite al empleador para efectuar las necesarias variaciones sobre la forma y modalidades de la prestación de servicios que sean requeridas para la buena marcha de la empresa. Dicho carácter excepcional se explica, además, pues se trata de un leve desvío del principio general de que los contratos bilaterales no pueden ser modificados unilateralmente por una de las partes”.

⁶¹ Sánchez Núñez con *Municipalidad de Laja* (1990), pp. 194 y ss.

⁶² Los tribunales han señalado que no pueden someterse a arbitraje materias cuya competencia corresponde a los tribunales laborales, ni aun por voluntad de las partes, porque son normas derecho Público y, por tanto, irrenunciables, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 1969, pp. 188 y ss.

⁶³ LOUGHLIN 2004, pp. 114 y 125.

⁶⁴ Atribuida a WINDSCHEID, para él el derecho implica posibilidad de elección entre diferentes alternativas potenciales, libertad que el ordenamiento jurídico protege. Ver HAREL 2005, pp. 191-206.

⁶⁵ Ver JELLINEK 1912.

adecuado es discreción; incluso cuando existe una potestad discrecional (que otorga un abanico de posibilidades), nunca implica total “carta blanca” para que el político o burócrata de turno actúe arbitrariamente y siempre es controlable por los tribunales ya sea en la forma o en el mérito⁶⁶. Su ejercicio arbitrario no es abuso del derecho sino abuso de poder. Incluso si diversos entes estatales son propietarios de bienes y tiene todas las facultades del dominio, éstas deben ser ejercidas conforme al derecho público, de esta manera no goza de un derecho de propiedad de la misma manera que los individuos. De similar forma, la autoridad paterna existe para proteger un interés ajeno, otorga cierta discrecionalidad limitada por su finalidad: el superior interés del menor. En caso de abuso, los tribunales actúan *in loco parentis* o designan guardadores. En materia procesal, los tribunales ejercen la potestad jurisdiccional con todas las limitaciones del derecho público y son controlados por los tribunales superiores en caso de errores o abuso. El proceso penal el cambio de terminología ha sido notable: inicialmente se hablaba de *ius puniendi*, luego de “pretensión punitiva del Estado” y, finalmente, de potestad pública sancionatoria penal. Las partes en el proceso tienen deberes, facultades y cargas más o menos rígidas según el derecho sustantivo involucrado.

Los derechos subjetivos implican facultades que se ejercen a través de la voluntad y que otorgan libertad para satisfacer el interés propio⁶⁷ (ajeno a los entes públicos). La idea de derechos subjetivos públicos y privados atiende a la norma objetiva en que se funda el derecho en cuestión. El derecho subjetivo público es aquel que se funda en una norma de derecho público; por ejemplo, las normas que nos habilitan para votar en elecciones (arts. 13 a 18 de la Constitución) o los consagrados en el art. 19 de la Carta Fundamental. Éstos marcan el límite del actuar público, la frontera que nunca pueden sobrepasar sin asumir responsabilidad⁶⁸. El derecho subjetivo privado es aquel que se funda en una norma de derecho privado; por ejemplo, aquella que nos faculta para renunciar a los derechos, siempre que no sea contra interés ajeno o esté prohibida su renuncia (art. 12 CC). El criterio de clasificación parece poco sustantivo, pero el hecho

⁶⁶ Ver *Sociedad Fuschs y Plath con Fisco* (1908). A propósito de la represión de una huelga general en Valparaíso, con perturbación del orden público. La Sociedad Fusch y Plath tenía depositadas en el puerto varias partidas de cerveza y botellas vacías para su exportación. Los huelguistas se adueñaron de parte de la cerveza. La autoridad ordenó que el licor se arrojara al mar (huelga y alcohol son una mala combinación para el orden público). Los demandantes solicitan al fisco una indemnización. La Corte dio lugar a la petición basada en que el deber (discrecional) que tiene la autoridad de mantener el orden público no la faculta para que adopte el primer medio que se le presente; tampoco la exime de recurrir entre varios medios a aquel que menos daño ocasione al derecho de los particulares (por ejemplo, pudo haber trasladado la cerveza a otro lugar). El Estado es responsable y debe indemnizar los perjuicios causados por la adopción de medidas poco idóneas y desproporcionadas que, frente a una situación determinada, no constituyen el último arbitrio al cual se ha debido recurrir. En este caso, la antijuridicidad del actuar administrativo lo marca la desproporción de la medida tomada; existiendo otras alternativas posibles, menos dañosas que la autoridad pudo haber adoptado. El principio del “mínimo daño” ha sido utilizado también por el Tribunal Constitucional (Rol N° 1345 de 25/05/2009) al pronunciarse sobre el *solve at repete* como medio para desestimular demandas frívolas. El mismo criterio puede observarse en los arts. 444 inc. 1° y en el art. 445 del CPC, a propósito del juicio ejecutivo.

⁶⁷ Una buena aproximación puede encontrarse en PINO 2009, pp. 487-506. También en SAMUEL 1987, pp. 264-286.

⁶⁸ ELLIOT y THOMAS 2001, p. 5.

de que un derecho se funde en una norma de derecho público o privado es sumamente importante. Primeramente por una cuestión de jerarquía; el que un derecho se funde en una norma de derecho público lo deja a salvo de cualquier atentado realizado por normas inferiores. Además, los derechos subjetivos públicos se encuentran protegidos por acciones constitucionales como la de protección. Ambos generan procedimientos cautelares autónomos, inquisitivos, informales⁶⁹ y concentrados. Los derechos que se fundan sólo en normas de derecho privado carecen de estas formas de tutela rápida⁷⁰. Si bien la Constitución de 1925 contemplaba un capítulo referente a los derechos fundamentales, sólo con la Constitución de 1980 éstos son justiciables, ya que estableció los medios procesales adecuados para protegerlos⁷¹. Otro aspecto interesante es la disponibilidad de los derechos; los consagrados en normas de derecho público tienden a ser indisponibles; en cambio, los que se fundan en el derecho privado suelen ser disponibles. Lo anterior no es absoluto, ejemplo claro es el derecho de propiedad⁷². Además, muchos derechos que emanan de fuentes de derecho privado se encuentran insertos dentro de un derecho subjetivo público, como los nacidos de un contrato, sobre los cuales existe una especie de propiedad, por ser cosas incorporales.

3. ÁMBITO DE ACCIÓN: SUBSIDIARIEDAD, PRINCIPIO DE JURIDICIDAD Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

En una república todas las personas están sujetas al derecho, tanto autoridades como gobernados; “no hay persona ni grupos privilegiados” (arts. 4º, 6º inc. 2º y 19 N° 2 inc. 1º de la Carta Fundamental). Pero la unión del derecho con el Estado es mucho más fuerte. Es el derecho el que lo configura y lo crea; sin el derecho el Estado y sus atribuciones no existen porque es un ente artificial. El principio de juridicidad que enmarca al Estado, ha sido definido como “la sujeción integral a derecho de los órganos del Estado, tanto en su ser como en su obrar”⁷³. Ya la palabra “sujeción” nos da un importante indicio; el constituyente utilizó un término bastante enérgico, indicando

⁶⁹ La formalidad en los procedimientos administrativos es instrumental, sólo lo indispensable para dejar constancia indubitada y evitar perjuicios (art. 13 de la Ley N° 19.880).

⁷⁰ Se han desechado recursos de protección cuando se trata de materias de lato conocimiento, como la ejecución y cumplimiento de contratos. Ver *Schneider Bulman con Conaf* (1982). También *Jiménez Broussain con Ojeda Calderón* (1987) (considerando 6).

⁷¹ DOMÍNGUEZ ÁGUILA 1996.

⁷² En un análisis preliminar, la vida, integridad corporal y la salud son derechos indisponibles. El consentimiento no sirve como causal de justificación y el auxilio al suicidio y la eutanasia están prohibidas; pero el asunto se relativiza con la posibilidad de donación de órganos en vida y la falta de obligatoriedad de tratamientos médicos. A la inversa, si analizamos la validez de una cláusula de no-competir a la luz del solo derecho privado podríamos concluir que ésta es válida por aplicación del principio de autonomía de la voluntad. Sin embargo, si cotejamos esta cláusula con la legislación antimonopolio y el art. 19 N° 21 de la Constitución, adolecería de objeto ilícito por “contravenir el derecho público chileno” (art. 1462 CC).

⁷³ SOTO KLOSS 1996, p. 24.

la fuerte vinculación entre el sistema jurídico y la autoridad pública, por ser el Estado una persona jurídica. Se prefiere la expresión “principio de juridicidad” porque la vinculación entre Estado y derecho es integral y no sólo se refiere a la Constitución o la ley, sino a todo el ordenamiento jurídico. La expresión “principio de legalidad” es más restrictiva, pero más exacta cuando hablamos de las normas que *habilitan* a los entes estatales para actuar. Sólo la Constitución y la ley pueden establecer competencias estatales y, por lo tanto, normas inferiores no pueden conferir potestades públicas, aunque estas disposiciones tendrán importancia al momento en que la competencia conferida se actualice⁷⁴. En derecho público, los entes estatales sólo pueden hacer aquello para lo cual están expresamente facultados por la ley, según el principio de legalidad habilitante consagrado en los arts. 6º y 7º de la Constitución. Los ingleses tienen una concepción similar: la *formal legality* o “*thin*” rule of law y la *substantial legality* o “*thick*” rule of law⁷⁵, bajo la idea de tener el poder estatal limitado y controlado⁷⁶; cualquier actuación fuera de este campo es *ultra vires*. La noción de desviación de poder refuerza esta idea: no se trata sólo del simple uso de potestades públicas para beneficiar a su titular o a favorecer o desfavorecer terceros (arbitrariedad, ligada a la corrupción), sino también cuando son utilizadas para fines ajenos a la misión de un ente estatal, basadas en una falsa idea de interés público⁷⁷. Por eso, el estado de derecho sustancial es más exigente y demanda que las decisiones públicas (en especial las discrecionales), para ser legítimas,

⁷⁴ Indudablemente, no puede ampliarse la competencia de un ente público mediante un reglamento. Pero dictado uno, no podemos dictar un acto administrativo singular contradiciéndolo o excepcionándolo; éste es parte del ordenamiento y debe respetarse. Esto es lo que se denomina “inderogabilidad singular del reglamento”. Al respecto, ver recurso de protección *Toro con gerente general del Banco Central* (1986), sostiene que si la autoridad (Banco Central) accediere a lo pedido por la recurrente, que no cumple con los requisitos exigidos por el ordenamiento reglamentario, estaría realizando precisamente un acto discriminatorio en favor de una persona, al contrariar una norma general, e infringiría lo dispuesto tanto por el N° 22 del art. 19 como por el art. 98 inc. final de la Carta Fundamental. Cuando se actualizan competencia cobran relevancia los principios generales del derecho y la equidad.

⁷⁵ BINGHAM 2010. Desde el punto de vista del *Civil Law*, BEDNER 2009, pp. 48-74.

⁷⁶ LOUGHLIN 2010, p. 452.

⁷⁷ Ésta es una amplia fauna que va desde los tristemente célebres “resquicios legales”, tendientes a estatizar la economía, hasta las amnistías auto-conferidas por gobiernos no-democráticos. Podemos imaginar también el uso de la potestad administrativa sancionatoria (multas) tendientes a desincentivar a un sector de la economía o para procurar fondos al erario nacional; el uso de la queja como forma de modificar una sentencia de un tribunal inferior cuando hay una mera diferencia de opiniones y no un abuso o falta que lo justifique; el abuso en el empleo de funcionarios a contrata o a honorarios; algunos casos de “bloqueo tributario” (ver CÉSPEDES PROTO 2004, pp. 127 y ss.), etc. Sobre los funcionarios de exclusiva confianza, la renuncia no-voluntaria, su posterior inmediata contratación y la consiguiente jubilación anticipada o mejora sustancial de ésta, ver el Dictamen N° 3.837/2001 de la Contraloría, *Gaceta Jurídica* (2001). El pronunciamiento se refiere directamente a la desviación de poder y la probidad. Ver también *Valenzuela Vanella con Municipalidad de Las Condes* (2005), en la cual el ente público utiliza indebidamente la no-renovación de la patente de alcoholes para evitar el procedimiento de clausura (los vecinos reclamaban por ruidos y olores molestos) que es más complicado (hay varios fallos en el mismo sentido). Lo mismo el fallo de protección de la Corte Suprema *Ramírez Quemper con Director del Hospital Juan Noé Crevani* (2010), sobre la utilización de la declaración de vacancia del cargo por salud incompatible como método de reducción de gastos de recursos humanos.

deben ser proporcionales y razonables⁷⁸ de manera de “no pervertir la ley”⁷⁹. Es decir, la ley marca el límite de la actividad estatal y no se puede realizar actividades más allá de esas competencias asignadas. Este principio tiene como fin salvaguardar la libertad de los particulares y su ámbito de acción. Los límites básicos son, por cierto, los derechos fundamentales como barrera infranqueable y la servicialidad. La justificación del Estado moderno es servir a los individuos y proteger los derechos fundamentales⁸⁰ ejerciendo las potestades públicas cuando el bien común lo requiere⁸¹. Particularmente importante es este punto en materia administrativa, porque está en contacto diario y directo con los particulares. Se reafirma con mayor fuerza el mismo principio en materia de actividad empresarial del Estado (art. 19 N° 21 de la Constitución). El legislativo también tiene una competencia normativa limitada; el art. 63 de la Constitución establece un sistema de “dominio legal máximo”, de modo que la potestad reglamentaria y la legislativa están delimitadas. En cuanto a los Tribunales, si bien a cada juez se le asigna el conocimiento de asuntos específicos, pero en general hay “plenitud jurisdiccional” y le corresponde resolver todo conflicto jurídico que se suscite en el orden temporal (arts. 76 de la Constitución y 5° inc. 1° del COT). Todo lo anterior se enmarca dentro del principio de subsidiariedad y primacía de la iniciativa privada, una de las bases fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional⁸². Este principio constitucional debe orientar toda la actividad del Estado y no sólo de la Administración. La total sumisión y control del Estado por el derecho y garantías individuales inviolables dan equilibrio a la relación de por sí asimétrica entre ciudadanos y poder público.

Los particulares también están sujetos al derecho, pero su vinculación (pese a ser los gobernados) es más tenue. La persona humana y sus derechos existen con independencia al ordenamiento jurídico, ambos son entidades naturales. Por lo tanto, el derecho opera como un límite y no es condición de su existencia. Además, en derecho privado los particulares pueden hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido, con un vasto campo de acción⁸³. Esto no es sino aplicación del principio de autonomía de la voluntad. En una perspectiva más amplia, el art. 19 N° 21 de la Constitución consagra el derecho de libertad económica, permitiendo a los particulares ejercer cualquier actividad salvo que sea contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional o esté expresamente prohibida. De forma más general aún, la Constitución consagra la primacía

⁷⁸ CRAIG 2007, pp. 467-487.

⁷⁹ RAZ 1983, pp. 210-232.

⁸⁰ LOUGHLIN 2010, p. 435. También, SOTO KLOSS 1995, pp. 1-13.

⁸¹ WADE y FORSYTH 2009, p. 197.

⁸² SOTO KLOSS 1996, p. 10.

⁸³ Ver *Entick con Carrington* (1765) la High Court of England and Wales estableció la ilegitimidad de la invasión de la propiedad y registro de documentos privados por funcionarios públicos estableciendo el principio de la estricta jurisdicción habilitante en relación a la actividad estatal y la consiguiente general libertad del individuo salvo restricción expresa. Éste es uno de los casos más influyentes del derecho anglosajón. Reafirmada por la Corte Europea de DD.HH. en *Malone con UK* (1984).

de la persona humana, su iniciativa y la autonomía de los cuerpos intermedios. El tema es analizado mayormente en derecho contractual bajo el nombre de “principio de libre contratación”. Sin notar lo sus cultores (y sin utilizar el art. 1462 CC), el derecho público en general y el administrativo en particular juegan un rol estelar en figuras contractuales como el contrato-ley⁸⁴, los contratos forzados⁸⁵, los contratos de adhesión⁸⁶ y los contratos dirigidos⁸⁷. El aspecto interesante es que, cualquier conflicto que se suscite con este tipo de figuras, el procedimiento puede no ser el típico de derecho privado: discutiremos las potestades administrativas para controlar la contratación o la legitimidad de la ley al limitar la propiedad o la libertad constitucionalmente protegidas de las personas. En efecto, la contratación ya no puede ser estudiada en forma aislada sin contemplar el derecho antimonopolio o la protección al consumidor y todos los entes de control. Sin el derecho administrativo, el fenómeno contractual no puede entenderse globalmente: la litigación contractual muchas veces considerará aspectos de derecho público.

4. ACTOS JURÍDICOS PRIVADOS Y PÚBLICOS

Es acto jurídico todo acto humano voluntario al que el ordenamiento le atribuye el efecto de producir consecuencias jurídicas. Cuando los actos jurídicos los realizan los entes estatales, se tratará de actos jurídicos públicos. Hoy, la separación de poderes y los criterios orgánicos para fundarla se encuentran superados. El Estado cumple ciertas funciones y éstas se radican en diversos órganos, con independencia del poder público al cual se atribuyan. Hoy se habla de preponderancia de funciones y controles recíprocos entre poderes. Atendido que los entes públicos detentan potestades, el control es necesario para prevenir, sancionar y compensar abusos. Distinguimos cuatro tipos de actos

⁸⁴ La Corte Suprema invariablemente ha sostenido la intangibilidad de los contratos-leyes, en sus diversas especies (D.F.L. N° 2/1959, D.L. N° 600, bonos-dólares), indicando que el Estado debe cumplir sus compromisos: los derechos generados son un límite a la soberanía. El tema pertenece más al derecho público que al privado. El Estado es parte, concediendo normalmente franquicias tributarias para estimular determinadas actividades, y el régimen es autorizado por una ley especial o una ley general que autoriza al ejecutivo a conceder tratos excepcionales vía contrato/acto administrativo.

⁸⁵ Ver RFM (1993). A propósito de las facultades limitadas de La Superintendencia de Electricidad y combustibles actuando *ultra vires* como tribunal especial con facultades arbitrales.

⁸⁶ Los tribunales han clasificado el contrato de cuenta corriente bancaria como contrato de adhesión. RFM (1992). En varias oportunidades ha señalado lo mismo respecto a reglamentos de copropiedad.

⁸⁷ El Superintendente de Isapres, en su calidad de tribunal especial arbitral, califica el contrato de salud como de adhesión y dirigido; *Isapre La Cumbre* (1992). En el mismo sentido, el superintendente ha interpretado las cláusulas vagas en contra del contratante “fuerte” usando el principio del “riesgo de la redacción”, *contra proferentem* o *interpretatio contra stipulatorem*. *Isapre Normedica* (1993). Es más, el tribunal especial ha sostenido que carácter de contrato de adhesión debe tenerse presente en la interpretación por la participación preponderante del oferente la escrituración del contrato: resulta lógico y equitativo hacerla responsable por la falta de cuidado al establecer cláusulas ambiguas. El tribunal también señala que la Isapre dispone de personal calificado que debería proponer fórmulas desprovistas de obscuridad. Si la cláusula no es clara, la Isapre debe soportar los efectos de su falta de cuidado. *Isapre Colmena Golden Cross* (1992). Bello ya anticipaba la institución en el art. 1566 CC, bastante lógico en una situación de David contra Goliat.

jurídicos públicos según la función que éstos cumplen dentro del sistema jurídico: el acto constituyente; el acto legislativo; el acto jurisdiccional y el acto administrativo.

El primero es el “acto constituyente”; acto político y público por excelencia, implica el comienzo de un orden jurídico nuevo y/o una ruptura con el anterior⁸⁸. El contenido que en el hecho tenga este acto es totalmente libre y dependerá de la eficacia con que el constituyente imponga el nuevo orden; por lo menos según la teoría kelseniana. Ya no en el campo fáctico sino en el de la legitimidad son los filósofos los que discrepan. Para muchos no existen límites, puesto que no hay nada anterior ni superior al derecho y éste puede tener cualquier contenido. Para los *iusnaturalistas* la legitimidad y el carácter de verdadero derecho del nuevo ordenamiento estará dado por el respeto a principios morales básicos y mínimos; la dignidad de las personas; el bien común; entre otros. Si bien la disputa no ha llegado a su fin, entender el acto constituyente, y el derecho en general, como un acto de “poder puro” no resiste mayor análisis. Un orden social basado sólo en el poder no es viable en el largo plazo, como lo demuestra el fracaso de los socialismos reales.

Otro acto jurídico público es el “acto legislativo”. La ley constituye la fuente formal principal en la actualidad, aunque no entendida ya en el sentido decimonónico⁸⁹. Lo normal es que sea una norma general y abstracta. Dado que el Congreso es el máximo exponente de la soberanía popular y el carácter esencialmente político de su composición, el contenido de la ley creada no tiene más límite que el señalado por la Constitución. No se trata de una simple cuestión formal, ya que nuestra Constitución marca también un límite de contenido, principalmente dado por los derechos fundamentales y la competencia asignada constitucionalmente a otros órganos (como el “dominio legal máximo”, del que hablábamos anteriormente). La Constitución le asigna a la ley la regulación de los asuntos más importantes, en especial los derechos constitucionales.

Los “actos jurisdiccionales” pertenecen a un género mayor denominado “actos procesales”. Cuando éstos son emitidos por los Tribunales se denominan “resoluciones judiciales” y son una especie de acto jurídico público, ya que provienen de entes públicos que ejercen la potestad jurisdiccional. Quizá lo más característico de las resoluciones judiciales (por lo menos de las sentencias definitivas e interlocutorias firmes) es la cosa juzgada⁹⁰.

⁸⁸ La potestad constituyente originaria es el acto político de poder puro tendiente a crear y establecer una nueva Constitución. Ésta puede ser producto de un acto de independencia, como el caso de Estados Unidos; o de una revolución, como es el caso de Francia. Todos los anteriores implican una ruptura del régimen político anterior y un acto fundacional que se explica sólo por la contingencia histórica que las crea. En estos casos, la nueva norma fundamental carece de validez en relación con el sistema jurídico que lo precede y su propia validez se funda en la eficacia. La razón de la independencia o la revolución en los casos históricos señalados es una nueva ideología.

⁸⁹ Durante la Revolución Francesa, inicialmente se pasó de la monarquía absoluta a un parlamento-ejecutivo absoluto y se dio la paradoja violar derechos humanos con el pretexto de protegerlos.

⁹⁰ Ver HOYOS 1987.

El “acto administrativo” es una de las especies más importantes de acto jurídico público. Según el art. 3º inc. 2º de la Ley N° 19.880, los actos administrativos son las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contiene declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una función pública. Para el profesor Soto Kloss, el acto administrativo es “una ordenación racional, de carácter unilateral, emanado de un ente estatal en ejecución de una función administrativa destinada a satisfacer una necesidad pública concreta que produce efectos jurídicos directos”⁹¹. La “racionalidad” dice relación con la justificación y motivación del acto en cuanto a los hechos y el derecho y su oportunidad, proporcionalidad e idoneidad; la unilateralidad implica que, para producir efectos jurídicos, no es necesario el concurso de la voluntad del obligado. El acto público, para que sea administrativo, debe ser dictado por un ente estatal en ejercicio de una función administrativa. Todos los poderes ejercen en alguna medida función administrativa, pero ésta se concentra mayormente en el poder ejecutivo⁹². Ésta consiste en la prestación de bienes y servicios específicos a la comunidad. Por último, el acto administrativo está destinado a satisfacer una necesidad pública concreta, lo que dice relación con el principio de servicialidad del Estado. Quizá el acto administrativo sea la especie más estudiada de acto jurídico público, ya que es la Administración quien está en mayor contacto con los particulares, tanto por su actividad jurídica como material. Debido a lo anterior y en razón de detentar poderes exorbitantes, la responsabilidad derivada y la ineficacia de los actos jurídicos públicos tienen características especiales. Todos los actos jurídicos públicos reseñados son unilaterales. Sin embargo, el Estado también celebra actos jurídicos bilaterales, como los contratos administrativos o los contratos-leyes. El derecho público regula estas instituciones al estar presente el Estado y sus potestades.

Frente a los anteriores están los actos jurídicos privados (con subdivisiones, como los actos de comercio). El acto jurídico que proviene de un particular es un acto privado, quien no ejerce potestades públicas. Entre los actos jurídicos privados y públicos existen notables diferencias, reseñaremos las más importantes, centrándonos en el acto jurídico público, que ha sido menos estudiado por la doctrina:

a) *Formalidades*: los actos jurídicos privados son, por regla general, consensuales (pese a que el art. 1443 CC no lo señala expresamente). Esto debido a que el principio del consensualismo es una consecuencia directa de la autonomía de la voluntad. Los actos jurídicos públicos son, por regla general, formales. Las decisiones que adopta la Administración frecuentemente deben consignarse o traducirse en un documento

⁹¹ SOTO KLOSS 1996, pp. 85-97.

⁹² El Congreso y los Tribunales también ejercen potestades administrativas, pero tienen mayormente efectos intra-organicos; por ejemplo, los actos relativos a su personal. A la inversa, a veces el poder ejecutivo no ejerce potestades administrativas; por ejemplo, cuando emite un decreto promulgatorio o un D.F.L. Ver ARÓSTICA 1996, p. 11.

formal⁹³ donde quede constancia de lo decidido, ésta es la única manera de controlar su juridicidad⁹⁴. Lo mismo la ley y las resoluciones judiciales. El documento donde se contiene el acto jurídico público siempre será un instrumento público, ya que en él interviene “el competente funcionario” y es autorizado con “las solemnidades legales” (art. 1699 CC). Los actos de familia tienden a ser solemnes y, en el caso del contrato de trabajo, la escrituración es una formalidad por vía de prueba.

b) *Causa-motivo*: la doctrina tradicional sostiene que en el acto jurídico privado existen tres tipos de causa: final, ocasional y eficiente. En el acto jurídico público, específicamente en el administrativo, se habla de “motivo”, esto es, una necesidad calificada como pública por el legislador y que ha sido puesta por éste a cargo de un específico órgano de la Administración para que él concurra a su satisfacción; la motivación del acto administrativo (hechos y fundamentos de derecho, arts. 11 inc. 2º y 41 inc. 4º y final de la Ley N° 19.880) se expresa en los “considerandos” del acto⁹⁵. La sentencia judicial tiene “consideraciones de hecho y de derecho” que sirven de fundamento a la sentencia. Respecto de la legislación podemos hablar de “fuentes materiales” de tal o cual norma, de naturaleza más política.

c) *Imperatividad*: cumpliendo con el principio de juridicidad, los actos públicos gozan de imperatividad, obligatoriedad y exigibilidad⁹⁶. La ley crea derechos y deberes con generalidad y abstracción (art. 63 N° 20 de la Constitución). La sentencia judicial es una norma mucho más concreta, según algunos, el verdadero derecho coercible. El acto administrativo también puede crear derechos u obligaciones en forma unilateral, sin necesidad de contar con la voluntad del obligado (a diferencia del acto jurídico privado, art. 1450 CC). En el ámbito privado es posible crear derechos en forma unilateral, aunque siempre es necesaria la aceptación del titular (art. 1449 CC), pero es imposible crear una obligación sin el consentimiento del deudor (art. 1450 CC).

d) *Autotutela*: la regla general en nuestro sistema es la heterotutela judicial. Para hacer cumplir una norma contenida en un acto jurídico privado es necesario recurrir a tribunales y el procedimiento será más o menos complejo dependiendo de la naturaleza del documento en el que se contenga. Excepcionalmente se contemplan casos de autotutela privada como la excepción de contrato no cumplido o la legítima defensa. Respecto a los actos jurídicos públicos, la ley es por cierto obligatoria, pero al ser abstracta y general necesariamente requiere la actuación de los tribunales o la Administración para imponerse forzosamente. En todo caso, la mayoría de las normas se cumplen espontáneamente y

⁹³ El art. 3º inc. 2º de la Ley N° 19.880 define acto administrativo como una decisión “formal”, los incs. 3º y 4º señalan que tanto los decretos supremos y las resoluciones son “órdenes escritas”.

⁹⁴ Ver SOTO KLOSS 1989, pp. 24 y ss. No obstante, hay muchos actos administrativos verbales.

⁹⁵ Ver SOTO KLOSS 1993.

⁹⁶ SOTO KLOSS 1996, pp. 57-163. El profesor Soto Kloss destaca que la el poder de imposición unilateral nace del deber de servicialidad y la obligatoriedad y exigibilidad no sólo dicen relación con los destinatarios sino con las propias autoridades públicas.

estadísticamente la transgresión es residual. El juez es el que crea el “derecho real” tiene siempre acceso a la fuerza pública, la que recibe órdenes directas de los Tribunales sin que pueda calificar sus decisiones (art. 76 incs. 3º y 4º de la Constitución). La Administración (que *es* la fuerza pública), cuenta sólo con autotutela declarativa y, excepcionalmente, con autotutela ejecutiva (marcadamente cautelar), siempre enmarcadas dentro del principio de juridicidad. Es cuestionable entonces, dada la heterotutela jurisdiccional consagrada por la Constitución y el principio de igualdad (“en Chile no hay persona ni grupo privilegiado”) la autotutela general (y no bien implementada) dada por la Ley N° 19.880 a la Administración (arts. 50 y 51).

e) *Control*: los actos jurídicos públicos están sometidos a control, ya sea de constitucionalidad, legalidad, de mérito, entre otros. Este control es normalmente de oficio, preventivo y lo efectúan diversos entes tales como el Tribunal Constitucional, los Tribunales Ordinarios, Contraloría, Unidades de Control Interno, etc. Particularmente importante es el control de la actividad administrativa, quien está en contacto directo con los particulares y en posición “privilegiada” para dañar sus intereses. No es así en los actos jurídicos privados, donde el control es normalmente eventual, *a posteriori* y por los Tribunales⁹⁷. Sin perjuicio de los entes de control como las Superintendencias, la Dirección del Trabajo, la protección de los consumidores y el derecho antimonopolio.

f) *Procedimiento*: la toma de decisiones públicas claramente contrasta con las privadas: el acto legislativo, el acto jurisdiccional y el acto administrativo están sometidos a un procedimiento obligatorio de elaboración (art. 7º inc. 1º de la Constitución). En derecho privado no hay un “procedimiento” para generar actos jurídicos privados, más bien se distinguen etapas, que pueden o no presentarse todas (formación del consentimiento, regulada en el Código de Comercio). El procedimiento para “producir” una ley o una sentencia judicial se encuentra regulado exhaustivamente en la Constitución y la legislación procesal. No existe un procedimiento único para elaborar actos administrativos, aunque pueden reconocerse ciertas etapas mínimas⁹⁸; un procedimiento general y supletorio ha sido establecido recientemente por la Ley N° 19.880⁹⁹. En el procedimiento administrativo, la regla general es el principio inquisitivo u “oficialidad”; éste se inicia a iniciativa de ente administrativo y por excepción comienza a petición de parte. Tanto en el procedimiento judicial como administrativo, las “formas” y trámites no son un fin en sí mismo, sino tan sólo un instrumento del garantismo y eficiencia; así, si la omisión de alguna forma en el procedimiento no lesiona intereses particulares o no afecta el resultado, no provocará la nulidad de derecho público (principio de trascendencia; principio de conservación de los actos de procedimiento)¹⁰⁰. Todos los procedimientos

⁹⁷ Ver SOTO KLOSS 1977.

⁹⁸ Ver SOTO KLOSS 1983. Ver también ARÓSTICA 1996, pp. 14-25.

⁹⁹ La Ley N° 19.880 Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, siguiendo el tenor del art. 63 N° 18 de la Constitución.

¹⁰⁰ COLOMBO CAMPBELL 1997, p. 472.

de derecho público deben cumplir con las exigencias establecidas por la Constitución (“rationales y justos”, “debido” en otras palabras¹⁰¹) y las normas dictadas conforme a ella (arts. 7º inc. 1º; 19 N° 3 inc. 5º; 63 N° 18 de la Constitución).

g) *Declaración de nulidad e invalidación*: la nulidad de los actos jurídicos privados debe ser declarada judicialmente; los particulares no pueden anular sus propios actos y la actividad jurisdiccional es insustituible (arts. 1687 y 1689 CC). En cambio, la Administración debe y puede dejar sin efecto los actos que dicte en contravención a derecho (art. 53 Ley N° 19.880), en la medida en que no afecte los intereses de particulares (en cuyo caso sólo pueden hacerlo los tribunales; la invalidación es una potestad administrativa que tiene límites precisos). En materia judicial, existe la declaración de oficio de la nulidad procesal (arts. 83 inc. 1º y 775 inc. 1º del CPC; arts. 160 y 163 Código Procesal Penal). En el caso de la ley, los parlamentarios pueden requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre un determinado proyecto (aunque en algunos casos el control es necesario y existe como un trámite legislativo adicional, como en las LOC) y pueden conocer de la inaplicabilidad-incostitucionalidad de la ley que se suscite en cualquier gestión judicial (art. 93 N°s. 6 y 7 de la Constitución). La competencia ampliada del tribunal constitucional incluye la declaración de inconstitucionalidad una amplia serie de actos administrativos (incluidos los autoacordados). Las declaraciones ahora tienen un *locus standi* más amplio efectos generales (pero no retroactivos para no vulnerar derechos individuales).

5. PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO

Tanto en derecho privado y público encontramos entes dotados de personalidad jurídica. En general, las personas jurídicas privadas persiguen los intereses de sus integrantes (entre ellos el lucro), las personas jurídicas públicas “nos pertenecen a todos” y persiguen intereses colectivos. En derecho privado existen, frente a las personas naturales; diversos tipos de entidades colectivas, algunas de ellas personas jurídicas. Dentro de estas últimas sociedades en sus diversas especies, corporaciones; fundaciones; sindicatos; cooperativas, etc. Frente a estas personas jurídicas también coexisten “grupos intermedios” que carecen de personalidad jurídica. En derecho público sólo encontramos personas jurídicas y la más importante es el Estado-fisco, que engloba a todos los entes estatales sin personalidad jurídica (el Poder Judicial, el Congreso y toda la Administración Centralizada)¹⁰². Frente a él, se encuentran todos los entes administrativos descentralizados como las municipalidades, los gobiernos regionales o las empresas del Estado¹⁰³. Entre personas jurídicas de derecho público y derecho privado hay múltiples y notables diferencias:

¹⁰¹ En materia de procedimiento administrativo, ver art. 4º de la Ley N° 19.880. Respecto al proceso civil y penal, varias disposiciones en ambos códigos. Ver TAVOLARI OLIVEROS 1994, pp. 44-72 y 2000, pp. 533-552.

¹⁰² Dejamos de lado el tema de las universidades y las iglesias.

¹⁰³ Ver SOTO KLOSS 1986, pp. 16 y ss.

a) *Ámbito de acción*: la actuación de las personas de derecho público se encuentra limitada por el principio de legalidad habilitante, de esta forma, sólo pueden hacer aquello que la Constitución o la ley expresamente les autoriza, y actualizada su competencia, se somete al derecho considerado en su conjunto. Las personas jurídicas de derecho privado tienen un ámbito de acción mucho más amplio, puesto que se les aplica el principio de autonomía de la voluntad. Será el estatuto social el que delimitará su esfera de actuación respetando los límites precisos y expuestos que determine la ley. No obstante, por la complejidad de la vida económica y los riesgos que ésta implica la ley, ha establecido sociedades de “giro único” como las AFP, las Isapres o los Bancos donde los límites, restricciones y regulaciones a su actividad son numerosas. Asimismo, el Estado tiene sociedades en las que “participa”. La amplitud de su ámbito de acción ha sido un tema discutido.

b) *Origen*: las personas jurídicas de derecho público tienen su origen exclusivo en la Constitución o ley que las estructura. Las personas jurídicas de derecho privado se crean por medio de contratos o incluso por testamento¹⁰⁴ y tienen una estructura más o menos “libre”. Actualmente, bastan aquellas fuentes y no se necesita de reconocimiento por parte de la Administración (consecuencia del cambio de mentalidad de mayor libertad individual y menor control estatal), salvo los casos puntuales de las corporaciones y fundaciones (arts. 546 y 559 CC); los bancos (art. 27 inc. 2º del D.F.L. N° 252/60, texto refundido y sistematizado de la Ley General de Bancos); bolsas de valores (art. 41 de la Ley N° 18.045); las compañías de seguro (art. 3º letra a) del D.F.L. N° 251/31; art. 126 inc. 1º de la Ley N° 18.046); las Isapres (art. 24 de la Ley N° 18.933), entre otras.

c) *Control*: los entes públicos están sujetos a una fiscalización permanente, no sólo por vínculos de jerarquía o supervigilancia sino también por parte de la Contraloría y los Tribunales. De esta manera se garantiza el cumplimiento del principio de juridicidad y se previenen o reprimen los excesos. Por regla general, las personas jurídicas de derecho privado no se encuentran sujetas a un control permanente y la posible fiscalización es sólo sobre puntos específicos como el aspecto tributario, laboral, libre competencia, la protección al consumidor, etc.; esto sin perjuicio del control que puedan ejercer los Tribunales a iniciativa de particulares. No obstante, determinadas personas jurídicas privadas, por manejar intereses de terceros, se encuentran sometidas a fiscalización permanente por la Administración como los bancos e instituciones financieras, las AFP, compañías de seguro o las Isapres. Este control está a su vez controlado por los tribunales. En general tanto en las personas jurídicas de derecho público (así como las instituciones privadas que prestan servicios masivos) hay un mayor control y escrutinio público, obvio si se considera que se financian con dinero de los contribuyentes.

¹⁰⁴ Las fundaciones no nacen con el solo testamento, ésta es la causa remota. Para que exista como persona jurídica necesita un decreto supremo (art. 546 CC; Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica).

d) *Elemento financiero*: las personas jurídicas de derecho privado se financian con fondos provenientes de particulares ya sean aportes, utilidades, cuotas, donaciones, entre otras (sin perjuicio de la actividad estatal de fomento). Las personas jurídicas de derecho público se financian con el Erario Nacional y los fondos son asignados por medio de la Ley de Presupuesto. Sin embargo, algunos entes tienen ingresos propios provenientes de tasas, servicios, etc.

El Estado ha ejercido actividad empresarial a través de las empresas estatales y las sociedades del Estado, lo que ha generado ciertas complicaciones. Por aplicación del principio de subsidiariedad, siempre la acción estatal en el campo empresarial es excepcional: sólo para actividades vedadas a los particulares o falta de interés o capacidad de los privados¹⁰⁵. Las empresas y sociedades del Estado tienen personalidad y patrimonio propio; necesitan de una ley de quórum calificado previa, expresa y específica. Su régimen jurídico ha sido objeto de discusión, al regularse por normas en apariencia contradictorias, y por el “cambio de filosofía” económica del constituyente¹⁰⁶. Las empresas estatales son personas jurídicas de derecho público; no lo son las sociedades del Estado. Estas características hacen que, en mayor o menor medida, se aplique el derecho público. No obstante, el art. 19 N° 21 de la Constitución señala que a éstas se les aplica el “derecho común” (o sea, el privado). A primera vista, como dijimos, parece una contradicción; sin embargo, cada área del derecho se aplica en ámbitos distintos. Las empresas estatales son personas jurídicas de derecho público creadas por ley (art. 19 N° 21) que integran la Administración del Estado (arts. 1° inc. 2° y 21 inc. 2° de la LOC N° 18.575) cuyo fin es “desarrollar” una actividad empresarial con el objetivo de satisfacer una necesidad pública. Por ser parte de la Administración, se les aplica el derecho público tanto en su “ser” como en su “obrar”. El hecho de que el art. 19 N° 21 inc. 2° de la Constitución las someta a “la legislación común” implica que no se pueden establecer privilegios que signifiquen discriminar a los privados, haciéndoles competencia desleal. Además, las relaciones entre dichas empresas y terceros se someten también al derecho privado. Pero su organización, funcionamiento, la relación laboral, el régimen de bienes y el aspecto financiero se someten al derecho público¹⁰⁷. Las sociedades del Estado, en cambio, son personas jurídicas de derecho privado en que el Estado o sus organismos “participan” (un término bastante amplio). Algunas de éstas son herencia de un Estado hipertrofiado (anterior a la Constitución

¹⁰⁵ Ver ARÓSTICA 2001, p. 109.

¹⁰⁶ En efecto, durante la vigencia de la Constitución de 1925 el Estado creció de manera extraordinaria, sobre todo en la gestión empresarial. La filosofía de fondo era la sustitución de importaciones y el desarrollo “hacia dentro”, unida a una atmósfera política cada vez más socializante. Con el Gobierno Militar y la Constitución de 1980 el ordenamiento económico cambia radicalmente bajo el alero del principio de subsidiariedad y la economía de libre mercado. El Régimen Militar puso en práctica estas ideas privatizando empresas estatales y regulando la actividad empresarial del Estado. Sobre la progresiva estatización de la economía, ver ARÓSTICA 2001, pp. 13-30. Sobre el proceso privatizador, lo mismo, pp. 31-49.

¹⁰⁷ Ver ARÓSTICA 2001, pp. 109-112.

de 1980) o son antiguas sociedades estatales o servicios públicos privatizados, donde el Estado o sus organismos “participan” de alguna forma. Las sociedades del Estado no son creadas por ley y carecen de potestades públicas; su fuente directa es el contrato de sociedad, pero para que el Estado cree o participe en una sociedad debe estar expresamente autorizado por una ley de quórum calificado. Después de esa autorización el Estado, la ley delega la Presidente la determinación de sus derechos, obligaciones y patrimonio y, finalmente, debe dictarse un acto administrativo aprobatorio (sujeto a toma de razón) que concrete su participación. Las sociedades del Estado no forman parte de la Administración del Estado (aunque es una forma de manifestación de éste, son órganos del Estado) ni poseen potestades públicas (art. 6º de la LOC N° 18.575), por eso se les llama frecuentemente “Administración invisible”. El derecho privado se aplica a su organización, funcionamiento, régimen laboral y bienes, en caso que la ley no disponga otra cosa. En su relación con particulares también se aplica el derecho común. El derecho público se aplica respecto de la actuación de sus partícipes de derecho público. Sin embargo, se encuentran afectas a fiscalización de la Contraloría en cuanto a la regularidad de sus operaciones, responsabilidad de sus trabajadores e información para el balance nacional¹⁰⁸. El problema es si su giro puede ampliarse con la simple modificación de su estatuto social; una interpretación coherente y finalista del ordenamiento hace concluir que necesariamente se requiere una ley de quórum calificado¹⁰⁹⁻¹¹⁰.

6. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY¹¹¹

Debido al carácter exorbitante de las potestades del Estado, en derecho público no procede la analogía ni la interpretación extensiva. Esto no es más que una forma de proteger a los particulares frente al poder. Un claro ejemplo es la tipicidad penal¹¹²: la conducta delictiva debe estar descrita completa¹¹³ y anticipadamente por el legislador

¹⁰⁸ Ver ARÓSTICA 2001, p. 120.

¹⁰⁹ Ver SOTO KLOSS 2000, pp. 33 y ss.

¹¹⁰ En materias de sociedades de derecho privado, el giro está establecido en la escritura social. Si el administrador actúa fuera de éste, los actos son inoponibles a la sociedad.

¹¹¹ Para una teoría general, ver BETTI 2006.

¹¹² Contra *Sperberg Dermal, Max y otro* (1993). Se trata de un fraude aduanero, la corte habla de “principio constitucional de tipicidad”.

¹¹³ Éste es un tema en el que la teoría general del derecho público y el derecho penal confluyen. El legislador penal debe ser exhaustivo, por exigencias constitucionales, en la descripción del tipo penal. Las leyes penales en blanco implican por una parte un exceso del legislador al permitir completar la tipificación con normas de menor jerarquía y también la actuación fuera de competencia del ejecutivo, que utilizará su potestad reglamentaria invadiendo el ámbito de la ley y vulnerando la Constitución. Ver *Empresa Pesquera Sur Exportaciones Ltda.* (1988), sobre la “veda del loco”. Un interesante fallo en materia (además de aspectos de irretroactividad y atipicidad) de tráfico de estupefacientes es *Mamani Cussi* (1999). El Tribunal Constitucional en Rol N° 163/1993 señala los mismos conceptos a propósito de delitos contemplados en la LOC sobre Gobierno y Administración Regional.

y debe interpretarse en términos restrictivos. Si la conducta no encuadra en un tipo penal, simplemente no hay delito por atipicidad y no corresponde aplicar pena, aunque el acto sea moralmente reprobable. Lo mismo en materia tributaria: los gravámenes y demás cargas públicas deben ser creados por ley y también la interpretación debe ser restrictiva¹¹⁴. Algo similar sucede en materia de atribuciones de entes estatales¹¹⁵, sobre todo en caso de sanciones administrativas¹¹⁶, que no es sino la aplicación del principio de juridicidad.

En cambio, y concordante con lo anterior, tratándose de derechos fundamentales, debe interpretarse en forma extensiva. Los tribunales chilenos han desarrollado, por ejemplo, el derecho a la propia imagen¹¹⁷; en materia de derecho de propiedad, han declarado que si el bien expropiado no se ha destinado a cumplir la función social que motivó dicho procedimiento, procede la retrocesión¹¹⁸. En el caso de la Corte Europea de DD.HH., en materia educativa, ha desarrollado deber del Estado a no-adoctrinar en materia religiosa¹¹⁹ y el derecho a no revelar las creencias al elegir cursos optativos de religión¹²⁰. La Corte Suprema Americana ha sido particularmente creativa al interpretar la Constitución. El juez, como supremo interprete, paradójicamente ha “creado” más

¹¹⁴ La importación de vehículos motorizados está gravada con múltiples tributos: aparte de los derechos *ad valorem* (Arancel Aduanero y Ley N° 18.525), IVA e impuestos especiales a los vehículos motorizados en los arts. 41, 43 bis y 46. La base imponible de todos estos tributos es la misma del IVA: el valor aduanero más los derechos *ad valorem*. Sin embargo, el SII, mediante Circular N° 19/1993, excediendo sus facultades interpretativas, aumentó la base imponible y, consecuentemente incrementó el monto del impuesto. La Corte de Santiago en dos casos ha estimado que el SII carecía de competencia y la circular adolecía de nulidad de derecho público. *Importadora Mapal Ltda. con SII* (1999); *Camare Autos S.A. con SII* (1999). Misma situación en *Automotriz Rosselot S.A. con SII* (1993). Protección (aunque sólo solicita que el nuevo criterio no se aplique retroactivamente).

¹¹⁵ Se ha fallado que si el Superintendente de Bancos interviene una institución bancaria, debe asumir “personalmente” las funciones del directorio y del gerente, en consecuencia no puede delegar la totalidad de dichas funciones en otro funcionario. No se aplican las normas del mandato, ya que se trata de materias de derecho público, donde no cabe la analogía ni la interpretación extensiva. *Banco Continental con Babamondes y otros* (1984). Éste es un caso en que el derecho común no se aplica supletoriamente, de otra manera el sentido de la institución se distorsionaría.

¹¹⁶ *Megavisión S.A. con Consejo Nacional de TV* (1993). Apelación de multa impuesta por el ente en cuestión. La Corte de Santiago señala que hay una regla constitucional clara contra las interpretaciones extensivas de las potestades públicas que afectan los derechos fundamentales. La Corte usa el mismo razonamiento, interpretación extensiva en desmedro de derechos funcionarios, en *Durruty con Universidad de Santiago* (1993). Nulidad de derecho público.

¹¹⁷ Ver *Orellana Barrera, Hilda con Caja de Compensación Javiera Carrera* (1997), sobre utilización fotos de ex trabajadores fines de publicidad; el tribunal estima que el derecho a la imagen queda comprendido en el derecho de propiedad reconocido por la Constitución en su artículo 19 N° 24. También *Bohme Bascañán con Clínica Alemana* (1992), sobre una filmación de un examen médico para un video institucional.

¹¹⁸ Ver *Barabona Urzúa con Cora* (1981); *Tocornal con SAG* (1984). La retrocesión no se encuentra expresamente reconocida en el ordenamiento chileno; pero el tribunal la aplica por razones de equidad natural, “que no es otra cosa que una virtud anexa a la justicia”. La Corte señala que cuando no existe la posibilidad de aplicar una ley escrita o consuetudinaria, por indicarlo la razón natural y los principios de la moral, la equidad es el fundamento de la justicia.

¹¹⁹ *Folgero con Noruega* (2008), *Zengin con Turquía* (2007), y hasta cierto punto, la criticada *Lautsi contra Italia* (2009).

¹²⁰ *Grzelack con Polonia* (2010).

derecho en materia pública restringiendo al Estado con principios “abiertos” como la proporcionalidad o razonabilidad y expandiendo los derechos fundamentales.

En derecho privado procede la analogía y la interpretación extensiva. Hay un aspecto de la interpretación en que el derecho privado se une al público. Para salvaguardar el principio de supremacía constitucional entre varias interpretaciones posibles debe preferirse aquella que concuerda con la norma de rango superior¹²¹. De este modo, siempre prima el derecho público. En materia laboral existe el principio *in dubio pro operario*, y las normas tienden a interpretarse de modo protegerse al contratante más débil.

7. JUICIOS ENTRE PARTICULARES Y AQUELLOS EN QUE TIENE INTERÉS EL FISCO; LOS PROCESOS DE INTERÉS GENERAL

Los juicios en que tiene interés el fisco se tramitan de acuerdo a un procedimiento especial denominado “juicio de hacienda” (arts. 748-752 CPC). No se pueden embargar ni rematar bienes fiscales; por lo tanto, la sentencia condenatoria se cumple a través de un decreto que autoriza el pago por Tesorería, los que se imputan a un ítem de la Ley de Presupuesto; la ejecución entonces es administrativa y no jurisdiccional. No obstante, el Estado no es sólo el fisco; junto a él existen entes descentralizados¹²². Si retarda el pago en forma irrazonable, hay omisión arbitraria subsanable a través de la protección. En cambio, cuando se condena patrimonialmente a los particulares, la sentencia se cumple por procedimientos ejecutivos generales o particulares donde se embargan bienes y se rematan para pagar al deudor. Por el derecho de prenda general, el deudor garantiza con todo su patrimonio el cumplimiento de sus obligaciones (art. 2465 CC) y la embargabilidad es la regla general.

En los procesos penales hay un interés público involucrado y un ente público será parte. En este tipo de procedimientos hay una típica relación de derecho público: el interés social de la represión y prevención general del delito, defendido por el Ministerio Público contra uno o varios individuos, los presuntos delincuentes. El Ministerio Público cuenta con gran cantidad de recursos materiales y humanos en orden a investigar y probar su caso; los presuntos delincuentes en cambio son simples individuos y no cuentan con grandes medios para investigar. Ese desequilibrio inicial se compensa con el hecho que el peso de la prueba corresponde al Ministerio Público (que primeramente debe vencer la presunción de inocencia) y con un estándar sumamente alto: debe probar todos los hechos y elementos del delito más allá de toda duda razonable

¹²¹ DOMÍNGUEZ ÁGUILA 1996.

¹²² Parte de los bienes de las municipalidades sí son embargables, y nuestros Tribunales han sostenido que no procede aplicar las reglas del juicio de hacienda al reclamar perjuicios a una municipalidad, porque el “fisco” no tiene interés, ya que la municipalidad es un ente descentralizado. Es insuficiente la circunstancia que la municipalidad demandada sea una corporación de derecho público para dar al proceso un carácter de juicio de hacienda. *Gaceta Jurídica* (1985). Lo mismo respecto de los Servicios de Salud, éstos tienen personalidad propia distinta del fisco; *Castro Oddershede con Servicio de Salud Coquimbo* (1990), (en especial considerandos 2 y 5).

(art. 340 Código Procesal Penal). La parte más débil no debe probar su caso y puede concentrarse en sólo sembrar la duda (y usar el *in dubio pro reo*) guardar silencio (art. 93 g) Código Procesal Penal; incluso la confesión tiene un valor muy limitado, arts. 91, 194, 326 y 340 inc. final del mismo cuerpo legal) y litigar bajo las básicas reglas del *fair play*. Esto considerando todas las restricciones del derecho penal sustantivo: legalidad estricta, principio de tipicidad, imposibilidad de interpretaciones extensivas, irretroactividad, etc. La actividad del Ministerio Público está severamente controlada por los jueces de garantía en la protección, restricción e intervención de los derechos fundamentales. El derecho penal representa la lucha entre el Estado y el individuo primando siempre la libertad y constriñendo la intervención estatal; el mayor poder del Estado se equilibra imponiéndole más deberes. El derecho procesal penal toma esas exigencias y añade las adicionales del procedimiento. Ambos están íntimamente relacionados: sólo en sede procesal se puede hablar de delito como concepto concreto y sólo después de una sentencia condenatoria con autoridad de cosa juzgada podemos calificar a alguien de criminal. El Ministerio Público, además, puede ejercer discrecionalidad en aplicación del principio de oportunidad; su ejercicio deberá ajustarse a la juridicidad de manera que no sea injusta o arbitraria.

8. RÉGIMEN LABORAL: ESTATUTO ADMINISTRATIVO Y CÓDIGO DEL TRABAJO

El régimen laboral del sector público es distinto al del sector privado (indiscutiblemente en ambos hay relación laboral). Los funcionarios de la Administración del Estado (poder ejecutivo) se rigen mayormente por el Estatuto Administrativo (en realidad no es uno sino varios; existen estatutos especiales para los funcionarios municipales, FF.AA., Carabineros, Gendarmería, entre otros, distintos a la Ley N° 18.834, que es el estatuto más general); el personal del Poder Judicial se regula por el Código Orgánico de Tribunales y los funcionarios del Poder Legislativo se rigen por las normas constitucionales generales, la LOC N° 18.918 (en especial art. 2°) y los reglamentos de cada Cámara (en lo no regulado, se aplica la Ley N° 18.834). Estos dos textos son también, en sentido amplio o *institucional*, Estatuto Administrativo. En cambio, los trabajadores del sector privado se rigen por el Código del Trabajo. No se trata sólo de cuerpos normativos distintos, sino que se aplican principios y regulaciones diferentes. El ejercicio de la función pública, cuyo fin último es servir a la comunidad, tendrá características especiales tendientes a lograr dicho objetivo. Así, ambos regímenes laborales tienen múltiples diferencias; por ejemplo, en materia de estabilidad en el empleo, en derecho privado existe un sistema de libre despido con indemnización; en derecho público hay estabilidad en el empleo y el funcionario no puede ser removido de su cargo sino por causa legal. El jerarca no es “dueño” del servicio y, por lo tanto, no tiene la libertad de “despedir” y “contratar” arbitrariamente. Como el Estado existe para lograr el bien común, el servicio debe ser el mejor posible y esto se garantiza mediante la carrera funcionaria. La vida privada de los trabajadores del sector privado es irrelevante en la medida que no afecte a la empresa donde se desempeña; en el sector público, en cambio, los funcionarios tienen el deber

de comportarse según la dignidad que el cargo les demanda¹²³; por lo tanto, su vida privada tiene relevancia. Las funciones que desempeña el Estado son esenciales para mantener la vida social y los ciudadanos deben confiar en las autoridades. Si se pierde esta confianza, el Estado deja de cumplir adecuadamente su fin. Lógicamente, si un juez o un policía incurrir en actos constitutivos de violencia familiar, la confianza de los potenciales agredidos se reciente; de allí a derivar en formas de autotutela sólo hay un paso. En cuanto a sindicación, los funcionarios del sector público tienen normas especiales (Ley N° 19.296, sobre Asociaciones de Funcionarios de la Administración del Estado, se excluyen la FF.AA. y las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa). Con relación a la huelga, la Constitución la prohíbe para los funcionarios del Estado (art. 19 N° 16 inc. 6° de la Constitución). Como deben satisfacer necesidades públicas en forma continua y permanente, la huelga atentaría contra dichos propósitos. Las empresas y sociedades del Estado se rigen por el derecho común (art. 19 N° 21 inc. 2° de la Constitución); por lo tanto, se aplica el Código del Trabajo. Las empresas del Estado son parte de la Administración y el Código del Trabajo rige con carácter de estatuto para sus “funcionarios”. Sin embargo, su pertenencia al Estado hace que el derecho privado no les sea totalmente aplicable¹²⁴. Se ha planteado el problema de las indemnizaciones y el de los bonos de producción entre los altos ejecutivos de esas empresas y sociedades, aunque no se trata tanto del estatuto aplicable sino de probidad administrativa.

9. RÉGIMEN DE BIENES Y SU ADQUISICIÓN: LA EXPROPIACIÓN

En general la propiedad pública beneficia a la comunidad y la privada a su dueño. Relacionamos también en la propiedad privada con la inviolabilidad y el derecho a la intimidad, en particular el hogar¹²⁵. Nuestro Código Civil reconoce la existencia de bienes públicos y bienes privados; por cierto la regulación es distinta, atendido a su fin. Los bienes nacionales se subclasifican en bienes nacionales de uso público y bienes “fiscales”. Como el Código Civil no contempló el proceso de descentralización, su clasificación es incompleta; deberíamos agregar los bienes que pertenecen a entes con personalidad jurídica propia como los municipales. Los bienes públicos se caracterizan por ser en su mayoría inembargables y porque su disposición se encuentra limitada y muy regulada, atendido el fin que persiguen. Además, los bienes públicos pueden ser objeto de actos

¹²³ Según la Contraloría, para incurrir en responsabilidad funcionaria, debe tratarse de actos que trasciendan a la vida social, de manera que comprometan el prestigio del servicio. Se ha estimado que vulnera este deber una funcionaria que agrede a una compañera al salir del trabajo, Dictamen N° 28.173/93.

¹²⁴ Para los efectos de la probidad administrativa y delitos funcionarios, los trabajadores de empresas y sociedades del Estado se consideran funcionarios públicos.

¹²⁵ La idea se refleja en la legítima defensa privilegiada que reconoce el art. 10 N° 6 nuestro Código Penal, en parte aplicación de la *Castle doctrine*: “la propiedad del hombre libre es su castillo”. También se manifiesta en las restricciones a la Administración, en especial la policía, de allanar, registrar la propiedad privada o interceptar comunicaciones del arts. 19 N° 5 de la Constitución y 205-226 del Código Procesal Penal.

administrativos como los permisos y concesiones. Su regulación general se encuentra en los arts. 589-605 CC y el D.L. N° 1.939 de 1977. Los bienes privados se encuentran en manos particulares, su disposición queda entregada a sus dueños y la embargabilidad es la regla general, ya que no satisfacen necesidades públicas. La propiedad privada no es un derecho absoluto y se le reconoce una función social, las facultades del dominio se encuentran limitadas por la legislación urbanística y ambiental.

Los particulares sólo pueden adquirir bienes por la vía voluntaria, necesitan contar con la voluntad del propietario. Como los privados adquieren cosas para satisfacer necesidades individuales, si algún particular desea un bien, para lograr su adquisición debe hacer la oferta correcta al dueño. Contra la voluntad de éste es imposible adquirir un bien de su propiedad. Se trata de un asunto netamente de negociación donde el acuerdo de voluntades es esencial. Si es un ente público el que necesita adquirir un bien para satisfacer una necesidad pública, dispone de la vía del derecho privado; pero siempre dentro de un procedimiento administrativo (Ley N° 19.886) y con las limitaciones formales y sustanciales que impone el principio de juridicidad. No obstante la vía es de derecho privado, en el sentido que habrá negociación y se necesitará de acuerdo, el asunto es siempre materia de derecho público.

El poder público tiene una vía adicional: la potestad expropiatoria. El interés público prima sobre el particular y la expropiación es una de sus manifestaciones como asimismo de la asimetría de la relación jurídica Estado-ciudadano. Por lo tanto, se puede despojar legítimamente al dueño de su propiedad aun contra su voluntad. Sin embargo, por la igualdad ante las cargas públicas y el principio de enriquecimiento sin causa debe compensarse al titular del derecho expropiado con la correspondiente indemnización. De otra manera sería un acto injusto y, por ende, arbitrario y viciado. La expropiación se aleja totalmente de la “venta-tradición forzada” del juicio ejecutivo, su nulidad es enteramente regulada por los principios de derecho público. La expropiación es un acto administrativo, esencialmente unilateral, que tiene por fin privar de la propiedad a un particular para fines de bien común. Si bien el acto es unilateral, la transferencia del bien no se entiende perfeccionada sin el pago de la indemnización acordada o fijada por el juez, definitiva o provisional (art. 20 inc. 1° D.L. N° 2.186/78) que debe ser equivalente a la merma patrimonial ocasionada¹²⁶. Se ha planteado el problema de si es posible imputar a la indemnización el mayor valor experimentado por un inmueble en el caso de una expropiación parcial. Los tribunales a veces han sostenido que no corresponde, ya que la indemnización debe compensar el daño patrimonial efectivamente causado que sea una *consecuencia directa e inmediata de la misma*; la plusvalía es un hecho posterior y la tasación debe efectuarse al inicio del procedimiento, no al final¹²⁷. Además, no es

¹²⁶ *Municipalidad de Villarrica* (1985).

¹²⁷ *Riesco con Municipalidad de Valparaíso* (1918). En contra, *Rabi Mohar* (1946), (cons. 10). También *Villanova Machado con Fisco* (1951), cons. 7 y 9; para el tribunal sí debe imputarse la plusvalía porque la expropiación “no puede ser un negocio para el expropiado”; hay dos votos de minoría que señalan que el mayor valor es futuro, eventual

problema del particular el verse más beneficiado que otros por la obra destinada al bien común. Finalmente, el mayor valor de la propiedad se verá reflejado en el avalúo y el consecuencial aumento del impuesto territorial. Esto es consecuente a lo que decíamos anteriormente sobre la interpretación *pro* derechos individuales y restrictiva con respecto a las potestades estatales.

La potestad expropiatoria, dentro de la juridicidad, es un acto perfectamente lícito y la indemnización correspondiente es reflejo del equilibrio posterior al desbalance inicial ocasionado por el despojo unilateral de la propiedad. La indemnización no es un “castigo” por un mal actuar administrativo sino sólo una compensación por el sacrificio especial del dueño en aras del bien común, la justicia distributiva aristoteliana. La expropiación afecta la propiedad en todas sus formas de manera directa; es la forma más evidente de intervención estatal en el derecho de propiedad; por esto regulada con bastante especificidad por la Constitución. Pero el Estado moderno tiene formas más sutiles de intervención que, si bien no afecta de manera tan evidente la propiedad, puede comprometer severamente sus facultades esenciales. Estos casos no se encuentran regulados como la expropiación y entran, como veremos, en el campo de la responsabilidad del Estado.

Otra manera de afectar la propiedad es la potestad tributaria, aunque regulada estrictamente por la Constitución, el legislador y la Administración tiene la tendencia cruzar la frontera de varias maneras; sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico contempla varios medios de tutela efectiva para hacer valer esta garantía¹²⁸. Además, el art. 19 N° 26 establece una garantía general contra tributos que afecten la propiedad en sus esencia; no pueden ser ni desproporcionados ni injustos (N° 20 inc. 2°).

10. CONTRATACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA: ESTADO Y CONTRATOS; INTERVENCIÓN ESTATAL EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA

Siempre que el Estado está presente como “parte” en la contratación se aplica el derecho público. El Estado está presente en varios tipos contractuales, pero de diferente forma. Uno de ellos es el contrato-ley, donde el Estado garantiza la estabilidad de determinadas franquicias para estimular a particulares a desarrollar actividades de interés general (el caso típico es el D.L. N° 600 sobre Inversión Extranjera). Otra forma es la contratación administrativa cuenta con varias instituciones que hacen excepción al derecho común. No obstante, siguen siendo contratos bilaterales en el sentido propio del término: hay acuerdo y prestaciones recíprocas, un intercambio equitativo y voluntario donde la reciprocidad es esencial. El Estado debe satisfacer necesidades públicas con actividad material, pero no la ejecuta él mismo sino que

e incierto; la indemnización debe calcularse al momento de efectuarse la expropiación. Se revierte lo anterior, basado en que la plusvalía es un hecho futuro, variable y eventual, en *Schacht Gerken* (1963).

¹²⁸ Ver nuestro “Veinte Años de Jurisprudencia sobre Principio de Legalidad Tributaria durante la vigencia de la Constitución de 1980” 2003, pp. 271-294.

provee los fondos y elige a un contratante particular, el más apto (una aplicación del principio de subsidiariedad). Los más típicos son la concesión de servicio público, la construcción de obra pública, la concesión de obra pública, y el de aprovisionamiento o suministro. Como la construcción de hospitales, carreteras, entre otros, satisfacen necesidades públicas y el interés de la colectividad está involucrado, estos contratos normalmente no se rigen por las normas de derecho privado. Los “privilegios” y la falta de igualdad hacen que el fenómeno la contratación administrativa quede al margen de la idea tradicional de contrato. En estos contratos no siempre hay igualdad de las partes debido a que contienen “cláusulas exorbitantes”, que en derecho privado se considerarían abusivas. En virtud de éstas, el Estado puede cambiar unilateralmente las condiciones del contrato; suspender las obras; sancionar al particular con multas; caducarlo; “tarifar” servicios, etc., en la medida en que la ley expresamente lo autorice. Todo lo anterior excepciona los principios contractuales privados debido al interés social involucrado. Hay cuatro ideas claves en la contratación administrativa. La primera es la igualdad de los privados en el proceso de selección y estricta sujeción a las bases de contratación (en actos posteriores, la Administración no puede “desentenderse” de ellas). La segunda es la procedimentalización del *iter* contractual, proceso que debe ser justo y racional o “debido” (antes del perfeccionamiento el ente público actuará mediante actos administrativos; después de éste, las potestades exorbitantes se ejercerán también unilateralmente a través de actos administrativos, pero dentro del marco del contrato). La tercera, es la potestad de la Administración de variar los términos del contrato o ponerle fin si la necesidad pública lo exige, pero sólo si la ley expresamente lo autoriza y dicha potestad unilateral se ejerce conforme a la juridicidad, incluyendo en ésta los términos propio contrato suscrito (si el contrato limita la potestad establecida por ley, estaremos al contrato). De no hacerlo, violará el *pacta sunt servanda* del art. 1545 CC y los arts. 6º, 7º y 19 Nºs. 20 y 24 de la Constitución¹²⁹. La cuarta idea es el equilibrio final entre las contraprestaciones¹³⁰. La ruptura del equilibrio por parte de la Administración en uso legítimo de sus potestades debe ser compensada para no vulnerar el principio de enriquecimiento sin causa¹³¹. En este caso, se aplica el mismo razonamiento de la expropiación: respetada la juridicidad, la alteración contractual debe ser soportada; pero el desequilibrio debe ser compensado. El contratante no debe cargar económicamente en *pro* del interés social y la compensación por la actividad lícita de la Administración tiene por fin dar balance a una situación inicial y legítimamente desequilibrada. Esa compensación incluso alcanza a desequilibrios provocados

¹²⁹ Ver *Sociedad Ferré y Grau Ltda. con Ministro de transportes y Telecomunicaciones* (1991). Con comentario de Eduardo SOTO KLOSS.

¹³⁰ Ver SOTO KLOSS 1977-1978, pp. 92 y ss. Del mismo, *La Contratación Administrativa* 1978, pp. 55 y ss. Ver Dictámenes N°s. 32.762 y 61.390, ambos de 1968; 4.154, de 1980; 26.538, de 1985 y 21.990, de 1986. Los principios fundamentales de la contratación administrativa y abundante jurisprudencia en ARÓSTICA MALDONADO 2002, pp. 191 y ss.

¹³¹ Dictamen N° 16.135, de 1986, de Contraloría General de la República.

indirectamente como “el hecho del príncipe”¹³² o cuando surgen, con posterioridad a la celebración del contrato, circunstancias que no puedan preverse y signifiquen aumentos en los costos¹³³. Lo anterior no es sino aplicación de la “justicia distributiva” *aristoteliana*. La contratación administrativa es regida siempre por el derecho público, tenga el Estado privilegios o no. Si la ley expresamente no le concede esas ventajas, hay igualdad entre contratantes; si el Estado pretende desconocerlo y erigirse en “persona privilegiada”, la “camisa de fuerza” de la juridicidad opera como límite. Subyacentemente existe un principio de colaboración entre el Estado y el contratante: ninguno puede “sacar ventaja” del otro. Todas estas ideas básicas no sólo salvaguardan el interés individual y colectivo, tienen un evidente sentido práctico: nadie colaboraría con el Estado en la satisfacción de necesidades públicas.

En derecho del trabajo, el contrato es dirigido con derechos irrenunciables (salario mínimo, por ejemplo) y un régimen heterónomo de seguridad para proteger a los trabajadores, además con seguros obligatorios. La actividad laboral es controlada por la Administración para evitar abusos. En materia laboral existe una institución similar al poder exorbitante del estado en la contratación administrativa: el *ius variandi*. Éste es una de las manifestaciones de su poder de mando que coloca al empleador en posición de superioridad. El *ius variandi*, permite al empleador modificar unilateralmente el contrato de trabajo (una excepción a la intangibilidad de las convenciones). Sin embargo, el legislador impone restricciones al empleador¹³⁴: la modificación de la naturaleza de los servicios prestados no debe significar “menoscabo”. En otras palabras, esto implica que, no obstante poder variar los términos convencionales, las prestaciones deben permanecer equilibradas, para mantener la conmutatividad contractual¹³⁵. En palabras simples, el desequilibrio legítimo causado por el más poderoso debe equilibrarse.

¹³² Dictamen N° 41.409, de 1994 (obligaciones impuestas por la legislación laboral), de Contraloría General de la República.

¹³³ Dictámenes N°s. 10.041 y 14.748, ambos de 1990; 41.409, de 1994; 35.989, de 2001; 35.996, de 2005 y 10.624, de 2006, todos de Contraloría General de la República.

¹³⁴ Ejercido fuera de estas limitaciones el trabajador puede oponerse, se trataría de un abuso del *ius variandi* como lo señala el Dictamen N° 3.351-185/1997, Dirección del Trabajo. En este caso, el empleador pretendía incluir una cláusula para disminuir la jornada laboral, lo que se consideró abusivo.

¹³⁵ Ver Dictamen N° 6.321, de 1983, Dirección del Trabajo. De no haber balance, el ejercicio de este derecho por el empleador se considera abusivo. Ver *AFP Plan Vital S.A.* (1999) La Corte destaca: “el contrato de trabajo es un negocio jurídico bilateral, el que, como tal, no puede ser alterado unilateralmente por una de las partes, por lo que el *ius variandi* representa una situación de excepción, toda vez que confiere al empleador una facultad que puede utilizar en uso de su facultad de mando para ‘alterar los límites de la prestación de servicios’. La recepción que hace nuestro ordenamiento del *ius variandi* es restrictiva, según se infiere del solo tenor literal de los preceptos antes descritos, y los límites de tal *ius variandi*, en cuanto expresión del poder de dirección del empresario, coincidirán con la frontera entre lo que sea una modificación substancial de las condiciones de trabajo, quedando fuera del *ius variandi* todas aquellas modificaciones que sean discriminatorias o que importen –según señala el inciso 1° del art. 12 del Código Laboral– un menoscabo para el trabajador, el cual puede ser de su nivel socioeconómico en la empresa, cuyo caso más característico es la disminución del nivel de ingresos, o bien, de carácter moral. En tal forma el ejercicio de este derecho excepcional es admitido en cuanto respete los derechos del trabajador sobre sus condiciones de trabajo y habilite al empleador para efectuar las necesarias variaciones sobre la forma y modalidades

En derecho privado, las partes que intervienen en los contratos son particulares y el Estado interviene a través de tribunales independientes para resolver disputas. Entre los privados hay igualdad jurídica y los principios contractuales se estructuran a partir de esa realidad; por lo tanto rige la “justicia conmutativa”. No hay procedimiento establecido sino formación del consentimiento y un *iter* contractual no obligatorio. La negociación es más adversarial, se permite en mayor medida y con algunos límites (en especial la buena fe) “sacar ventaja” en las tratativas y se asumen más riesgos, precisamente porque el derecho privado supone dos partes igualmente poderosas. Por la última razón, y a pesar de lo que dijimos anteriormente, el resultado tiende a producir reciprocidad. Ésta es la base de instituciones como la excepción de contrato no cumplido¹³⁶ y la condición resolutoria tácita¹³⁷ que se aplican en eventos de falta de correspondencia. Sin embargo, el Estado interviene de alguna manera en el ámbito contractual privado. La primera forma de intervención es otorgar, a través de la legislación, un orden supletorio que facilita el tráfico jurídico. Estas normas conforman los “elementos de la naturaleza” del contrato¹³⁸ y las partes pueden sustituirlos por medio de “elementos accidentales” (art. 1444 CC). Otra forma también sutil es fijar el marco de “decencia mínima” dada por los requisitos del acto jurídico enmarcado en el principio de la buena fe contractual. Una forma de intervención estatal más fuerte es establecer, excepcionalmente, normas de orden público inderogables por la voluntad de las partes, como la prohibición de celebrar compraventa entre cónyuges no divorciados perpetuamente (art. 1796 CC); las incapacidades o la irrenunciabilidad de ciertos derechos, como en derecho laboral. La regla de interpretación de las cláusulas vagas contra de quien las redactó (art. 1566 CC). Si bien entre privados hay igualdad jurídica, la desigualdad económica es un factor que el derecho no puede desconocer. Así, el Estado interviene en forma más directa reconociendo la existencia de contratos de adhesión y aplicando técnicas de dirigismo contractual como ya vimos. Quizá la forma más extrema de intervención son los contratos forzosos, donde la libertad contractual en gran medida desaparece, como sucede con los seguros obligatorios. El

de la prestación de servicios que sean requeridas para la buena marcha de la empresa. Dicho carácter excepcional se explica, además, pues se trata de un leve desvío del principio general de que los contratos bilaterales no pueden ser modificados unilateralmente por una de las partes”.

¹³⁶ Ver *Inmobiliaria Empresarial S.A. con Guerra Méndez* (2002). El máximo Tribunal señala que los efectos jurídicos de los contratos bilaterales, “emanados de su propia naturaleza y de las disposiciones expresas del legislador que ha querido nivelar en un pie de equitativa reciprocidad los derechos y obligaciones de cada contratante, impiden que una de las partes exija extemporáneamente y en lo que a ella le favorece el cumplimiento de lo convenido de la otra parte que niega su mora y que atribuye a actos u omisiones del propio demandante la inejecución fiel y oportuna del contrato”. Aplicación del aforismo “la mora purga la mora”.

¹³⁷ Ver *Parra Ríffo con Rafide Morales* (2009), la Corte señala: “...los fundamentos racionales de equidad y justicia que inspiran esa disposición (el art. 1489 CC) no son otros que presumir que en los contratos bilaterales cada una de las partes consienten en obligarse a condición que la otra se obligue a su vez para con ella; o sea, la reciprocidad de las obligaciones necesariamente acarrea la de las prestaciones”.

¹³⁸ Desgraciadamente, la interpretación dada por los tribunales ordinarios al art. 1546 CC impide incorporar cláusulas de uso usual que por costumbre pertenecen a determinados contratos (*implied terms*) y la limitan a los elementos de la naturaleza establecidos por ley.

derecho privado ha sido intervenido por el público limitando la autonomía de la voluntad considerablemente. Los tribunales han sido también creativos al aplicar el abuso del derecho (cláusulas abusivas) y la teoría de la imprevisión. Respecto a la teoría de la imprevisión, los tribunales ordinarios han sido reacios a admitirla¹³⁹. Recientemente, la justicia ordinaria ha comenzado a aceptar tímidamente la excesiva onerosidad sobreviniente (a nivel de Corte de Apelaciones)¹⁴⁰. Por razones de justicia sustancial, cada vez se tolera más la intervención judicial y legislativa en las convenciones.

11. INEFICACIA DE ACTOS JURÍDICOS EN DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO: NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO

El derecho privado reconoce varias formas de ineficacia, como la inexistencia o la inoponibilidad. La ineficacia de derecho privado se caracteriza porque sólo el particular puede hacerlas valer y la intervención de los tribunales es fundamental, su actividad es insustituible. En derecho público existe una única sanción denominada “nulidad de derecho público”. Respecto a la nulidad de derecho público, hay gran controversia doctrinaria debido a las pocas y escuetas normas en que se funda. Para algunos, esta nulidad tiene caracteres especiales, muy parecidos a la inexistencia: no necesita sentencia judicial que la constituya (si la hay, es simplemente declarativa, sólo constata que el acto nunca existió). Esto porque opera *ipso iure* o de pleno derecho. Como se asimila a la inexistencia, la nulidad de derecho público sería imprescriptible e imposible de convalidar (aun cuando la Ley N° 19.880 lo permite en su art. 13 inc. final). Dado su carácter público tendría un titular amplio, cualquiera podría pedirla en la medida en que tenga interés procesal; sería de un solo tipo, inclasificable en absoluta y relativa dado que la Constitución no distingue; finalmente, la nulidad de derecho público puede ser declarada por la misma Administración (lo que toma el nombre técnico de “invalidación”), en la medida en que no afecte a particulares¹⁴¹. Para otros, si bien reconocen características especiales a la nulidad de derecho público, ésta no operaría de pleno derecho y las sentencias que se pronuncian sobre ella serían constitutivas y no meramente declarativas. En gran medida el régimen aplicable es el de la Ley de Procedimiento Administrativo. En la medida en que no se oponga a texto expreso, se aplicarían las normas del Código Civil en cuanto a la prescripción, siguiendo el tenor del art. 2497¹⁴². Este es un tema que encaja en otro más amplio y muy complejo: a supletoriedad del derecho civil en materias de derecho

¹³⁹ Por ejemplo, *Viña Concha y Toro* (1992). Este fallo se relaciona con el caso de las “uvas envenenadas”. El recurrente sostiene que los contratos de trabajo deben terminar, ya que se ha producido un caso fortuito. Según la corte, la explotación se ha hecho más onerosa, pero no imposible; por lo tanto, no procede la terminación. Sin embargo, hay ciertos tribunales arbitrales que la han aceptado.

¹⁴⁰ Por ejemplo, *Larriain Vial con Servicio de Vivienda y Urbanización, Región Metropolitana* (2006). Comentada por Enrique Alcalde. Ver MOMBORG URIBE 2010, pp. 29-64.

¹⁴¹ SOTO KLOSS 1996, pp. 163-244.

¹⁴² PIERRY ARRAU 1995, pp. 79 y ss.

público y la consiguiente posibilidad de integrar normas de derecho administrativo con las normas del llamado “derecho común”. El asunto es tan vasto, complicado y “enmarañado” que es imposible tratarlo en este artículo. Sobre el tema está el exhaustivo trabajo del profesor Vergara¹⁴³.

12. REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD EN DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO

El Estado cuenta con un tamaño y con unas potestades “peligrosas” para los derechos de las personas si no se lo controla adecuadamente (una especie de Gulliver en Lilliput que, por razones obvias, tiene que moverse con cuidado para no dañar a los diminutos ciudadanos del país imaginario). El Estado tiene otra característica: en los países democráticos representa a las mayorías y el interés general. En Estados en los que se extendió la Revolución Francesa el Estado se convirtió en el nuevo soberano: absoluto por representar al pueblo¹⁴⁴. Lo anterior le confiere un “aura de inmunidad” que convence a muchos ciudadanos. Afortunadamente esa idea es ya antigua y toda nación civilizada reconoce que el Estado responde en determinados casos.

En materia de responsabilidad, las reglas aplicables al Estado son especiales y distintas a las del sector privado. Las bases de la responsabilidad estatal son constitucionales y sólo cabe hablar de responsabilidad pecuniaria. Cuando el Estado interviene en la contratación administrativa, la acción indemnizatoria puede tener origen no sólo en el incumplimiento de la convención sino en su modificación unilateral por el Estado (potestad que legítimamente puede ejercer si la ley lo autoriza, con las compensaciones del caso); posibilidad que no existe en el área privada. Es en materia de responsabilidad fuera del campo contractual donde la doctrina se encuentra más dividida. La responsabilidad del Estado, según parte de los autores y la jurisprudencia, es objetiva. Es decir, para que el Estado responda sólo es necesario que exista un acto u omisión; daño y relación de causalidad entre los anteriores. La base es una interpretación sistemática de la Constitución: el derecho de propiedad dañado y una desigual repartición de las cargas públicas. El Estado debe responder cada vez que altera la igualdad ante y en el derecho afectando la integridad de “lo suyo” de la víctima (porque no está obligada a soportarlo), siendo irrelevante la culpabilidad del agente productor del daño¹⁴⁵. Para otros, la responsabilidad del Estado, sin ser subjetiva al estilo del Código Civil, tampoco es objetiva. El sistema aplicable es la “falta de servicio”, que implica funcionamiento defectuoso o tardío según un estándar o parámetro objetivo. La acción u omisión, el resultado dañoso y la relación de causalidad son insuficientes para que el Estado incurra en responsabilidad civil, es necesario además que se demuestre que el ente estatal no

¹⁴³ VERGARA BLANCO 2010.

¹⁴⁴ A diferencia del *Common Law*, ligado al liberalismo, los derechos individuales naturales y a monarcas no-absolutistas con parlamentos representativos y con poder de decisión, y sobre todo jueces valientes y muy independientes.

¹⁴⁵ SOTO KLOSS 1996, pp. 244 y ss.

funcionó bajo el estándar aceptable¹⁴⁶. Cualquiera sea la postura que se tenga, es indudable que al Estado no se le pueden aplicar las mismas normas que a los particulares. El Estado (en especial la Administración) se encuentra en una posición “privilegiada” para lesionar intereses particulares debido a sus potestades públicas. La actividad estatal cotidiana, material o jurídica, puede afectar derechos y algunos desequilibrios patrimoniales deben ser compensados para que la acción estatal sea conforme a derecho. Pienso que es ocioso hablar de responsabilidad estatal “civil”, “contractual o extracontractual”: es imposible imaginar una responsabilidad estatal distinta a la pecuniaria y los efectos en ambos casos serán similares.

Primero debemos determinar si la responsabilidad del Estado se ubica dentro de la justicia distributiva o conmutativa. O sea, o es una corrección de un desbalance creado por el actuar estatal al proteger el interés colectivo que lesiona desigualmente a uno o más individuos singulares; o sólo se trata de una sanción-castigo patrimonial por un actuar estatal ilícito dañoso que consiste en una indemnización cuyo límite es el perjuicio causado. Podría ser también posible que el Estado se encuentre en una u otra situación y el régimen de responsabilidad dependerá de esa circunstancia. Los hechos del caso concreto serán más importantes que las teorías o reglas abstractas. El tema es enorme y es imposible tratarlo adecuadamente en estas pocas líneas. Personalmente creo que, para tener una respuesta, hay que hacerse dos preguntas básicas: lo primero es determinar si la actividad estatal, actuando dentro del principio de juridicidad, afecta la esencia del derecho de propiedad de manera que circunscritamente unos pocos sufren por el bien de la colectividad (o sea, aplicando desigualmente cargas públicas). En otras palabras, afectamos el núcleo de las facultades del dominio sin que la actividad estatal lícita constituya lisa y llanamente expropiación (pero tiene efectos similares a ésta). Demostración de esto son los clásicos “*Ábalos con Fisco*”¹⁴⁷, “*Lapostol con Fisco*”¹⁴⁸, “*Comunidad Galletué con Fisco*”¹⁴⁹ a los cuales hay que agregar los menos conocidos “*Lauritzen con Fisco*”¹⁵⁰ y “*Quintana Olivares y otros con SAG*”¹⁵¹. Humildemente creo

¹⁴⁶ PIERRY ARRAU 1995, pp. 17 y ss. Ver LETELIER WARTENBERG 2002, pp. 333 y ss. También ALDUNATE LIZANA 2000.

¹⁴⁷ *Ábalos con Fisco* (1890).

¹⁴⁸ *Lapostol con Fisco* (1930).

¹⁴⁹ *Comunidad Galletué con Fisco* (1984).

¹⁵⁰ *Lauritzen con Fisco* (1955). En este caso se discute la indemnización a armadores daneses por privarlos temporalmente del goce de sus naves (“derecho de angarí”, una institución de derecho internacional público distinta a la requisición y la captura bélica) en atención a las dificultades que trajo la Segunda Guerra Mundial al tráfico marítimo y al abastecimiento. El fallo es interesante ya trata instituciones como soberanía; el derecho subjetivo público a obtener justicia; costumbre internacional; estado de necesidad; colisión de derechos; equidad; etc. Como se aplican principios de derecho internacional público, la Corte se sustrae de la cultura jurídica estatista que imperaba en Chile en esos años. Señala que la fuente de la obligación de indemnizar no proviene del contrato o de la responsabilidad extracontractual. En el fondo, se impuso una carga pública en forma desigual, con efectos similares a una expropiación, y debía compensarse el desequilibrio.

¹⁵¹ *Quintana Olivares y otros con SAG* (2001). Ver el cons. 12 de la sentencia de primera instancia. El SAG prohíbe utilizar un predio para pastoreo por varios años, con el fin de evitar la propagación de fiebre aftosa. El fallo señala

que, en estos casos, la responsabilidad debería ser objetiva: el derecho a una compensación parece obvio porque hay un evidente enriquecimiento-empobrecimiento sin causa por la actividad administrativa, con efectos similares a una expropiación. En los casos que se limita el dominio, es importante que la restricción afecte verdaderamente de facto a un grupo circunscrito de individuos, aunque aparentemente sea una norma general y no-discriminatoria. En palabras simples, el Estado responde objetivamente por actos que jurídicamente no son expropiatorios pero sí lo son de facto (las cosas son lo que son, independientemente del nombre que le demos). Sin embargo, esta doctrina fue revertida en “*Lolco con Fisco*”¹⁵².

En los casos en que el Estado cause daño por actividades que no sean equiparables a una expropiación, la segunda pregunta que deberíamos hacernos es si el Estado podría legítimamente no compensar utilizando el principio “a lo imposible nadie está obligado”. No se trata de aplicar las reglas civiles de la “Imposibilidad de Ejecución” o “Pérdida de la Cosa que se Debe” (arts. 1670 a 1680): al Estado le podemos pedir más de lo humanamente posible atendidas sus potestades y recursos, pero es razonable que también exista un límite. En estos casos puede resultar sensato y prudente aplicar la teoría del estándar aceptable. El derecho administrativo es más casuístico y concreto, diferente del análisis abstracto que hacen los civilistas y constitucionalistas; los fallos muchas veces no siguen teorías “puras” sino la lógica de lo razonable que dicta la equidad y el sentido común para el caso concreto controvertido.

Personalmente pienso que el tema está lejos de ser superado, si bien la doctrina del estándar parece estar asentada, los fallos son vulnerables a las composiciones de las salas. Existe además el problema de las consecuencias patrimoniales de las violaciones derechos humanos durante el Régimen Militar, que varias veces (aunque el tema no sido nada pacífico), han aceptado la doctrina de la responsabilidad estatal objetiva e imprescriptible, no sólo siguiendo la Constitución sino también normas internacionales¹⁵³. Es interesante destacar que en estos casos, los tribunales estimaron que era un deber investigar aunque la responsabilidad penal estuviera extinguida porque el Estado no sólo debe proteger sino promover los derechos fundamentales en base a la Constitución y los tratados internacionales¹⁵⁴.

que el SAG utilizó sus potestades con el fin de proteger el interés público, que prima sobre el particular; pero al imponerse una carga pública en beneficio de la comunidad de carácter grave, anormal y especial debe compensarse por el perjuicio causado.

¹⁵² *Lolco con Fisco* (2005). Un excelente comentario en QUINTANILLA PÉREZ, Álvaro 2004: “Corte Suprema en caso Lolco: no hay responsabilidad estatal por actos lícitos. El ocaso de la doctrina Galletué” (2004). Personalmente, prefiero la armoniosa, elegante y razonable simpleza de la sentencia de segunda instancia a los “doctrinarios” fallos de primera instancia y casación.

¹⁵³ La casuística, con una análisis de las normas internacionales puede encontrarse, AGUILAR CAVALLO 2008, pp. 7 y ss. Ver, por ejemplo, *González Norambuena con Arellano Stark* (2007), el llamado *incidente de San Javier*.

¹⁵⁴ En un caso de “violencia policial innecesaria”, ver *Cumsille con Fisco* (2007). Se utilizan normas internacionales para fundamentar la responsabilidad objetiva sin tratarse de un caso de violaciones de derechos humanos durante el

En oposición a lo anterior, la responsabilidad en derecho privado es subjetiva, salvo casos excepcionales que necesitan texto expreso. Normalmente estos casos especiales están basados en la teoría del “riesgo-provecho”. Ésta es una clara manifestación del principio de enriquecimiento sin causa, ya que la justificación de la indemnización es que, para obtener una ganancia, se crea para los demás un riesgo superior al de una actividad económica ordinaria¹⁵⁵. Un fenómeno que ha alterado la estructura clásica de la responsabilidad civil es su tarificación por el legislador, que implica una intervención del poder público en una materia tradicionalmente privada. Lo que verdaderamente ha cambiado revolucionariamente todo el sistema de responsabilidad civil ha sido la introducción de seguros, contratos dirigidos muchos de ellos forzosos (con lo que el derecho público está cada día más presente) con lo que se socializa el impacto de las indemnizaciones.

V. CONCLUSIÓN

La división entre derecho público y privado no es sólo una disquisición teórica, tiene una profunda importancia práctica y está arraigada en nuestra cultura jurídica; aun cuando la frontera entre una y otra área puede ser difusa. Los tribunales, la Administración, el poder legislativo y todos los que se desenvuelven en el tráfico jurídico tienen presente esta distinción al realizar su labor. Hay numerosas categorías desarrolladas a partir de la teoría dualista, cuyas características esenciales analizamos en este trabajo. El identificar en qué zona del derecho ubicamos determinada institución es fundamental para comprender a cabalidad su verdadera naturaleza.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2008): “Evolución de la Jurisprudencia en Materia de Imprescriptibilidad de la Acción Civil en Casos de Violaciones de los Derechos Humanos”, en: *Gaceta Jurídica* 341, pp. 7 y ss.
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2000): “Consecuencias constitucionales de la doctrina sobre responsabilidad (objetiva) del Estado”, en: *Revista de Derecho del CDE* N° 2 diciembre.
- ALSINA, Hugo (1956): *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial* (Buenos Aires).
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván (1996): *Lecciones sobre acto administrativo* (Santiago).
- _____ (2001): *Derecho Administrativo Económico: libre iniciativa privada y actividad empresarial del Estado* (Santiago).
- _____ (2002): “La estabilidad de los contratos administrativos”, *Actualidad Jurídica*, julio N° 6, Universidad del Desarrollo, pp. 191 y ss.

Gobierno Militar. El fallo destaca que el Estado tiene el deber de investigar cuando sus agentes infringen derechos fundamentales. La investigación no es una carga que recaiga en los individuos.

¹⁵⁵ *Giner Gras con Polanco* (1970). Se trataba de una fumigación aérea con pesticidas que afectó un predio colindante.

- BELLUSCIO, César Augusto (2004): *Derecho de Familia* (Buenos Aires, Editorial Astrea).
- BEDNER, Adrian (2009): "An elementary approach to the rule of law", en: *Hague Journal on the Rule of Law*, Vol. 2 Issue 1, pp. 48-74.
- BETTI, Emilio (2006): *La interpretación jurídica* (Compilación y traducción de Alejandro Vergara Blanco (Santiago, editorial LegalPublishing) 250 pp.
- BINGHAM, Tom (2010): *The Rule of Law* (London).
- BIN, Roberto y PITRUZZELLA, Giovanni (2005): *Diritto Costituzionale*, (Torino, Giappichelli Editore).
- CASTAN TOBEÑAS, José (1942): *Derecho Civil. Familia y sucesiones* (Madrid, Reus).
- CÉSPEDES PROTO, Gonzalo (2004): "El Bloqueo tributario: una práctica administrativa inconstitucional", *Ius Publicum* Vol. 17 N° 12, marzo/2004, pp. 127 y ss.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo (2001): "La fuerza vinculante de la jurisprudencia administrativa", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28 N° 1, pp. 149-159.
- CICU, Antonio (1947): *Il diritto di famiglia. Teoria generale* (Ediar).
- COLOMBO CAMPBELL, Juan (1997): *Los actos procesales* (Santiago), t II.
- COUTURE, Eduardo (1958) *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, Ediciones De Palma) 493 pp.
- CRAIG, Paul (2007): "Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework", en: *Public Law Autumn*, pp. 467-487.
- _____ (2008): *Administrative Law* (Thompson Sweet and Maxwell), 6th Edition.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1996): "Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno", en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 93 N° 3, pp. 107 y ss.
- ELLIOT, Mark y THOMAS, Robert (2001): *Public Law* (Oxford, Oxford University Press).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1976): "Notas sobre el Derecho Público", en: *Revista de Derecho Público* N° 21-22, pp. 385-393.
- _____ (2001): *Derecho Privado Constitucional de Chile* (Valparaíso).
- HAREL, Alon (2005): "Theories of Rights", en: *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (Oxford, Blackwell Publishing), pp. 191-206.
- HERRING, Jonathan (2007): *Family Law*, Person Longman (Essex) 3rd Edition.
- HOYOS, Francisco (1987): *Temas Fundamentales de Derecho Procesal* (Santiago).
- JELLINEK, Georg (1912): *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi* (Torino-Milano, Società Editrice Libraia).
- KELSEN, Hans (1982): *Teoría Pura del Derecho* (Universidad Autónoma de México).
- LEHMANN, Heinrich (1953): *Deutsches Familienrecht, Derecho de Familia*, traducido al español (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado).
- LETÉLIER WARTENBERG, Raúl (2002): "Un estudio de efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado", en: *Revista de Derecho de la UCV XXII*, pp. 333 y ss.
- LE SEUR, Andrew y otros: *Principles of Public Law* (Londres).
- LOUGHLIN, Martin (2004): *The Idea of Public Law* (Oxford, Oxford University Press).
- _____ (2010): *Foundations of Public Law* (Oxford, Oxford University Press).
- LOWE, Nigel y DOUGLAS, Gillian (2007): *Bromley's Family Law* (Oxford, University Press), 10th Edition.
- MASSON, Judith, BAILEY-HARRIS, Rebecca y PROBERT, Rebecca (2008): *Cretney Principles of Family Law* (London, Thompson Sweet and Maxwell), 8th Edition.

- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2010): "Teoría de la imprevisión: la necesidad de su regulación legal en Chile", en: *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 15 diciembre, pp. 29-64.
- PIERRY ARRAU, Pedro (1995): "Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio", en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T 92 N° 2, pp. 17 y ss.
- _____ (1995): "Nulidad en el derecho administrativo", en: *Revista de Derecho de la UCV* XV, pp. 79 y ss.
- _____ (2002): "Las Transformaciones del Derecho Administrativo en el Siglo XX", en: *Revista de Derecho UCV* XXIII, pp. 337-404.
- PINO, Giorgio (2009): "Diritti soggettivi: Lineamenti di un'analisi teorica", en: *Materiali per una storia della cultura giuridica* N° 2, pp. 487-506.
- RAZ, Joseph (1983): "The Rule of Law and its Virtues", en: *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Oxford), pp 210-232.
- RODRÍGUEZ GARCÉS, Sergio (1992): "La relación procesal", en: *Gaceta Jurídica* 140, pp. 33-46.
- SAMUEL, Geoffrey (1987): "Le Droit Subjectif and English Law", *Cambridge Law Journal* Vol. 46 Issue 2, July, pp. 264-286.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1977): "La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República", en: *Contraloría General de la República: 50 años de vida institucional* (Santiago).
- _____ (1978): "La contratación administrativa, un retorno a las fuentes clásicas del contrato", en: *Anuario de Derecho Administrativo* II/1977-1978, pp. 92 y ss.
- _____ (1978): "La Contratación Administrativa", en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 78 N° 1, pp. 55 y ss.
- _____ (1982): *El Recurso de Protección*, (Santiago).
- _____ (1983): *El procedimiento administrativo: algunas nociones básicas* (Santiago, Universidad de Chile).
- _____ (1986): "1976-1986, Diez Años de Recurso de Protección, Una Revolución Silenciosa", en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 83 N° 3, pp. 173 y ss.
- _____ (1986): "La publicidad de los actos administrativos en el derecho chileno", en: *Revista de Derecho* Vol. 10, Universidad Católica de Valparaíso, pp. 473-498.
- _____ (1986): "La organización de la Administración del Estado: un complejo de personas jurídicas", en: *Gaceta Jurídica* N° 73, pp. 16 y ss.
- _____ (1989): "La publicidad de los actos administrativos en la jurisprudencia judicial", en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 84 N° 1, pp. 23-27.
- _____ (1992): *Informe Constitucional N° 271, La Relación Jurídica en Derecho Público* (nociones básicas).
- _____ (1993): "Elementos del Acto Administrativo", *Informe Constitucional N° 894*.
- _____ (1995): "La servicialidad del Estado, base esencial de la institucionalidad", en: *Revista de Derecho Público* Vol. 57/58, pp. 1-13.
- _____ (1996): *Derecho Administrativo, Bases Fundamentales*, T II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 1359 pp.
- _____ (1996): "La noción de acto administrativo en el derecho chileno (una perspectiva sustancial)", en: *Revista de Derecho Público* N° 60, pp. 85-97.
- _____ (1999): "Acerca de la Obligatoriedad de los Precedentes en la Actividad Administrativa del Estado", en: *Revista Chilena de Derecho* Vol. 26 N° 2, pp. 399-403.
- _____ (2000): "Las sociedades del Estado", en: *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Vol. II N° 2 julio-diciembre, pp. 33-ss.

- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, “El proceso civil chileno: una lectura desde el debido proceso y la eficacia de la jurisdicción, de cara a la reforma”, en: *Tribunales, jurisdicción y proceso* (Santiago), pp. 44-72.
- _____ (2000): “El debido proceso”, en: *El proceso en acción* (Valparaíso).
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2010) “La *Summa Divisio Iuris* Público/Privado de las disciplinas jurídicas”, en: *Revista de Derecho UCN año 17 N° 1*, pp. 115 y ss.
- _____ (2010), *El derecho administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como derecho común* (Santiago, Abeledo Perrot).
- _____ (2011) “Los Principios Jurídicos y la Tarea de Construir el Derecho Administrativo en: Clave Científica”, en número anterior de esta misma revista.
- VON IHERING, Rudolf (1999): *El Espíritu del Derecho Romano en sus Diversas Fases de Desarrollo* (Editorial Comares).
- WADE, H. y FORSYTH, C. (2009): *Administrative Law* (Oxford, Oxford University Press), 10th Edition.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Dictámenes N°s. 32.762, de 1968; 61.390, de 1968; 4.154, de 1980; 26.538, de 1985; 21.990, de 1986; 16.135, de 1986; 41.409, de 1994; 10.041, de 1990; 14.748, de 1990; 41.409, de 1994; 35.989, de 2001; 35.996, de 2005; 10.624, de 2006, 3.837, de 2001; 10.041, de 1990; 14.748, de 1990; 22.110, de 1992; 41.409, de 1994; 24.389, de 1995; 3.837, de 2001; 35.995, de 2005, todos de la Contraloría General de la República
- Dictamen N°s. 3.351-185, de 1997; 6.321, de 1983 y 6.321, de 1983, todos de la Dirección del Trabajo
- Ábalos con Fisco* (1980): Corte Suprema 7 de febrero de 1980, en: *Gaceta de los Tribunales*, año 49 N° 3.001.
- Aguilar y otros con Yaber* (1999): Corte Suprema 14 de junio de 1999, en: Sentencia Rol N° 3.973-97.
- AFP Plan Vital S.A.* (1999): Corte Suprema, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 96 N° 3, sec. 3ª, pp. 216-222.
- Automotriz Rosselot S.A. con SII* (1993): Corte Suprema, en: *Revista Fallos del Mes*, N° 416, pp. 425-430.
- Barahona Urzúa con Cora* (1981): Corte Suprema, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 78 N° 3/1981, sec. 5ª, pp. 207 y ss.
- Banco Continental con Bahamondes y otros* (1984): Corte de Apelaciones de Santiago, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 81 N° 1, sec. 2ª, pp. 11 y ss.
- Banco del Desarrollo con Schuster* (1995): Corte de Apelaciones de Santiago, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 92 N° 2, sec. 2ª, pp. 109-110.
- BANCO DEL ESTADO DE CHILE CON SOC. CONST. VIV. EC. GRECIA LTDA.* (1993): Corte de Antofagasta, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 90 N° 1, sec. 1ª, pp. 9-11.
- Buzeta con Fisco* (1942): Corte de Apelaciones de Santiago, en: *GAT N° 63 Primer Semestre*, Sec. Civil, pp. 243 y ss.
- Benavides Marambio con Fisco de Chile* (1999): Corte de Santiago, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 96 N° 1, sec. 2ª, pp. 3-11.
- Braden Cooper Company con Celis Muñoz* (1968): Corte Suprema, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 65 N° 2, sec. 3ª, pp. 36 y ss.
- Castro Oddershore con Servicio de Salud Coquimbo* (1990): Corte Suprema, en: *RFM N° 376 marzo*, pp. 38 y ss.

- Comunidad Galletué con Fisco* (1984): Corte Suprema, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 81 N° 3, sec. 5ª, pp. 181 y ss.
- Costa S.A.* (filial de la empresa argentina Arcor S.A.) (1999): Comisión Preventiva Central, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 96 N° 1, sec. 6ª, pp. 71-74.
- Deves, Rojas y Cía. Ltda.* (1998): Corte Suprema, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 95 N° 1, sec. 3ª, pp. 1-5.
- Durruty con Universidad de Santiago* (1993): Corte de Apelaciones de Santiago, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 89 N° 3/1993, sec. 5ª, pp. 321 y ss.
- Empresa de Transportes Sud Americana Austral Ltda. con Director Regional* (subrogante) *de Tesorería Regional de Magallanes y Director Nacional del SII* (1993): Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 90 N° 3, sec. 5ª, pp. 136-142.
- Empresa Nacional de Electricidad S.A.* (1989): Corte Suprema, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 86 N° 2, sec. 1ª, pp. 85-105.
- Fischman Torres con Dirección del Trabajo* (1987): Corte Suprema, en: *Revista Fallos del Mes*, N° 340 Marzo, pp. 66 y ss.
- Inmobiliaria Empresarial S.A. con Guerra Méndez*: Corte Suprema, en: *Gaceta Jurídica*, N° 272/2002, pp. 161 y ss.
- Fuentes Correa* (1989): Corte Suprema, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 86 N° 3, sec. 3ª, pp. 271 y ss.
- Giner Gras con Polanco* (1970): Corte de Apelaciones de Chillán, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 68 N° 8, sec. 2ª, pp. 85 y ss.
- H.J. Broom y Cía. con Exportadora Frutícola Antumalal* (1999): Corte Suprema, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 96 N° 1, sec. 1ª, pp. 12 y ss.
- Inmobiliaria Empresarial S.A. con Guerra Méndez* (2002): Corte Suprema, en: *Gaceta Jurídica* 272, pp. 161 y ss.
- Importadora Mapal Ltda. con SII* (1999): Corte de Apelaciones de Santiago, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26 N° 2, pp. 495-501.
- Jiménez Broussain con Ojeda Calderón* (1987): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 84 N° 1, sec. 5ª, pp. 112 y ss.
- Jofré Sepúlveda, Mario con Ejército de Chile* (2002): Corte de Concepción, en: *Gaceta Jurídica* 266, pp. 204-207.
- Joo Ching con Joo Gallegos* (1992): Corte Suprema, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 89 N° 3, sec. 1ª, pp. 188 y ss.
- Lapostol con Fisco* (1930): Corte Suprema, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 27 N°s. 9-10, sec. 1ª, pp. 744 y ss.
- Larraín Vial con Servicio de Vivienda y Urbanización, Región Metropolitana* (2006): Corte de Apelaciones de Santiago 14 de noviembre de 2006, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34 N° 2, pp. 361-372.
- Laurie Sáez con San José School* (2011): Corte de Apelaciones de Temuco, en Sentencia Rol N° 59-2011.
- Lauritzen y otros con Fisco* (1955): Corte Suprema, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 52 N°s. 9 y 10, sec. 1ª, p. 444.
- L.E.T.M. con Juez del Juzgado de Garantía de Concepción* (2008): Corte de Apelaciones de Concepción, en Sentencia Rol N° 89-2008.
- Mardones Mora* (1991): Corte Suprema, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 88 N° 2, sec. 5, pp. 178 y ss.

- Municipalidad de Villarrica* (1985): Corte Suprema, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 82 N° 3, sec. 5ª, pp. 227 y ss.
- Muñoz Permuth con Directora de Obras Municipales de la Municipalidad de Concepción* (1992): Corte de Concepción, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 89 N° 3, sec. 5ª, pp. 384-391.
- Ormeño Fierro con Figueroa Martínez* (1990): Corte de Apelaciones de Concepción, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 87 N° 2, sec. 2, pp. 99-108.
- Palma González con Municipalidad de Concepción* (2002): Corte Suprema, 7 de mayo de 2002, en LegalPublishing N° 24432.
- Parra Riffo con Rafide Morales* (2009): Corte Suprema, en: *Gaceta Jurídica* N° 350, pp. 76-88.
- Quintana Olivares y otros con SAG* (2001) Corte Suprema, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 98 N° 1, sec. 5, pp. 13 y ss.
- Rabí Mohar* (1946): Corte Suprema, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 43 N° 1-2, sec. 1, pp. 179 y ss.
- Ramírez Quemper con Director del Hospital Juan Noé Crevani*: Corte Suprema, en LegalPublishing N° 47548.
- Riesco con Municipalidad de Valparaíso* (1918): Corte Suprema, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 15 N° 9, sec. 1ª, pp. 522 y ss.
- Roumié Vera con Said Abdula* (1960): Corte Suprema, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 57 N°s. 1-2, sec. 1ª, pp. 46 y ss.
- Sánchez Núñez con Municipalidad de Laja* (1990): Corte de Apelaciones de Concepción, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 87 N° 3, sec. 3ª, pp. 194 y ss.
- San Martín Millar con Grandón Concha* (1993): Corte de Concepción, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 90 N° 2, sec. 2ª, pp. 91-96.
- Schacht Gerken* (1963): Corte Suprema, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 60 N° 9-10, sec. 1ª, pp. 392 y ss.
- Schneider Bulman con Conaf* (1982): Corte Suprema, en: *Revista Fallos del Mes*, N° 288 noviembre, pp. 505 y ss.
- Setien Morales con Doerer Aguirre* (1959): Corte Suprema, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 56 N°s. 5-6, sec. 1ª, pp. 213 y ss.
- Sociedad Ferré y Grau Ltda. con Ministro de transportes y Telecomunicaciones* (1991): Corte de Apelaciones de Santiago, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 88 N° 3, pp. 333 y ss.
- Sociedad Fuschs y Plath con Fisco* (1908): Corte de Apelaciones de Santiago, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 5, sec. 2ª.
- Tirado con Municipalidad de la Reina* (1981): Corte Suprema, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 78 N° 1, sec. 5, pp. 35-44.
- Tocornal con SAG* (1984), en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 81 N° 1/1984, sec. 5ª, pp. 88 y ss.
- Toro Correa con Gerente General del Banco Central* (1984): Corte de Santiago, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 81 N° 2, sec. 5ª, pp. 138-142.
- Torres Iturra* (1994): Corte Suprema, en: *Gaceta Jurídica* 169, pp. 92-96.
- Villanova Machado con Fisco* (1951): Corte Suprema, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 48 N° 7-8, sec. 1ª, pp. 418 y ss.
- Viña Concha y Toro* (1992): Corte Suprema, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 89 N° 3, sec. 3ª, pp. 171 y ss.
- Viña Concha y Toro* (1992): Corte Suprema, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 89 N° 3, sec. 3ª, pp. 171-181.

Viuda Guzmán de Shirasawa con FFE. (1963): Corte Suprema, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 60 N° 9, sec. 1ª, pp. 407 y ss.

Valenzuela Vanella con Municipalidad de Las Condes (2005): Corte Suprema, en: *Gaceta Jurídica* N° 297, pp. 39 y ss.

Vodanovic Schnake con Windsor School (1998): Corte Suprema, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t 95 N° 3, sec. 5ª, pp. 213 y ss.

CLASIFICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS PARA OTORGAR SUBVENCIONES

WILLIAM GARCÍA MACHMAR¹

RESUMEN: El presente trabajo propone una sistematización de los diferentes procedimientos que el ordenamiento administrativo chileno reconoce para otorgar subvenciones. Ante todo, se explicita la definición de subvención utilizada y se adopta como eje dogmático de la clasificación la mayor o menor discrecionalidad de la autoridad. Luego de afirmar que los modelos existentes son tres: asignación reglada, asignación por concurso público y asignación directa, se describen cada uno de ellos. El artículo termina con unas breves conclusiones.

ABSTRACT: This paper proposes a systematization of the different procedures recognized in the Chilean administrative legal system in order to allocate public aids. First, the article makes explicit the definition of public aids used in the paper as well as adopting as criterion for classification the greater or lesser extent of administrative discretion. In second place, the paper argues that in Chilean administrative law there are three procedural models: mandatory allocation, competitive allocation and direct or discretionary allocation, and describes each one of them. The paper ends with a brief conclusion.

PALABRAS CLAVE: Subvención, Procedimiento administrativo, Discrecionalidad, Subsidio, Fondo Concurrible, Presupuesto.

KEY WORDS: Public aid, Administrative Procedure, Administrative Discretion, Subsidy, Competitive allocation, Budget.

INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es ofrecer una clasificación de las subvenciones atendiendo al procedimiento para otorgarlas. En cuanto tal, corresponde hacer algunas advertencias, en primer lugar, a través de este trabajo el autor pretende mejorar algunas de las ideas sostenidas en su tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, publicada en 2011². Además, este trabajo no tiene un objetivo crítico de la regulación, sino que, modestamente, busca aclarar un aspecto oscuro en nuestra comprensión del régimen jurídico de las subvenciones. Para decirlo de otra manera, la pregunta que abordará este trabajo es ¿Existe un modelo de sistematización que permita distinguir los procedimientos para otorgar subvenciones?

Como es sabido, el procedimiento administrativo cumple diversas funciones moderadoras de la actividad administrativa. Una de ellas consiste en introducir racionalidad en ella. Tratándose de las subvenciones podemos fácilmente observar que ellas, en cuanto técnicas de fomento administrativo, están presentes en los más variados ámbitos de la

¹ Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (2007) y Magíster en Derecho, mención Derecho Público (2001), Universidad de Chile. Master of Laws, New York University (2012). Investigador del Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

² GARCÍA MACHMAR 2011.

vida social. De hecho, existen interesantes estudios de sus manifestaciones sectoriales³, pero pocos trabajos las abordan en su conceptualización y tipificación general.

El presente trabajo pretende mostrar, después de un examen detallado de las fuentes de derecho positivo, una clasificación general, capaz de aplicarse a todas las manifestaciones de la subvención en el derecho chileno.

La primera parte de este artículo, (II) entrega los supuestos básicos de nuestra investigación, esto es, la definición de subvención como técnica de fomento administrativo y, además, hace explícita nuestra aproximación al problema de la discrecionalidad administrativa.

La segunda parte del artículo (III) describe la tipología de procedimientos subvencionales existentes en nuestro ordenamiento jurídico, poniendo especial énfasis en las fuentes positivas en que se apoya nuestra propuesta.

Finalmente, (IV) el artículo culmina con unas breves conclusiones y una evaluación general.

I. DEFINICIONES PREVIAS

Antes de proceder a la exposición de los modelos procedimentales para otorgar subvenciones, resulta aconsejable hacer explícitos ciertos supuestos de nuestra investigación. Éstos son, por una parte, el concepto de subvención al que adherimos y, por otra, nuestra aproximación a la discrecionalidad administrativa.

1. CONCEPTO DE SUBVENCIÓN

En el derecho administrativo se ha discutido el empleo de un concepto amplio o uno restringido de subvención⁴. El concepto amplio entiende por subvención todo beneficio económico percibido de la Administración con objeto de fomentar o impulsar determinadas actuaciones que pueden considerarse de interés general. Con este concepto se abarcan prácticamente todas las medidas de fomento económico⁵.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria se acoge a un concepto restringido, esto es, “atribución patrimonial, principalmente entrega de dinero, que se recibe de la Administración a fondo perdido y que moralmente (sic) debe ser aplicado a una determinada finalidad”⁶.

En este trabajo se empleará la concepción restringida de subvención, atendiendo más bien a su estructura jurídica y no, exclusivamente, a su perspectiva finalista –de promoción o estímulo económico– en un sentido similar a Fernández Farreres⁷.

³ Cfr. FLORES RIVAS 2011 y del mismo 2012 y SOTO KLOSS 1963.

⁴ El debate en la doctrina española, influida por la ubicación de la actividad subvencional dentro de las técnicas de fomento económico, puede verse en FERNÁNDEZ FARRERES 1987.

⁵ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, 1988, p. 451 y MALJAR 1998, p. 294.

⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER 1988, pp. 450-451.

⁷ FERNÁNDEZ FARRERES 1983, p. 71.

A nuestro juicio, el concepto estricto es el que más se aviene con el derecho positivo nacional, toda vez que la finalidad perseguida es un elemento accesorio o secundario a la luz de la estructura jurídica de la subvención, particularmente para explicar el conjunto de potestades que la ley otorga a la Administración para asegurar la vinculación de los fondos al servicio del interés público por el particular beneficiario.

En segundo lugar, porque los medios específicos a través de los cuales se fomenta la economía son variados y el derecho positivo los dota de regímenes diversos⁸. Conviene, aunque sólo sea por lograr la claridad en el estudio de los distintos fenómenos, estudiarlos por separado.

En tercer lugar, el concepto restringido de subvención resalta el carácter instrumental de la subvención: que el particular se encuentra en la necesidad jurídica de realizar ciertas prestaciones y que la Administración posee un poder de intervención que tiene por causa y origen a la subvención⁹.

De este modo, hemos definido a la subvención, apegándonos a la obra de Germán FERNÁNDEZ FARRERES e Ignacio DE LA RIVA, como aquella *transferencia patrimonial no devolutiva, realizada por la Administración en favor de un particular, vinculada a la realización por éste de una conducta calificada de interés público*¹⁰. De esta definición se extraen elementos objetivos, subjetivos y teleológicos.

De esta definición se extraen elementos objetivos, subjetivos y teleológicos¹¹.

Primero, estamos ante transferencias patrimoniales que no deben restituirse¹². Ello permite distinguir a la subvención de la exención tributaria –en que no hay transferencia de la devolución de impuestos– en que se restituye lo que ya se pagó –de la garantía estatal– en que se paga una obligación ajena, con cargo a su restitución –y de los créditos– que crean la obligación de restituir.

Segundo, dado que la subvención establece una relación jurídica entre dos sujetos tendremos siempre, en un extremo, un otorgante y, en el otro, un beneficiario. De un lado, el otorgante siempre será un órgano de la Administración del Estado, esto es, un ente dotado de patrimonio público o que administra uno. De otro lado, el beneficiario

⁸ *Ibid.*, 44.

⁹ “En tal concepto concurren, de forma fehaciente por demás, las dos notas que con carácter general se establecieron como determinantes de la actividad administrativa de fomento. Por una parte, su carácter instrumental con el fin de que el sector privado lleve a cabo determinadas actuaciones. También, técnica de ordenación por la Administración pública de esas mismas actuaciones. Dos notas que las subvenciones evidencian de forma muy manifiesta”. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER 1988, p. 477.

¹⁰ Véanse FERNÁNDEZ FARRERES 2005, p. 2474; MAURER 2011, p. 441; GARCÍA MACHMAR 2011, p. 115.

¹¹ FERNÁNDEZ FARRERES 1983, pp. 71 y ss. Un desarrollo amplio de estas ideas en GARCÍA MACHMAR 2011, pp. 117-158.

¹² FERNÁNDEZ FARRERES 1983, p. 107; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER 1988, p. 481; GIMENO FELIÚ 2005, p. 946. CASSAGNE conserva la denominación de subvención para algunos casos en que hay lugar a restitución: “En principio, la subvención no genera contraprestación o compensación, salvo que hubiera al respecto alguna estipulación expresa establecida en un acto o contrato administrativo”, CASSAGNE 2006, p. 468.

será, en principio, un privado, una persona natural o jurídica de derecho privado¹³. Ahora bien, esta situación normal sufre alteraciones cuando el beneficiario es un concesionario, una persona jurídica de derecho público o, incluso, una empresa pública, situaciones que dan lugar a un régimen jurídico especial en cada caso¹⁴.

Tercero, en lo que respecta al elemento teleológico –quizá el más rico en consecuencias dogmáticas de todos– la subvención es siempre una transferencia “afectada a un fin”¹⁵, o sea, cuya eficacia completa dependerá de que se realice una determinada actividad que se considera de interés público¹⁶. Es justamente para lograr que se respete y cumpla con la afectación que la ley prescribe que la Administración posee ciertos poderes sobre el administrado en orden a conducir su comportamiento a los intereses generales.

2. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA COMO EJE DOGMÁTICO

i) Fundamentos

En la actividad administrativa de fomento en general, y en las subvenciones en particular, el problema más agudo que se plantea desde el punto de vista del Estado de Derecho es el de la discrecionalidad en su otorgamiento. Ello, pues entregar ayudas siempre significa una selección de un beneficiario con el consiguiente peligro para la igualdad en materia económica¹⁷. Por lo mismo, es una preocupación esencial del legislador (respaldada por un mandato constitucional, en el artículo 19 N° 22) sujetar la discrecionalidad administrativa a través de reglas.

Como es sabido, todos los órganos del Estado, en particular la Administración, se encuentran sujetos al principio de legalidad (artículo 7° CPR en relación al artículo 2° LOCBGAE). Según este principio, toda la actuación administrativa debe reconducirse a una habilitación normativa previa. En términos sencillos “la Administración debe actuar conforme a la ley”.

¹³ Dictamen N°s. 75.508 y 37.493, ambos de 2010, sobre corporaciones municipales de educación y salud. En el mismo sentido, Dictamen N°s. 48.890, de 2007; 32.256, de 2008; 21.456, de 2009 y 31.866 de 2010, todos de Contraloría General de la República.

¹⁴ FERNÁNDEZ FARRERES 1983, p. 200. Véase también MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (1988), p. 485, para quien, en este caso, la subvención juega roles muy diversos: “garantizar el equilibrio económico-financiero de la concesión cubrir el déficit de la explotación en función del cálculo anticipadamente previsto de la misma, bien de forma total, bien hasta un límite determinado; también asegurando un determinado beneficio al concesionario, lo que supone que no sólo se establece con éste una determinada vinculación sino también un auténtico *consorcio de riesgos*, en cuanto estos son asumidos en parte por la Administración”.

¹⁵ Sobre la idea de la afectación como límite para otorgar subvenciones existen numerosos dictámenes de la Contraloría General que forman una opinión constante y uniforme. Sólo a modo ejemplar, véanse Dictámenes N°s. 1.148 de 2013 y 11.616 de 2011.

¹⁶ FERNÁNDEZ FARRERES 1983, pp. 231-232. DE LA RIVA 2004, p. 176. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2004, p. 31.

¹⁷ SANTAMARÍA PASTOR 2006, t II, pp. 346-347.

Bajo el modelo original del Estado de Derecho, el principio de legalidad opera de la siguiente manera. El legislador define lo que la Administración debe realizar. Luego, ésta ejecuta este mandato, o subsume este mandato, en la realidad social. En forma posterior un tribunal puede comprobar la completa conformidad del acto con la ley¹⁸.

Sin embargo, debido la ampliación y la diversificación de las tareas estatales se altera y cuestiona este modelo, por las siguientes razones. Primero, porque la ley no contiene una declaración de voluntad completa, sino programas de configuración o derechamente ha dejado intencionalmente incompletos ciertos elementos de su voluntad. Segundo, porque la Administración ejerce un amplio margen de decisión técnica o política. Tercero, como consecuencia de los dos puntos anteriores, el tribunal no puede penetrar en todos los aspectos del acto administrativo y en su control tiene una gran deferencia¹⁹.

Esta distinta atribución de potestades nos lleva a la conocida distinción entre potestades regladas y discrecionales²⁰. Podemos decir que mientras las potestades regladas son aquellas en donde la ley define todos los supuestos formales y sustantivos del ejercicio de la potestad, de manera que, dándose tales supuestos, la Administración sólo debe subsumir el enunciado legal y evacuar una única respuesta jurídicamente válida; las potestades discrecionales son aquellas en que la ley entrega a la propia Administración la facultad de definir sus supuestos de ejercicio de manera que ésta puede adoptar distintas decisiones todas ellas jurídicamente válidas²¹. Se caracterizan porque la ley confía a la Administración la facultad de apreciar qué solución concreta resulta mejor para el interés público.

La importancia de distinguir entre potestades regladas y discrecionales radica en el alcance del control. Tratándose de las primeras, el control judicial será completo. El tribunal examina todos los elementos de la potestad de forma que sólo puede haber un único resultado lícito o admisible, cualquier otro resultado distinto es nulo. En cambio, tratándose de las potestades discrecionales, el control judicial es limitado, pues éste por definición solamente recae o puede recaer en aquello que la ley previamente ha definido, en consecuencia, en aquello que la Administración le corresponde decidir discrecionalmente o autónomamente, no puede haber control judicial²².

Si el juez o el tribunal pudieran controlar completamente una potestad discrecional ello significaría dejar sin efecto justamente la ley que atribuyó esa decisión exclusivamente a la administración. El juez defraudaría al legislador. Con ello el juez sustituiría el juicio del legislador con un juicio propio infringiendo así la separación de poderes.

Precisamente, según el mayor o menor grado de esta discrecionalidad, hemos clasificado los procedimientos para otorgar subvenciones.

¹⁸ SCHMIDT-ASSMAN 2006, pp. 28-29. También STEWART 1975, pp. 1671-1676.

¹⁹ SCHMIDT-ASSMAN 2006, pp. 86 y ss. También STEWART 1975, pp. 1676 y ss.

²⁰ Por todos, véase GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2004, t I, pp. 460 y ss.

²¹ MAURER 2011, p. 167.

²² MAURER 2011, p. 172.

ii. Propuesta de clasificación

Empleando el grado de discrecionalidad en la asignación como el criterio clasificador básico de los procedimientos subvencionales y, además, al examinar gran parte de las normas que las regulan en nuestro derecho positivo, hemos podido identificar tres modelos, desde aquellos en que la discrecionalidad es menor hasta aquellos en que ésta es mayor.

En primer lugar, existe una modalidad que llamamos “reglada” (A) en que se asigna la subvención a todos los sujetos que se encuentren en la situación objetivamente cualificada por la norma.

En segundo lugar, encontramos la asignación mediante procedimientos de concurso público (B). Acá la discrecionalidad está moderada por etapas en que se va reduciendo y encauzando gradualmente.

Finalmente, el modo más tradicional de los empleados es la asignación directa por la Administración (C), mediante una decisión discrecional.

En este punto cabe preguntarse si la mayor o menor discrecionalidad es algo positivo o negativo para el Estado de Derecho. No creemos que el problema pueda resolverse sólo atendiendo al procedimiento, sino que han de tenerse en cuenta los controles asociados, sean de carácter jurídico o de otro tipo (de eficiencia, de gestión, políticos, etc.). El estudio de esos controles escapa al objeto de este trabajo.

La clasificación propuesta es análoga a la que TOMLINSON y MASHAW emplean, en el derecho norteamericano, distinguiendo entre *formula grants* y *project grants*. En el primer caso, los fondos se transfieren por el Gobierno Federal a todos los Gobiernos Territoriales que cumplen con los requisitos legales. En el segundo, es necesario realizar un procedimiento de selección, en base a la idoneidad del candidato²³.

II. DESCRIPCIÓN DE LOS MODELOS PROCEDIMENTALES PARA OTORGAR SUBVENCIONES

La presente sección se divide en tres partes, cada una dedicada a analizar los tres modelos procedimentales para otorgar subvenciones en el Derecho chileno: A) Asignación reglada; B) Concurso público, y C) Asignación directa.

Debemos destacar que, en cada caso, junto con señalar un concepto y características (y sub-clasificaciones, en su caso), hemos considerado necesario describir, con algún detalle, las fuentes jurídicas positivas que nos permiten identificar cada categoría tratada. Es muy importante señalar que no hemos tratado de “encajar” las reglas en un sistema preconcebido, sino que, por el contrario, hemos intentado “descubrir” el sistema detrás del universo de las reglas. Por lo mismo, no se ha podido evitar una descripción sucinta del régimen legal para cada una de las subvenciones que se analizan. Esta descripción es indispensable para respaldar nuestra clasificación con el derecho positivo.

²³ TOMLINSON y MASHAW 1972.

Para facilitar la lectura de las páginas que siguen, en el siguiente cuadro se resume nuestra clasificación:

A. Asignación reglada	i) subvención a la educación escolar; ii) financiamiento público de las instituciones de educación superior; Fomento forestal, subsidio al transporte público de pasajeros; Financiamiento público de las campañas electorales	
B. Concurso público	a) Fondos concursables	i) Fomento de las Artes y la Cultura, ii) Fomento del Deporte; iii) Fomento de la Educación y la Investigación, iv) Fomento del Transporte y las Telecomunicaciones, v) Fomento social: pobreza, trabajo y consumo
	b) Subsidios mediante títulos transferibles	i) Subsidios a la vivienda, ii) Subsidios al deporte, iii) Subsidio a las obras de riego, iv) Subsidio para la conservación, recuperación y manejo sustentable del bosque nativo, Subsidio a colaboradores del SENAME
C. Asignación directa	a) Asignación directa sin criterios legales de selección	i) Subvenciones con cargo al Tesoro Público, ii) Subvenciones municipales
	b) Asignación directa frente al fracaso del procedimiento ordinario	i) Fondo de Desarrollo Indígena, ii) Fondo de Protección Ambiental, iii) Financiamiento de la prestación educacional en régimen de jornada completa, iv) Fondo de Fomento Audiovisual, v) Fondo de Fomento de la Música Nacional, vi) Fondo de Fomento del Deporte, vi) Fondo de Conservación, Recuperación y Manejo Sustentable del Bosque Nativo

A. ASIGNACIÓN REGLADA

1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

En la asignación reglada de subvenciones, la ley ha regulado la potestad de modo que las sumas se transfieren a todos los sujetos que cuentan con una condición jurídica cualificada (la ley usa varios términos como “sostenedor”, “predio de aptitud preferentemente forestal”, “universidad integrante del consejo de rectores”, etc.), sin necesidad que la Administración tenga que emitir un juicio sobre el merecimiento de los fondos. Ese juicio ya está hecho por la ley.

Los recursos se transfieren hasta que alcance el presupuesto. Por lo tanto, se plantea el problema sobre qué ocurre cuando los recursos no son suficientes. En el derecho español se ha dicho que “para que la falta de dotación presupuestaria pueda ser invocada por la Administración para denegar una subvención o para limitar su cuantía es preciso que dicha circunstancia venga expresamente prevista en la norma reguladora de la subvención de que se trate” (AHUMADA DE RAMOS, 2001, p. 161).

En este sistema la norma crea un estatuto especial al cual el beneficiario figurativamente “se adhiere”. Cabe preguntarse si en la creación del estatuto “cualificado” que hemos descrito el legislador debe respetar algún límite. Por ahora, basta decir que debe someterse al principio general de proporcionalidad²⁴.

La Administración comprueba el efectivo cumplimiento de este estatuto y entonces nace para el beneficiario el derecho a recibir la subvención²⁵. En otras palabras, la Administración no elige al beneficiario, o sea, no hay discrecionalidad de elección. Ahora bien, la norma habilitante normalmente regula un procedimiento previo, esto es, para alcanzar la calidad especial que da derecho a obtener la subvención.

2. FUENTES POSITIVAS DE ESTA CATEGORÍA

Este tipo de procedimiento se ha empleado en la subvención a la educación escolar, el financiamiento público de las Universidades, el fomento forestal, el subsidio al transporte público y el financiamiento público de las campañas electorales.

i) Subvención a la educación escolar. El caso más paradigmático en el derecho chileno es la subvención a la educación gratuita que otorga el Estado a los sostenedores de establecimientos educacionales. Son “sostenedores” las personas jurídicas que asumen ante el Estado la responsabilidad de mantener en funcionamiento un establecimiento educacional (v. art. 2º D.F.L. N° 2 de 1998, Ministerio de Educación). La calidad de “sostenedor” es supuesto previo para impetrar la subvención. Con todo, la ley se encarga de establecer requisitos adicionales (v. artículo 6º D.F.L. N° 2 de 1998, Ministerio de Educación: matrícula de alumnos en situación vulnerable, requisitos para el personal docente, etc.).

En la misma situación se encuentran las subvenciones relacionadas o derivadas de la subvención a la educación gratuita, como la subvención escolar preferencial²⁶ y la subvención a la educación escolar con fines de lucro o “financiamiento compartido”. A modo ejemplar, la postulación para ingresar al régimen de subvención escolar preferencial se realizará en el mes de agosto de cada año en la correspondiente SEREMI, para incorporarse a dicho régimen a contar del inicio del año escolar siguiente.

Podemos ver entonces que esta es una manifestación de una definición previa de la calidad jurídica que, por sí sola, justifica la subvención.

²⁴ Sobre los límites a la intervención de la Administración en la esfera subjetiva del beneficiario, véase GARCÍA MACHMAR 2011, pp. 229 y ss., donde se sostiene una tesis contraria a SOTO VELASCO 2009.

²⁵ Véanse artículo 12 inc. 7º D.L. N° 2.565; artículo 8º D.F.L. N° 2 de 1998, Ministerio de Educación; artículo 12 Ley N° 20.248; artículos 4º y siguientes D.F.L. N° 3 de 1981, Ministerio de Educación.

²⁶ La subvención escolar preferencial es una clase de ayuda destinada al mejoramiento de la calidad de la educación de los establecimientos educacionales subvencionados que atiendan alumnos “prioritarios” que estén cursando primer o segundo nivel de transición de la educación parvularia y la educación general básica (artículo 1º Ley N° 20.248 y art. 1º D.S. N° 235 de 2008, Ministerio de Educación).

ii) Financiamiento público de las Instituciones de Educación Superior. Puede ubicarse en esta categoría de subvenciones regladas también el aporte directo e indirecto del Estado a las Universidades del Consejo de Rectores. El D.F.L. N° 3 de 1981, Ministerio de Educación, regula el financiamiento de las Universidades y establece dos clases de ayudas del Estado. Por una parte, el denominado Aporte Fiscal Directo, destinado al financiamiento de las universidades existentes al 31.12.1980 y de las instituciones que de ellas se derivaren, esto es, las integrantes del Consejo de Rectores²⁷ (artículo 1°). Por otra parte, se establece el denominado Aporte Fiscal Indirecto, destinado a todas las universidades, institutos profesionales y centros de formación técnica, reconocidos por el Estado como instituciones de educación superior. La ayuda se distribuye entre las instituciones de educación superior que hayan seleccionado a los 27.500 puntajes más altos en la PAA (hoy PSU) (artículo 3°).

En consecuencia, la Administración otorgante, debe limitarse a comprobar la concurrencia de estas variables, cumplidas las cuales está obligada a otorgar la subvención.

iii) Fomento forestal. La subvención forestal se encuentra regulada en el D.L. N° 2.565 y en el D.S. N° 193 de 1998, Ministerio de Agricultura, y es una atribución patrimonial (“bonificación”) que se otorga una sola vez por cada superficie, equivalente a un porcentaje de los costos netos de las actividades que señala la ley y siempre que tales actividades cuenten con la aprobación de “calificación de terrenos de aptitud preferentemente forestal respectiva” (artículo 12 D.L. N° 2.565). La calificación de terrenos de aptitud preferentemente forestal es una certificación que otorga CONAF sobre los terrenos que cumplen con ciertas características técnicas (artículos 4° y 2° D.L. N° 2.565). Entonces, esta certificación es la situación jurídica calificada y previa, cuya simple comprobación da derecho a recibir la subvención.

iv) Subsidio al transporte público de pasajeros. En el caso del llamado subsidio para el transporte público remunerado, regulado por la Ley N° 20.378, la ley destina un monto global de gastos, que se distribuye territorialmente y según cada una de las categorías de servicios de transporte, según una fórmula (artículos 2° y 3° de la ley). Podemos comprobar entonces que el otorgamiento del subsidio está directamente vinculado al título habilitante con que debe gozar el prestador del servicio, esto es, autorización o concesión según corresponda de acuerdo con la Ley N° 18.696.

v) Financiamiento público de las campañas electorales. El financiamiento público a las campañas electorales se otorga, en principio, a los partidos políticos (artículos 13 bis y 14, Ley N° 19.884), calidad que vendría en este caso a constituir el título previo. Para otorgar el financiamiento a candidatos independientes se señalan requisitos especiales (artículo 14, inciso primero, última parte). Luego, acá también sólo existe un procedimiento previo, que otorga una condición jurídica especial, después del cual el otorgamiento de la subvención es reglado.

²⁷ Véase la Ley N° 11.575, artículo 36, letra c).

B. CONCURSO PÚBLICO

1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

La asignación mediante concurso público es actualmente el modelo preferido por el legislador para el otorgamiento de subvenciones.

Aunque no existe un único modelo de concurso en nuestro ordenamiento, es posible observar ciertas constantes, que se describen a continuación. Aunque algunos estatutos especiales se alejan o acercan más al modelo general, en todos encontramos la elección competitiva de los postulantes, elemento común a todos los concursos. Es en este elemento en que se manifiesta la reducción gradual de la discrecionalidad. Las etapas del concurso están destinadas precisamente a reducirla gradualmente, hasta llegar a un momento final en que la autoridad elije al adjudicatario.

La estructura general del procedimiento es la siguiente:

i. Se inicia por la convocatoria que realiza la autoridad, nacional o regional. Esta convocatoria es realizada con una publicidad adicional a la de los actos administrativos comunes, pues se dispone la publicación en periódicos o medios electrónicos.

En la convocatoria se dan a conocer las “bases de postulación”, sea que se hayan elaborado de manera previa, con carácter general, o que se aprueben precisamente para el concurso al que se convoca.

En las bases se especifican las condiciones que deberá cumplir tanto el proyecto, como la ejecución de la actividad o, incluso, el control que ejercerá la autoridad.

ii. Luego, se abre el plazo para presentar postulaciones. Para facilitar la verificación por la autoridad del cumplimiento de los requisitos mínimos para postular, se prevé la obligación de acreditarlos mediante documentos e incluso existe una etapa de examen de admisibilidad. Para hacer el procedimiento más eficaz, se ordena a la autoridad proveer de formularios o medios electrónicos para realizar la postulación, o ambos.

iii. Presentadas las postulaciones, la Administración realiza el proceso de selección. Este proceso puede estar compuesto de dos sub-etapas. Por una parte, la sub-etapa de evaluación, donde a los proyectos se les da un valor o “puntaje” de acuerdo a los criterios objetivos que señala la ley, el reglamento o, en su caso, las bases de postulación. Por otra parte, la sub-etapa de selección, donde se establece qué proyectos en concreto recibirán financiamiento.

En ambas etapas la Administración puede contar con la opinión de comités de expertos.

iv. El proceso termina con la comunicación de los seleccionados al público en general y a los beneficiarios en particular. De acuerdo con Jorge BERMÚDEZ “si transcurre el plazo y no hay resolución expresa, se puede entender que no se concede la subvención aplicándose la regla del silencio administrativo negativo consagrada en el artículo 65 de la LBPA”²⁸.

²⁸ BERMÚDEZ SOTO 2010, p. 198.

v. Antes del perfeccionamiento de la subvención se inserta, en favor de los omitidos, una etapa de impugnación, la que puede fundarse en vicios de imparcialidad de los evaluadores²⁹.

Ahora bien, la subvención se perfecciona con la recepción propiamente tal de la atribución patrimonial en que consiste. Aquí pueden encontrarse dos formas para cumplir con el trámite.

Primero, en los llamados fondos concursables la asignación requiere de la suscripción de un “convenio” entre la Administración y el beneficiario. En este caso la entrega queda perfecta cuando se comprueba que se ha dado cabal cumplimiento al convenio respectivo (v. subsección a).

Segundo, cuando el legislador emplea la expresión “subsidijs”, se entrega al beneficiario un “certificado”, o título transferible, que la Administración paga cuando verifica el cumplimiento de las condiciones de la subvención. Ese certificado se hace abstracto, es decir, se independiza de su causa –el carácter de beneficiario– y es transferible. Esta circunstancia permite que el beneficiario acceda a fuentes de financiamiento, pues su subvención adquiere un valor en el mercado (v. subsección b).

2. TIPOLOGÍA

Como se ha dicho antes, la asignación de subvenciones mediante concurso público admite dos formas específicas. Por una parte, a través de fondos concursables (a) y, por otra, a través de subsidijs transferibles (b).

a) Fondos Concursables

i) Concepto y características

Los fondos concursables son patrimonios creados por la ley y administrados por un órgano de la Administración del Estado, normativamente destinados a financiar actividades de interés público, realizadas por sujetos distintos del ente otorgante³⁰.

Normalmente son administrados por órganos administrativos con carácter descentralizado.

Son asignados mediante concurso público resuelto por la autoridad respectiva con la participación de órganos colegiados, con carácter técnico, que colaboran en la etapa de selección³¹.

²⁹ Estos medios de impugnación deben entenderse supletoriamente en relación a los establecidos por la LBPA. Constituyen recursos contra actos de trámite que hacen imposible continuar el procedimiento, al menos respecto del interesado.

³⁰ V. PANTOJA BAUZÁ 2004, pp. 236-237.

³¹ Por ejemplo, en el caso del Fondo de la Cultura y las Artes la evaluación y selección de los proyectos se realiza por Comités de Especialistas y Jurados, respectivamente. Están sujetos a incompatibilidades e inhabilidades. Los

Finalmente, su entrega requiere de la suscripción de un convenio entre el otorgante y el beneficiario. Las sumas pueden entregarse antes de iniciar la ejecución o cuando ésta ya ha concluido. Sin embargo, la asignación sólo queda perfecta cuando la Administración comprueba que los recursos se han empleado satisfactoriamente en la actividad que originó la subvención.

Son, hoy en día, el medio de fomento típico que emplea el legislador para otorgar subvenciones.

ii) Fuentes positivas de esta categoría

La existencia de este tipo de procedimiento se ha concluido observando las subvenciones de Fomento de las Artes y la Cultura, Fomento del Deporte; Fomento de la Educación y la Investigación, Fomento del Transporte y las Telecomunicaciones, y Fomento social, que se describen a continuación:

(a) Fomento de las Artes y la Cultura. En primer lugar, el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes, está destinado a financiar, total o parcialmente, proyectos, programas, actividades y medidas de fomento, ejecución, difusión y conservación de las artes y el patrimonio cultural en sus diversas modalidades y manifestaciones (artículo 28 Ley N° 19.981).

En segundo lugar, el Capítulo III de la Ley N° 19.891 crea el Fondo de fomento Audiovisual, destinado a otorgar ayudas para el financiamiento de proyectos, programas y acciones de fomento de la actividad audiovisual nacional (artículo 8°)³².

En tercer lugar, el Título II de la Ley N° 19.928 sobre Fomento de la Música Chilena, crea un Fondo para el Fomento de la Música Nacional, destinado a financiar las actividades y objetivos del Consejo de Fomento de la Música Nacional, esto es, la difusión de la música nacional y el otorgamiento de becas de estudio; estudios y campañas de promoción y el estímulo a las orquestas juveniles (artículo 5° Ley N° 19.928). Dado que el Fondo se distribuye entre todas las funciones que le corresponden al Consejo, se distinguen tres modalidades de asignación: concurso público, licitación y asignación directa. Sólo la primera y la tercera se destinan a ayudas, pues la licitación se reserva para la contratación de servicios con cargo al Fondo.

En los tres casos analizados, el elemento discrecional queda manifiesto en el hecho que estos concursos dependen de un juicio acerca del mérito artístico o cultural de las actividades financiadas.

(b) Fomento del Deporte. A su vez, el Fondo Nacional para el Fomento del Deporte, creado por la Ley N° 19.712, se destina a financiar, total o parcialmente, proyectos, programas, actividades y medidas de fomento, ejecución, práctica y desarrollo del deporte en sus diversas modalidades y manifestaciones (artículo 41).

perjudicados pueden impugnar el proceso de selección basándose en tales causales (artículos 12 y siguientes D.S. N° 65 de 2004, Educación).

³² Esta ley habla de "subvenciones reembolsables". Como lo hemos precisado, tales ayudas no son técnicamente subvenciones justamente porque son reembolsables.

(c) *Fomento de la Educación y la Investigación.* En la misma situación se encuentra la subvención especial para la prestación del servicio educacional bajo régimen de jornada escolar completa (artículos 7º Ley Nº 19.532 y 100 y siguientes del Reglamento, D.S. Nº 755, de 1997, Ministerio de Educación). El otorgamiento se perfecciona con la celebración de un convenio (artículo 8º Ley Nº 19.532).

Lo mismo ocurre en el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, destinado a financiar proyectos y programas de investigación científica o tecnológica (D.F.L. Nº 33 de 1981, Ministerio de Educación y D.S. Nº 834 de 1982, Ministerio de Educación). Es administrado por el Consejo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, el que tiene a su cargo su distribución “con total autonomía”, aunque la ley establece que la adjudicación de los recursos se realiza a través de un procedimiento concursal. El reglamento establece los requisitos formales que deben cumplir los postulantes, pero es interesante destacar que el resto de las reglas de otorgamiento se establecen en “normas internas” del Consejo.

(d) *Fomento del Transporte y las Telecomunicaciones.* La Ley Nº 20.378 regula, además del subsidio al transporte remunerado del que ya se trató, un Programa de Apoyo al Transporte Regional. En él, se dispone de una cantidad total de recursos de los cuales se puede disponer mediante concurso (artículo 5º, letra a) de la ley y D.S. Nº 4, de 2010, Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones). La entrega final de los recursos se formaliza a través de un convenio que se celebra entre el Ministerio de Transportes u otras entidades con presencia local.

Un caso especial lo representa el fomento a las telecomunicaciones. El Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones se asigna por concurso público (artículos 28 F y 28 G, Ley Nº 19.724 y D.S. Nº 353, de 2001, Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones). Su formalización no es a través de un convenio sino que mediante el otorgamiento de un título administrativo habilitante (permiso), según las reglas generales de la ley general de telecomunicaciones.

En el caso de las subvenciones a la radiodifusión televisiva, tanto el Fondo CNTV como el Fondo “Antenas” deben otorgarse, por expreso mandato legal, mediante concurso público (artículos 12 b) y 13 bis, Ley Nº 18.838). El desarrollo normativo de esos concursos ha sido abordado por el Consejo mediante resoluciones.

También las subvenciones a los medios de comunicación de alcance local, el otorgamiento sigue este modelo, véase el D.S. Nº 45, de 2001, Ministerio Secretaría General de Gobierno. El otorgamiento se formaliza mediante la suscripción de un convenio de ejecución.

(e) *Fomento Social: pobreza, trabajo y consumo.* Asimismo, el Fondo Mixto de Apoyo Social se otorga a través de este procedimiento (artículos 11 y siguientes del D.S. Nº 266 de 2004, Ministerio de Planificación³³). Sus destinatarios son entidades sometidas a un

³³ Al momento de dictarse esta norma, dicho Ministerio, creado por la Ley Nº 18.989 como Ministerio de Planificación y Cooperación, se denominaba Ministerio de Planificación (en virtud de la Ley Nº 19.999), como se señala en el texto. Hoy en día, su sucesor legal es el Ministerio de Desarrollo Social (Ley Nº 20.530, artículo 17).

registro especial. Del mismo modo, el otorgamiento se formaliza mediante la suscripción de un convenio de ejecución.

En el Fondo de Capacitación y Empleo, en principio, los destinatarios son los empleadores, los organismos técnicos de capacitación y las Universidades, Institutos Profesionales y Centros de Formación Técnica reconocidos por el Ministerio de Educación, y las Municipalidades, todos quienes deben estar en el registro respectivo (artículos 12 y 47 Ley N° 19.518). El procedimiento de asignación es concursal (licitación pública).

El Fondo Concursable para Asociaciones de Consumidores creado por el artículo 11 bis de la Ley N° 19.496, se otorga sólo a las asociaciones registradas que tengan a lo menos 6 meses de vigencia. El procedimiento es concursal y se materializa a través de un convenio (artículos 11 a 17 D.S. N° 37 de 2005, Ministerio de Economía).

Asimismo, el Fondo de Fortalecimiento de las Organizaciones de Interés Público emplea el procedimiento concursal para la asignación de sus recursos. Cabe llamar la atención que el Fondo es administrado por consejos regionales, según bases generales que fije el Consejo Nacional (artículos 21 y siguientes Ley N° 20.500).

b) Subsidios mediante títulos transferibles

i) Definición y características

En nuestro ordenamiento, se llaman “subsidijs” a ciertas ayudas que se entregan por una sola vez al beneficiario, destinadas a una actividad que resulta de interés público. No debe olvidarse que la misma expresión se utiliza para describir las prestaciones o transferencias de carácter asistencial que se otorga a ciertas personas a causa de la situación objetiva de necesidad en que se encuentran. Para distinguirlos llamaremos a los subsidijs que se tratan en esta sección “subsidijs mediante títulos transferibles”. Coincidimos con FERNÁNDEZ y DE LA RIVA³⁴ para quienes deben excluirse del concepto estricto de subvención tales beneficios que, con carácter asistencial, no importan carga alguna. En este punto, la doctrina ha alcanzado algún nivel de acuerdo. Los subsidijs no buscan que el beneficiario alcance el interés general, sino más bien que éste salga de una situación de necesidad o carencia.

Se caracterizan porque la entrega se perfecciona por la emisión de un título transferible o certificado de subsidio. Una vez otorgado el certificado y destinado a la finalidad prevista para la concesión de la subvención, el negocio jurídico –de derecho privado– respectivo contendrá el régimen de afectación al interés público.

ii) Fuentes positivas de esta categoría

La existencia de este tipo de subvenciones se comprueba al observar los siguientes casos presentes en nuestra legislación: subsidijs a la vivienda, subsidijs al deporte, subsidio a

³⁴ FERNÁNDEZ FARRERES 1983, p. 234, DE LA RIVA 2004, pp. 164-165.

las obras de riego, subsidio para la conservación, recuperación y manejo sustentable del bosque nativo, y subsidio a colaboradores del SENAME.

(a) *Subsidios a la vivienda.* El llamado “subsidio” habitacional es una ayuda estatal directa, que se otorga por una sola vez al beneficiario, sin cargo de restitución por parte de éste, y que constituye un complemento del ahorro que necesariamente deberá tener el beneficiario y, en su caso, del crédito habitacional que contrate, para financiar la adquisición o construcción de una vivienda económica, esto es, aquella definida por el artículo 162 LGUC (artículo 1º letra e), D.S. Nº 40 de 2004, Ministerio de Vivienda).

En la misma situación se encuentra el Fondo Solidario de Vivienda, regulado en el D.S. Nº 174 de 2005, Ministerio de Vivienda, destinado a las familias que viven en condiciones de vulnerabilidad (artículo 2º), que se distingue del anterior porque no admite la contratación de créditos con el sector privado y el sistema de subsidio habitacional rural, que se encuentra regulado en el D.S. Nº 145 de 2007, Ministerio de Vivienda.

En todos estos casos se destaca el régimen de afectación al interés público, pues en el contrato de adquisición de la vivienda respectiva consta la prohibición de enajenar y el deber de destinar el inmueble al fin habitacional³⁵.

(b) *Subsidios al deporte.* Puede mencionarse también el subsidio para el deporte, esto es, una ayuda estatal directa que se otorga por una sola vez al beneficiario, sin cargo de restitución, y que constituye un complemento del ahorro previo que necesariamente deberá tener el beneficiario, en que la ayuda estatal queda incorporada en un acto jurídico posterior del beneficiario que debe estar destinado a adquirir, construir o reparar instalaciones deportivas (artículo 51 Ley Nº 19.712).

(c) *Subsidio a las obras de riego.* Es lo que ocurre también en el Fomento a la Inversión en Obras Privadas de riego, que se regulan en la Ley Nº 18.450 y el D.S. Nº 397, de 1996, Ministerio de Agricultura. En este caso, es un importante destacar que el procedimiento termina con la emisión de un “certificado de bonificación al riego y drenaje”.

(d) *Subsidio para la conservación, recuperación y manejo sustentable del bosque nativo.* Similarmente, en el Fondo de conservación, recuperación y manejo sustentable del bosque nativo, creado por la Ley Nº 20.283 –desarrollada por el D.S. Nº 95, de 2008, Ministerio de Agricultura–, el procedimiento de otorgamiento es mediante concurso público (artículo 24 de la ley en relación a los artículos 10 a 23 del reglamento). Una vez otorgado el beneficio –o, incluso, si se ha declarado provisionalmente– el titular puede disponer de él, transfiriéndolo (artículo 34 de la ley).

(e) *Subsidio a colaboradores del SENAME.* Un caso especial, en que concurren varias formas de selección es el de los colaboradores del SENAME. En primer lugar, porque los destinatarios de la subvención deben ser personas jurídicas acreditadas o personas

³⁵ Véanse especialmente los artículos 43 y siguientes del D.S. Nº 40 de 2004, Ministerio de Vivienda. La prohibición se inscribe en el Conservador de Bienes Raíces respectivo. Puede sostenerse que la inscripción tiene por efecto hacer oponible a terceros y darle publicidad a la prohibición, pero produce efectos respecto de las partes en virtud del acto administrativo que otorga el certificado de subsidio.

naturales profesionales³⁶, o sea, deben poseer previamente una calidad jurídica especial y estar incorporados en un registro. En segundo lugar, porque el otorgamiento de la subvención requiere la selección mediante concurso público. En tercer lugar, se celebra un convenio con el destinatario. También se prevé la asignación directa para el caso que el concurso fracase o en emergencias³⁷.

C. ASIGNACIÓN DIRECTA

1. CONCEPTO Y TIPOS

Esta es la modalidad más excepcional de asignación de subvenciones. En ella se despliega en mayor medida la discrecionalidad administrativa, toda vez que la autoridad puede elegir al sujeto beneficiario sin sujetarse a criterios legales para su selección.

Es posible encontrar manifestaciones de esta asignación en dos áreas: cuando la potestad para otorgar subvenciones no tiene aparejados criterios legales de selección y, además, cuando ha fracasado alguno de los otros procedimientos.

2. FUENTES POSITIVAS DE ESTA CATEGORÍA

i) Asignación directa sin criterios legales de selección. En primer lugar, estamos ante esta situación cuando la norma solamente establece la facultad de otorgar la subvención, pero sin relación a otra norma que regule las condiciones objetivas para la asignación.

Eso es lo que ocurre, por ejemplo, con la Ley de Presupuestos del Sector Público para el año 2012 partida 50, capítulo 01, programa 02, subtítulo 24, ítem 01002.

La glosa respectiva señala requisitos formales mínimos y medios de control político de la subvención: *Sólo se podrán otorgar a personas jurídicas del sector privado que no persigan fines de lucro. La Dirección de Presupuestos elaborará trimestralmente una nómina de los decretos totalmente tramitados en el período, que dispongan subvenciones con cargo a esta asignación, identificando sus destinatarios y finalidad, la que remitirá a las Comisiones de Hacienda del Senado y de la Cámara de Diputados dentro de los 15 días siguientes al de vencimiento del respectivo trimestre.*

Cabe destacar que en relación a estos deberes de información, el Tribunal Constitucional ha resuelto lo siguiente:

Que no es extraño, entonces, que estos deberes de información permitan afirmar que se ha configurado un nuevo principio que regula al presupuesto. Además de los clásicos de

³⁶ Deben ser personas jurídicas sin fines de lucro que, con el objeto de desarrollar las acciones previstas en la ley, sean reconocidas como tales, en la forma y condiciones exigidas por la ley y su reglamento (artículo 4° N° 1, Ley N° 20.032 y D.S. N° 841, de 2005, Ministerio de Justicia). También, pueden ser beneficiarios las personas naturales que tengan idoneidad y título profesional para el desarrollo de la línea de acción de diagnóstico (artículo 6° Ley N° 20.032).

³⁷ El concurso público, que sigue la estructura señalada en esta sección, se regula en los artículos 25 de la Ley N° 20.032 y 11 a 22 del Reglamento, D.S. N° 841, de 2005, Ministerio de Justicia.

legalidad (no se puede gastar sin autorización previa), equilibrio presupuestario (los gastos deben corresponder a los ingresos, sin que pueda haber gastos desfinanciados), preponderancia del Ejecutivo (iniciativa exclusiva, reducidas potestades del Congreso, exclusividad en la ejecución), anualidad (presupuesto dura un año), unidad (un solo presupuesto para todo el sector público), universalidad (todos los ingresos y todos los gastos que efectúa el Estado se reflejan en el presupuesto; por excepción cabe el tributo de afectación) y especialidad (fecha de presentación y de despacho definidas, tramitación distinta al resto de las leyes, publicación en el Diario Oficial de sólo un resumen de ella, modificación vía potestad reglamentaria), existe ahora el de transparencia. Éste obliga al Ejecutivo a entregar cierta información de la ejecución presupuestaria al Congreso Nacional (STC Rol N° 1867, C. 30°).

En este mismo caso se encuentran las subvenciones municipales, que son una especie de ayuda destinada a personas jurídicas, públicas o privadas, sin fines de lucro, que colaboren directamente en el cumplimiento de las funciones del Municipio, o bien a las corporaciones y fundaciones de las que formen parte (artículo 5° letra g) y artículo 132 LOCM). La ley no establece un procedimiento especial de asignación.

En ambos casos, como hemos propuesto en otro lugar³⁸, nada impide que la autoridad pueda reducir unilateralmente el ámbito de discrecionalidad a través de resoluciones o bases de convocatoria a presentar proyectos. En cualquier caso, la ausencia de criterios de selección legales acentúa, en las dos hipótesis analizadas, los controles en manos de órganos políticos, en un caso el Congreso y, en el otro, el Concejo Municipal.

ii) Asignación directa frente al fracaso del procedimiento. En segundo lugar, encontramos casos de asignación directa cuando en una subvención que se otorga normalmente por concurso público, excepcionalmente la ley o el reglamento reservan un espacio para la asignación directa.

Esta forma de asignación es empleada excepcionalmente. La regla general es que se empleen otras formas de asignación donde la elección del beneficiario resulta más objetiva.

Las fuentes positivas de esta categoría son las siguientes:

(a) Fondo de Desarrollo Indígena. En el Fondo de desarrollo indígena regulado por el D.S. N° 396 de 1993, del Ministerio de Planificación³⁹, se contempla la asignación de recursos “directamente” para proyectos o programas que sólo sea posible ejecutarlos a través de universidades, organismos de investigación o entidades de alta especialización, los cuales no necesitarán estar inscritos en el Registro. En este caso se requiere aprobación específica del Consejo CONADI (artículo 4°).

(b) Fondo de Protección Ambiental. Asimismo, el Fondo de Protección Ambiental, los proyectos o actividades de protección ambiental, cuyo monto no exceda de 500 UF, son seleccionados por el Director Ejecutivo CONAMA, según bases definidas por el Consejo Directivo (artículo 67 Ley N° 19.300).

³⁸ GARCÍA MACHMAR 2011, pp. 182 y ss.

³⁹ Véase n. 33 sobre la denominación de este Ministerio.

(c) *Financiamiento de la prestación educacional en régimen de jornada completa.* En la Ley N° 19.532, sobre Subvención a la Prestación Educacional en Jornada Escolar Completa, la subvención o “aporte de capital” puede, excepcionalmente y mediante decreto supremo fundado, asignarse por procedimientos distintos al concurso o eximir de algunos requisitos para acceder, en situaciones especiales de necesidad pública, alta vulnerabilidad o fuerza mayor (artículo 7° Ley N° 19.532 y artículo 153 D.S. N° 755 de 1997, Ministerio de Educación).

(d) *Fondo de Fomento Audiovisual.* En el Fondo de Fomento Audiovisual, excepcionalmente, la ley reserva un 20% de los recursos para que puedan ser asignados directamente por el Consejo, sin concurso público, para financiar ciertas actividades (artículos 7° N° 16 y 9° letras e), g) y h) Ley N° 19.891). Acá, el reglamento dispone reglas de imparcialidad, y regula el convenio de ejecución, el cumplimiento de los proyectos y control de estos fondos (D.S. N° 151 de 2005, Ministerio de Educación).

(e) *Fondo de Fomento de la Música Nacional.* En el Fondo de Fomento de la Música Nacional, la asignación directa se emplea para financiar proyectos, a iniciativa de los beneficiarios potenciales. Los proyectos son evaluados por Comités de Especialistas, nombrados por el Presidente del Consejo. La aprobación definitiva de los proyectos se realiza por el Presidente mediante resolución (artículo 28 D.S. N° 187 de 2004, Ministerio de Educación, Reglamento del Fondo). Los aportes se perfeccionan mediante la suscripción de convenios de colaboración entre el Consejo y las entidades receptoras. Si se trata de becas, debe individualizarse a los beneficiarios (artículo 29 Reglamento).

(f) *Fondo de Fomento del Deporte.* Lo mismo ocurre con el Fondo de Fomento del Deporte, donde se reserva una parte para el financiamiento de proyectos deportivos que se encuentren dentro de los fines del Fondo, a iniciativa de los propios postulantes. El Instituto selecciona los proyectos priorizando aquellos destinados al deporte escolar, el monto de aporte de la contraparte, la relación con los planes comunales o regionales de desarrollo deportivo y la proyección de mediano y largo plazo de los proyectos. Para ello debe establecer los parámetros de selección previamente (artículo 19 D.S. N° 46 de 2001, Ministerio Secretaría General de Gobierno).

(g) *Fondo de Conservación, Recuperación y Manejo Sustentable del Bosque Nativo.* Del mismo modo, tratándose del Fondo de conservación, recuperación y manejo sustentable del bosque nativo, los recursos excedentes, o sea, la diferencia que no haya sido entregada a través del sistema concursal, puede entregarse directamente por razones fundadas (artículo 30, Ley N° 20.283, en relación a los artículos 25 y siguientes del D.S. N° 95, de 2008, Ministerio de Agricultura).

D. CONCLUSIONES Y EVALUACIÓN GENERAL

1. Del examen anterior, podemos concluir que, empleando como criterio de clasificación el mayor o menor grado de discrecionalidad entregada a la Administración, en nuestro sistema jurídico existe un sistema racional, que gira en torno a la discrecio-

nalidad, en que se observan tres modelos de procedimiento para otorgar subvenciones, aplicables a todas ellas.

2. En primer lugar, encontramos la asignación reglada de subvenciones, en que la discrecionalidad prácticamente desaparece. La subvención es otorgada a todo aquél que cumple con una situación previamente calificada por la ley en todos los elementos. El caso típico de ella es la subvención a la educación escolar.

3. En segundo lugar, encontramos la asignación a través de concurso público. En este caso, hay un procedimiento administrativo de carácter competitivo, en que se busca entregar la subvención al candidato que satisfaga en mayor grado el interés público. Dentro de esta categoría, distinguimos dos formas de concurso público, por una parte, los fondos concursables (cuyo ejemplo paradigmático son los Fondos de Fomento de las Artes y la Cultura) y los subsidios mediante títulos transferibles (cuyo ejemplo más típico son los diferentes subsidios a la vivienda).

4. Es importante destacar que en la asignación a través de concurso público el procedimiento actúa como un modo de reducir la discrecionalidad de la Administración. De este modo, se entrega un marco para el control a posteriori, esto es, un control limitado a la corrección del procedimiento.

5. En tercer lugar, identificamos la asignación directa, en que la discrecionalidad se manifiesta más intensamente. El caso típico de este modelo son las subvenciones municipales.

6. A modo de evaluación general, esperamos haber entregado criterios sólidos para entender las subvenciones. Queda pendiente hacer un juicio sobre las bondades o perjuicios de ampliar o reducir la discrecionalidad para otorgar subvenciones. Ese juicio sólo puede hacerse a la luz de los controles que se imponen a la Administración. Por ahora, sin embargo, podemos afirmar tentativamente que ahí donde la discrecionalidad es menor resaltarán los controles jurídicos (que demandan una tarea de subsunción). En los demás casos, habrá espacios para controles de eficiencia, de oportunidad o conveniencia, políticos u otros. Ello nos recuerda que, sin quitarle importancia a la ley como rectora de la actividad administrativa, ella no explica por sí sola todo lo que hace la Administración.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AHUMADA DE RAMOS, Francisco (2001): *Materiales para el estudio del Derecho administrativo económico*, (Madrid, Dykinson), 268 pp.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2010): *Derecho Administrativo General*, (Santiago, Ed. Abeledo-Perrot), 349 pp.

CASSAGNE, Juan Carlos (2006): *Derecho Administrativo*, (Buenos Aires, LexisNexis, 7ª ed.), t II, 663 pp.

DE LA RIVA, Ignacio (2004): *Ayudas Públicas*, (Buenos Aires, Hammurabi), 656 pp.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (1983): *La subvención: concepto y régimen jurídico*, (Madrid, Instituto de Estudios Fiscales), 848 pp.

- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (1987), “De nuevo sobre la subvención y su régimen jurídico en el derecho español”, en: *Revista de Administración Pública*, N° 113, 1987.
- _____ (2005): “Subvenciones”, en: MUÑOZ MACHADO, Santiago [Dir.], *Diccionario de Derecho Administrativo*, t II, (Madrid, Iustel), 2005.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2011): “Concepto y naturaleza de la subvención en el Derecho chileno. El caso de la concesión de obra pública”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, pp. 329-367.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2012): “El régimen jurídico de los premios nacionales en el derecho chileno”, en: *Revista Ius Publicum*, N° 29, pp. 60 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2004): *Curso de derecho administrativo* (Madrid, Thomson-Civitas), t I, 12ª ed., 847 pp. y t II, 9ª ed., 748 pp.
- GARCÍA MACHMAR, William (2011): *La subvención en el derecho administrativo*, (Santiago, Librotecnia) 319 pp.
- GIMENO FELIÚ, José María (2005): “La técnica de fomento del desarrollo económico: la subvención”, en: José BERMEJO VERA [Dir.], *Derecho administrativo. Parte especial*, (Madrid, Thomson-Civitas), 6ª ed., 1282 pp.
- MALJAR, Daniel (1998): *Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos*, (Buenos Aires, Ed. Hammurabi), 343 pp.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (1988): *Derecho Administrativo Económico*, (Madrid, Ed. La Ley), t I, 505 pp.
- MAURER, Hartmut (2011): *Derecho Administrativo. Parte General*, (Madrid, Marcial Pons), 549 pp. Trad. de la 17ª ed. alemana de 2009 por Gabriel Doménech Pascual [Dir.].
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2004): *Principios de Derecho Administrativo General*, (Madrid, Iustel), t II, 796 pp.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2006): “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo” en: BARNÉS, Javier (editor), *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, (Sevilla, Global Law Press), pp. 15-132.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1963): *De la libertad de enseñanza y del estatuto jurídico de las subvenciones a la enseñanza privada*, (Santiago, Editorial Universitaria), 70 pp.
- SOTO VELASCO, Sebastián (2009): “Subsidios, permisos y condiciones: la doctrina de las condiciones inconstitucionales en Estados Unidos y su aplicación en Chile”, en: *Revista Chilena de Derecho*, V. 36, pp. 115-141.
- STEWART, Richard (1975): “The Reformation of American Administrative Law”, en: *Harvard Law Review*, Vol. 88, N° 8, pp. 1667-1813.
- TOMLINSON, Edward A. y MASHAW, Jerry L. (1972): “The Enforcement of Federal Standards in Grant-in-Aid Programs: Suggestions for Beneficiary Involvement”, en: *Virginia Law Review*, Vol. 58, N° 4, pp. 600-693.

NORMAS CITADAS

- Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 1998, Ministerio de Educación, que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 1996, sobre Subvención del Estado a Establecimientos Educativos. *Diario Oficial*, 28 de noviembre de 1998.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 4 de 1981, Ministerio de Educación Pública, que Fija Normas sobre Financiamiento de las Universidades. *Diario Oficial*, 20 de enero de 1981.

- Decreto con Fuerza de Ley N° 33 de 1981, Ministerio de Educación Pública, que Crea Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico y fija Normas de Financiamiento de la Investigación Científica y Tecnológica. *Diario Oficial*, 27 de octubre de 1981.
- Decreto Supremo N° 40 de 2004, Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Nuevo reglamento del sistema de subsidio habitacional. *Diario Oficial*, 19 de marzo de 2004.
- Decreto Supremo N° 46 de 2001, Aprueba reglamento del fondo nacional para el fomento del deporte y de las donaciones con fines deportivos sujetas a franquicia tributaria. *Diario Oficial*, 10 de septiembre de 2001.
- Decreto Supremo N° 65 de 2004, Ministerio de Educación, que Aprueba reglamento del fondo nacional de desarrollo cultural y las artes. *Diario Oficial*, 25 de marzo de 2004.
- Decreto Supremo N° 95 de 2009, Ministerio de Agricultura, Reglamento del fondo de conservación, recuperación y manejo sustentable del bosque nativo. *Diario Oficial*, 5 de octubre de 2009.
- Decreto Supremo N° 145, de 2007, Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Nuevo reglamento del sistema de subsidio habitacional rural. *Diario Oficial*, 9 de octubre de 2007.
- Decreto Supremo N° 151 de 2005, Ministerio de Educación, que Aprueba reglamento del fondo de fomento audiovisual. *Diario Oficial*, 12 de septiembre de 2005.
- Decreto Supremo N° 174, de 2005, Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que Reglamenta programa Fondo Solidario de Vivienda. *Diario oficial*, 9 de febrero de 2006.
- Decreto Supremo N° 187 de 2004, Ministerio de Educación, que Aprueba reglamento del fondo de fomento de la música nacional. *Diario Oficial*, 25 de octubre de 2004.
- Decreto Supremo N° 235 de 2008, Ministerio de Educación, que Aprueba reglamento de la Ley N° 20.248, que establece una subvención escolar preferencial para niños y niñas prioritarios. *Diario Oficial*, 30 de mayo de 2008.
- Decreto Supremo N° 587 de 1993, Ministerio de Educación, que Aprueba reglamento del fondo nacional de fomento del libro y la lectura. *Diario Oficial*, 30 de agosto de 1993.
- Decreto Supremo N° 664, de 2008, Ministerio de Educación. Modifica concesión de servicio público de telefonía móvil a la empresa Telefónica Móviles Chile S.A. *Diario Oficial*, 22 de septiembre de 2008.
- Decreto Supremo N° 755 de 1997, Ministerio de Educación, que Aprueba reglamento de la Ley N° 19.532, que crea el régimen de jornada escolar completa diurna y dicta normas para su aplicación. *Diario Oficial*, 22 de enero de 1998.
- Decreto Supremo N° 8.144, de 1980, Ministerio de Educación, que Reglamenta Decreto Ley N° 3.476, de 1980, sobre Subvenciones a Establecimientos Particulares Gratuitos de Enseñanza. *Diario Oficial*, 4 de noviembre de 1980.
- Ley N° 18.838, que Crea el Consejo Nacional de Televisión. *Diario Oficial*, 30 de septiembre de 1989.
- Ley N° 18.989, que Crea el Ministerio de Planificación y Cooperación. *Diario Oficial*, 19 de julio de 1990.
- Ley N° 19.227, que Crea Fondo Nacional de Fomento del Libro y la Lectura, y modifica cuerpos legales que señala. *Diario Oficial*, 10 de julio de 1993.
- Ley N° 19.302, que Introduce modificaciones que indica en la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones. *Diario Oficial*, 10 de marzo de 1994.
- Ley N° 19.496, que Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. *Diario Oficial*, 7 de marzo de 1997.
- Ley N° 19.518 que Fija nuevo Estatuto de Capacitación y Empleo. *Diario Oficial*, 5 de octubre de 1997.
- Ley N° 19.532, que Crea el Régimen de Jornada Escolar Completa Diurna y dicta normas para su aplicación. *Diario Oficial*, 17 de noviembre de 1997.

- Ley N° 19.712, Ley del Deporte. *Diario Oficial*, 9 de febrero de 2001.
- Ley N° 19.891, que Crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes. *Diario Oficial*, 23 de agosto de 2003.
- Ley N° 19.928, Sobre Fomento de la Música Chilena. *Diario Oficial*, 31 de enero de 2004.
- Ley N° 20.000, que Sustituye la Ley N° 19.366, que Sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. *Diario Oficial*, 16 de febrero de 2005.
- Ley N° 20.027, que Establece Normas para el Financiamiento de Estudios de Educación Superior. *Diario Oficial*, 11 de junio de 2005.
- Ley N° 20.248, que Establece Ley de Subvención Escolar Preferencial. *Diario Oficial*, 1 de febrero de 2008.
- Ley N° 20.283. Ley sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal. *Diario Oficial*, 30 de julio de 2008.
- Ley N° 20.330, Fomenta que profesionales y técnicos jóvenes presten servicios en las comunas con menores niveles de desarrollo del país. *Diario Oficial*, 25 de febrero de 2009.
- Ley N° 20.378 que Crea un Subsidio Nacional para el Transporte Público Remunerado de Pasajeros. *Diario Oficial*, 5 de septiembre de 2009.
- Ley N° 20.433, que Crea los Servicios de Radiodifusión Comunitaria Ciudadana. *Diario Oficial*, 4 de mayo de 2010.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Requerimiento de un grupo de senadores respecto de la constitucionalidad de tres glosas contenidas en el proyecto de Ley de Presupuestos del Sector Público para el año 2011*, Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1867, de 30 de diciembre de 2010.

PRESCRIPCIÓN DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

EDUARDO CORDERO QUINZACARA*

La prescripción de la responsabilidad administrativa constituye un principio de aceptación reciente por parte de nuestra jurisprudencia administrativa y judicial. En efecto, durante largo tiempo la Contraloría sostuvo que, ante la ausencia de norma expresa, debía entenderse que la infracción administrativa y su sanción eran imprescriptibles, ya que las disposiciones que la regulaban son de Derecho público y, por tanto, de Derecho estricto y en ningún caso susceptibles de aplicación analógica¹.

El cambio jurisprudencial lo marca la Corte Suprema a partir del año 1999, sobre la base de entender que el Código Penal constituía el Derecho común respecto de la responsabilidad infraccional, aplicando un plazo de 6 meses previstos en el artículo 94 de dicho cuerpo legal para las faltas². Posteriormente sería seguida en este criterio por la Contraloría en su Dictamen N° 14.571, de 2005, en donde dirá: *...atendida la inexistencia de una norma especial que regule la prescripción de las infracciones en la materia a que se refiere la presentación de la especie, la consideración del principio básico de la seguridad jurídica y, especialmente, de la garantía constitucional establecida en el artículo 19 N° 3 del Texto Supremo, relativa a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos de las personas, esta Contraloría General debe concluir que para la aplicación de las sanciones que administrativamente disponga la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, ese organismo debe tener en consideración las normas pertinentes sobre prescripción establecidas en el Derecho Penal.*

Si bien éste es el criterio que actualmente se mantiene en la jurisprudencia administrativa, no ha ocurrido lo mismo respecto de la jurisprudencia judicial, particularmente con la Corte Suprema, ya que durante el año 1999 se dictaron algunas sentencias que cambiaron de parecer, sosteniendo que era imposible jurídicamente asimilar la contravención administrativa a una falta penal, por lo que no era procedente aplicar en la materia el Código Penal. Para tal efecto, nuestro máximo tribunal integró esta laguna recurriendo al Código Civil, en su calidad de derecho común, particularmente a las

* Profesor de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

¹ Dictamen N° 35.991, de 1982, de Contraloría General de la República.

² Sentencia de la Corte Suprema de 27 de mayo de 1999, Rol N° 2989-98. Se puede consultar como *Casanova Montecinos, Gervasio con Servicio de Impuestos Internos*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, N° 2-1999, mayo 1999, pp. 135-137.

normas de la prescripción civil de 5 años³. Sin embargo, esta posición no se ha mantenido en el tiempo y en sentencias recientes la Corte Suprema ha ratificado el plazo de prescripción de 6 meses en los siguientes términos:

Que el análisis de la materia en referencia debe iniciarse desestimando toda posición que propugne la imprescriptibilidad de las infracciones y sanciones administrativas respecto de aquellas situaciones donde la ley correspondiente no haya establecido de manera expresa un plazo determinado para que opere la prescripción.

Como lo ha afirmado reiteradamente esta Corte, refiriéndose al tema, la prescripción extintiva constituye un principio general de derecho que adquiere presencia plasmandose positivamente en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, resultando excluida sólo en aquellos casos donde por ley o atendida la naturaleza de la materia, se establece la imprescriptibilidad de las acciones.

[...] Se entiende que el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal tienen un origen común en el ius puniendi único del Estado, del cual constituyen manifestaciones específicas tanto la potestad sancionatoria de la Administración como la potestad punitiva de los Tribunales de Justicia.

De esta similitud se desprende como consecuencia la posibilidad de aplicar supletoriamente en el ámbito de las sanciones administrativas algunos de los principios generales que informan al Derecho Penal.

[...] Que al término de las reflexiones anteriores no cabe sino concluir, en congruencia con las ideas en ellas expresadas, –que han sido, en lo esencial, compartidas por la jurisprudencia reiterada de esta Corte– que, en ausencia de una regla específica sobre el punto, las infracciones y sanciones administrativas deben prescribir en el plazo de seis meses establecido para las faltas en los artículos 94 y 97 del Código Penal.⁴

ANEXOS:

1. FICHA DE LA SENTENCIA COMENTADA

<p><i>Materia:</i> Prescripción de las infracciones y sanciones administrativas <i>Descriptor:</i> Prescripción de las infracciones/Sanciones Administrativas <i>Órgano Competente:</i> Corte Suprema <i>Tipo de Acción:</i> Recurso de Casación en el fondo <i>Rol:</i> N° 2.563-2010 <i>Fecha:</i> 2 de abril de 2012 <i>Partes:</i> Martins Alejandro Raúl contra Instituto de Salud Pública</p>

³En entre otras, las sentencias de la Corte Suprema de 3 de agosto de 2009, Rol N° 3288-09; de 10 de septiembre de 2009, Rol N° 3357-09, y de 15 de octubre de 2009, Rol N° 5702-09.

⁴ Considerandos 5° a 9°, Sentencia de la Corte Suprema, 2 de abril de 2012, Rol N° 2563-2010. *Ídem.* N° 2501-2010, de la misma fecha.

Ministros Mayoría / Minoría: Héctor Carreño, María Eugenia Sandoval y los Abogados Integrantes Jorge Baraona y Alfredo Prieto B/ Pedro Pierry Arrau

Ministro redactor: María Eugenia Sandoval

Normativa relevante citada: artículos 20, 21 y 93 a 97 del Código Penal; artículo 2515 del Código Civil y artículos 171 y siguientes del Código Sanitario

Cita Online: CL/JUR/758/2012; 59847

Hechos: la autoridad sanitaria tomó conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción el día 10 de abril de 2003, iniciándose el sumario sanitario el día 5 de julio de 2005, el cual concluyó con la Resolución Exenta N° 001093 de 3 de febrero de 2006 que impuso una multa de 30 unidades tributarias mensuales a don Alejandro Raúl Martins, en su calidad de representante legal de Laboratorio Bestpharma S.A., por infracción al Decreto Supremo N° 1.876 de 1995 del Ministerio de Salud

Doctrina: Aun cuando la ley no haya establecido de manera expresa un plazo para que opere la prescripción, las infracciones y sanciones administrativas son prescriptibles, ello atendido a que la prescripción extintiva constituye un principio general de derecho, que propende al resguardo del orden social y a la seguridad, resultando excluida sólo cuando se establece la imprescriptibilidad de las acciones. De allí que juristas como Savigny hayan afirmado que se trata de una de las instituciones más importantes y saludables en el campo del derecho. Con todo, corresponde determinar el plazo con que cuenta la Administración para ejercer las acciones destinadas a fiscalizar y sancionar los ilícitos ubicados en el ámbito de su potestad represiva. En este sentido, no parece razonablemente la sujeción al plazo común de prescripción de 5 años previsto en el Código Civil, puesto que no es dable exigir el mismo grado de diligencia y esmero en el resguardo de sus intereses a personas con patrones medianos de cultura, como son, en general, los destinatarios del derecho común, que a los órganos de la Administración. La conclusión, obvia, que de ello se sigue no puede ser otra que los agentes fiscalizadores en lo administrativo deben contar con un régimen general de plazos más exiguos en el ejercicio de sus funciones de supervisión que los que el ordenamiento reconoce al acreedor común para la cautela de sus derechos. Por lo tanto, las infracciones y sanciones administrativas deben prescribir en el plazo de seis meses establecido para las faltas en los artículos 94 y 97 del Código Penal.

2. SENTENCIA COMENTADA

Santiago, dos de abril del año dos mil doce.

Vistos:

En estos autos Rol N° 2563-2010, sobre juicio sumario regido por el artículo 171 del Código Sanitario, el Instituto de Salud Pública ha interpuesto recurso de casación en

el fondo en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que acogió la excepción de prescripción de la acción para perseguir la infracción sancionada, omitiendo pronunciarse acerca de la apelación deducida por el actor respecto de la sentencia que había rechazado su reclamación.

Considerando:

PRIMERO: Que el recurso de nulidad sustancial denuncia la infracción de los artículos 94 del Código Penal y 2515 del Código Civil.

Explica el recurrente que yerra la sentencia al aplicar el primero de los artículos en lugar del último, como consecuencia de concluir que la infracción administrativa tiene naturaleza de falta penal dado que su comisión se sanciona con multa. Expresa que examinado el artículo 21 del Código Penal, éste divide las penas en penas de crímenes, de simples delitos y de faltas, indicando seguidamente que la multa es una pena común a las tres clases anteriores. Señala que el solo hecho que un acto ilegal sea castigado con una sanción de multa no lo convierte en una falta, pues bien pueden sancionarse con multa los crímenes o simples delitos. Agrega que el artículo 20 del Código Penal establece que no se reputan penas las multas que los superiores impongan a sus administrados en uso de sus atribuciones gubernativas. Concluye entonces que la multa administrativa no es una pena y por ello no puede ser utilizada como elemento para determinar la naturaleza jurídica de falta atribuida a la infracción administrativa.

Aduce que además es necesario tener en cuenta que el *ius puniendi* no es sinónimo de derecho penal, pues también existe la potestad sancionatoria de la Administración. A este respecto, destaca que existen ciertas limitaciones al derecho penal que no le son aplicables a la mencionada potestad. En este sentido, desarrolla que en lo relativo al principio de legalidad, las infracciones administrativas se encuentran mayoritariamente contenidas o complementadas por normas de rango reglamentario; en cuanto al principio de culpabilidad se aprecia que en algunas reglamentaciones administrativas se permite sancionar a personas jurídicas; en lo relativo al principio de mínima intervención, expresa que dado que la sanción administrativa es un medio para asegurar a la Administración el cumplimiento de sus fines, en particular de carácter regulatorio, mientras más avanzan las regulaciones administrativas de actividades comerciales, más avanza el derecho administrativo sancionador; y en cuanto al principio de *non bis in idem*, ya que es posible sancionar a una persona por un mismo hecho que puede ser constitutivo de un delito y de una infracción administrativa. Por otra parte, asevera que el origen de la potestad sancionatoria radica en el hecho que a la Administración Pública le corresponde como esencial misión la satisfacción de las necesidades de índole general por lo que ha aglutinado una gran cantidad de funciones lo que le exige estar dotada de nuevos medios para permitir el logro efectivo de sus fines. Concluye que el derecho común aplicable y a falta de normas expresas que regulen determinadas situaciones –como la prescripción de la acción infraccional– es el derecho civil, en suma, el Código Civil, el cual en su artículo 2515 inciso primero establece que la prescripción de las acciones ordinarias es de cinco años, de manera tal que habiendo transcurrido

entre la fecha de denuncia materia del sumario sanitario –10 de abril de 2003– y la fecha de inicio del mismo –5 de julio de 2005– un plazo inferior a 5 años la excepción de prescripción opuesta por el reclamante debió ser desechada.

SEGUNDO: Que al explicar la forma como el error de derecho denunciado influyó en lo dispositivo de la sentencia, el recurso señala que de haberse aplicado correctamente los preceptos citados la decisión habría sido la contraria a la que se asentó, esto es, se habría desestimado la excepción de prescripción y, en definitiva, se habría rechazado la reclamación deducida.

TERCERO: Que la sentencia de segunda instancia estableció que los hechos en que se funda el sumario sanitario corresponden a una falta al Código Sanitario. Expresa que cualquier ejercicio de parte del Estado en su potestad sancionadora debe atenerse a lo que el código punitivo contempla, pues es el único parámetro especialmente dirigido al ejercicio de tal imperio. Luego de señalar que los artículos 93 a 95 del Código Penal establecen que la acción penal relativa a las faltas prescribe en seis meses, concluye que como la denuncia de la infracción tuvo lugar el 10 de abril de 2003 y que la resolución que ordenó instruir el sumario sanitario data del 5 de julio de 2005, es evidente que entre ambas fechas transcurrió con creces el plazo de seis meses.

CUARTO: Que el análisis de la materia en referencia debe iniciarse desestimando toda posición que propugne la imprescriptibilidad de las infracciones y sanciones administrativas respecto de aquellas situaciones donde la ley correspondiente no haya establecido de manera expresa un plazo determinado para que opere la prescripción.

Como lo ha afirmado reiteradamente esta Corte, refiriéndose al tema, la prescripción extintiva constituye un principio general de derecho que adquiere presencia plasmándose positivamente en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, resultando excluida sólo en aquellos casos donde por ley o atendida la naturaleza de la materia, se establece la imprescriptibilidad de las acciones.

Ella representa, en efecto, junto a otras instituciones como la caducidad, los plazos, el abandono del procedimiento y la preclusión, una manifestación determinante, en el ámbito de las relaciones jurídicas, del factor tiempo.

Mediante la prescripción extintiva se propende al resguardo del orden social y a la seguridad, estabilidad y consolidación de las relaciones jurídicas. De allí que juristas como Savigny hayan afirmado que se trata de una de las instituciones más importantes y saludables en el campo del derecho y que se haya agregado que resulta condición insustituible para la tranquilidad colectiva, desde que sin ella la sociedad sería un caos o un estado de conflicto permanente.

QUINTO: Que aceptándose entonces como premisa que aun en el silencio de la ley –tal como ocurre en el caso de que se trata en estos autos– las infracciones y sanciones administrativas han de someterse a los efectos jurídicos de la prescripción, corresponde determinar la modalidad del plazo o extensión del tiempo con que cuenta la Administración para ejercer las acciones destinadas a fiscalizar y sancionar los ilícitos ubicados en el ámbito de su potestad represiva.

SEXTO: Que semejante cuestión se encuentra íntimamente vinculada con la naturaleza de las sanciones administrativas y del Derecho Administrativo sancionador, bajo cuyo imperio aquéllas se investigan y aplican por la Administración.

Se entiende que el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal tienen un origen común en el *ius puniendi* único del Estado, del cual constituyen manifestaciones específicas tanto la potestad sancionatoria de la Administración como la potestad punitiva de los Tribunales de Justicia.

De esta similitud se desprende como consecuencia la posibilidad de aplicar supletoriamente en el ámbito de las sanciones administrativas algunos de los principios generales que informan al Derecho Penal.

SÉPTIMO: Que corresponde desestimar, asimismo, la opinión —que también suele sustentarse— proclive a aplicar supletoriamente en el derecho administrativo sancionador el plazo de 5 años establecido en el artículo 2515 del Código Civil para la prescripción de largo tiempo, propia de las acciones ordinarias vinculadas al derecho de las obligaciones, tanto por la distinta naturaleza que ostentan las acciones relativas al ámbito sancionatorio —de indiscutible pertenencia al campo del Derecho Público— y aquéllas que sirven para salvaguardar las acreencias del derecho común, inspiradas en principios jurídicos pertenecientes al orden privado y reguladas en dicho Código, como en razón de los fundamentos sobre los que reposa el instituto de la prescripción extintiva.

En efecto, para que ésta pueda operar deben conjugarse dos factores: por un lado, el transcurso del tiempo y, por el otro, la inactividad del acreedor, cuya desidia en la cautela de su derecho es castigada por el legislador con la prescripción de la acción pertinente.

Desde esta última perspectiva, no parece razonablemente justificada la sujeción de ambas clases de acciones al plazo común de prescripción de 5 años previsto en el Código Civil, puesto que no es dable exigir el mismo grado de diligencia y esmero en el resguardo de sus intereses a personas con patrones medianos de cultura, como son, en general, los destinatarios del derecho común, que a los órganos de la Administración, institucionalmente encargados de ejercer las potestades sancionatorias, cuyos integrantes necesariamente deben contar con capacidades, destrezas y recursos jurídicos, materiales y tecnológicos adecuados para cumplir con oportunidad el mandato que la ley les impone en orden a fiscalizar y perseguir las conductas que transgreden el ordenamiento administrativo en procura de su adecuada sanción.

La conclusión, obvia, que de ello se sigue no puede ser otra que los agentes fiscalizadores en lo administrativo deben contar con un régimen general de plazos más exigüos en el ejercicio de sus funciones de supervisión que los que el ordenamiento reconoce al acreedor común para la cautela de sus derechos.

OCTAVO: Que en el orden de los principios rectores y de los razonamientos desarrollados precedentemente, no corresponde dar cabida a las argumentaciones que a veces suelen aducirse acerca de que un plazo de prescripción de seis meses resultaría exigüo para sanciones relativas a contravenciones que afectan a bienes jurídicos de trascen-

dencia en el ámbito social y económico. Dicha consideración si bien resulta atendible, no puede tener cabida por cuanto se trata de una cuestión que está dentro de la esfera de competencia del legislador, el cual cuenta para ello con dos vías: establecer, con carácter general, una graduación en los plazos de prescripción, atendida la gravedad de las infracciones, como se postula en el Proyecto de Ley sobre Bases de los Procedimientos Administrativos Sancionatorios; o bien fijar en la ley particular un término de prescripción acorde con la entidad de las contravenciones a sancionar, como ocurrió con la Ley N° 20.361 que, modificando el artículo 20 del D.L. N° 211 de 1973, que fija Normas sobre Protección a la Libre Competencia, elevó a cinco años el plazo de prescripción de las acciones destinadas a perseguir las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° de dicho cuerpo legal (relacionadas con acuerdos colusivos entre agentes económicos en desmedro de la libre competencia en los mercados).

NOVENO: Que al término de las reflexiones anteriores no cabe sino concluir, en congruencia con las ideas en ellas expresadas, —que han sido, en lo esencial, compartidas por la jurisprudencia reiterada de esta Corte— que, en ausencia de una regla específica sobre el punto, las infracciones y sanciones administrativas deben prescribir en el plazo de seis meses establecido para las faltas en los artículos 94 y 97 del Código Penal.

DÉCIMO: Que, acorde con lo razonado, en la especie la autoridad sanitaria tomó conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción el día 10 de abril de 2003, iniciándose el sumario sanitario el día 5 de julio de 2005, el cual concluyó con la resolución exenta N° 001093 de 3 de febrero de 2006 que impuso una multa de 30 unidades tributarias mensuales a don Alejandro Raúl Martins, por su calidad de representante legal de Laboratorio Bestpharma S.A., por infracción al Decreto Supremo N° 1.876 de 1995 del Ministerio de Salud. En consecuencia, aplicando el artículo 94 del Código Penal, la infracción imputada al reclamante se encontraba prescrita al momento de ejercer el ente fiscalizador la acción persecutoria correspondiente.

UNDÉCIMO: Que por lo precedentemente expuesto y razonado el recurso de casación en el fondo debe rechazarse, puesto que los sentenciadores al acoger la prescripción opuesta por el actor no han incurrido en las transgresiones de ley denunciadas.

De conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 764, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de la presentación de fojas 199 en contra de la sentencia de veintinueve de enero del año dos mil diez, escrita a fojas 197.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Pierry, quien estuvo por acoger el recurso de casación en el fondo deducido y rechazar la petición de prescripción extintiva de la acción infraccional ejercida por la demandante, por las siguientes consideraciones:

1º) Que es útil precisar que la circunstancia de encontrarse reguladas algunas responsabilidades por normas de derecho público no impide que ellas puedan extinguirse por el transcurso del tiempo, en razón que la prescripción es de carácter universal e indispensable para asegurar criterios de certeza y seguridad en las relaciones jurídicas y,

por ello, puede operar en todas las disciplinas que pertenecen al derecho público. Por consiguiente, acorde a este predicamento, la prescripción de las acciones procede en nuestro derecho positivo como regla general, la que sólo cesa cuando por ley se determine su imprescriptibilidad.

2º) Que asentada la premisa que la prescripción, como regla general, es aplicable también en el ámbito del derecho administrativo sancionador, cabe consignar que el Código Sanitario no contempla disposiciones que establezcan la imprescriptibilidad de las acciones destinadas a castigar las infracciones administrativas relativas a la normativa del ramo.

3º) Que ante la ausencia de norma expresa en el ordenamiento citado, y tratándose de disposiciones especiales, debe entenderse que –en lo no contemplado expresamente en ellas– deben aplicarse supletoriamente las reglas del derecho común que, según la materia específica, correspondan.

4º) Que en orden a dilucidar esta cuestión cabe considerar que en el ámbito que se trata no corresponde aplicar la prescripción de seis meses que respecto de las faltas contempla el artículo 94 del Código Penal. En efecto, la sola circunstancia que la infracción conlleve una sanción pecuniaria no transforma ese ilícito en una falta penal o deba reputársele como tal, toda vez que esta sanción es, según el artículo 21 del Código Penal, una pena común para los crímenes, simples delitos y también para las faltas.

5º) Que si bien la potestad sancionadora de la Administración forma parte del denominado “ius puniendi” del Estado, no es menos cierto que la sanción administrativa es independiente de la sanción penal, por lo que debe hacerse una aplicación matizada de los principios del derecho penal en materia de sanción administrativa, no siendo razonable aplicar el plazo de prescripción de las faltas, porque al ser una prescripción de corto tiempo –seis meses– resultaría eludida la finalidad del legislador de dar eficacia a la Administración en la represión de estos ilícitos y la sanción contemplada en la ley carecería de toda finalidad preventiva general.

6º) Que esta independencia entre la sanción administrativa y la sanción penal queda claramente establecida si se considera que la primera puede afectar a las personas jurídicas, en cambio, en la legislación penal chilena ello resultaría imposible.

7º) Que, por lo demás, las consideraciones que la jurisprudencia y la doctrina han venido formulando acerca de la unidad del poder sancionador del Estado –más allá de las naturales diferencias entre las sanciones administrativas y las penales– y a la necesidad de someter a unas y otras a un mismo estatuto de garantías, sus diferencias no pueden ser dejadas de comprender o soslayar y de ser apreciadas separadamente.

8º) Que, en efecto, si bien principios elementales entre una y otra son comunes y lógicos, como ocurre con los relativos al *non bis in idem*, a la irretroactividad de la ley sancionadora, al principio pro reo y a la necesidad de prescripción de la respectiva acción persecutoria, no es posible desentenderse de la imposibilidad jurídica que se advierte en asimilar la contravención administrativa a una falta penal –única manera de concluir

en un plazo de prescripción de seis meses para la respectiva acción persecutoria— la que surge de la naturaleza intrínseca del castigo.

9º) Que, desde luego, por cuanto la sanción penal presenta características ineludibles, suficientemente estudiadas por la doctrina, como son las de su moralidad, esto es, su fundamento ético; su afflictividad, destinada al restablecimiento del equilibrio social perturbado; su proporcionalidad a la naturaleza de la ilicitud penal de que se trate; su personalidad o individualidad; su igualdad, esto es, una misma conducta debe tener una idéntica sanción; su ejemplaridad, es decir, su potencialidad de intimidación; su publicidad, no sólo respecto del castigo sino del justo proceso que a ella condujo; su certeza e ineludibilidad; su prontitud, en relación a su comisión; su revocabilidad para remediar una eventual injusticia; su temporalidad y divisibilidad, para amoldarse a las características del hechor, todas condiciones no necesariamente presentes en la sanción administrativa, pero sí, aplicables a crímenes, simples delitos y faltas.

10º) Que, además, si bien en doctrina es posible hablar de algunos simples delitos y faltas como “delitos bagatelas o enanos”, no por ello han dejado de ser tratados como infracciones propias del derecho penal e interpretados de acuerdo con sus principios. De donde se desprende que por nimia que fuere la sanción anexa al hecho, éste no deja de ser delito penal por tal circunstancia.

11º) Que, de otra parte, tampoco puede decirse del derecho penal o del derecho procesal penal que formen parte del derecho común (*Corpus Iuris Civilis*), puesto que los primeros, son especiales en relación al último, atendida la limitada proporción de ciudadanos al cual se aplican, la particularísima función social que desempeñan y la finalidad directa a la cual apuntan. Por otra parte, ha sido costumbre de los juristas, desde los tiempos romanos, aludir al derecho civil como al derecho común por excelencia, puesto que todo ser humano, desde la inscripción de su nacimiento hasta aquella de su defunción, ha vivido en todos los actos jurídicos de su existencia sujeto a este derecho; y, muy excepcionalmente, al derecho penal y procesal penal, si llegara a incurrir en delito.

12º) Que también es útil recordar el artículo 20 del Código Penal, en cuanto señala que “No se reputan penas... las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas”. Estas últimas, las atribuciones gubernativas, son aquellas que corresponden al Estado administrador como propias del *ius puniendi* que le pertenece en el ámbito administrativo respectivo.

13º) Que, por último, aceptar la prescripción de seis meses para la aplicación de la sanción administrativa atenta contra la debida relación y armonía que debe guardar la legislación, ya que no resulta coherente que la acción disciplinaria por responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos prescriba en cuatro años, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 158 del Estatuto Administrativo y 154 del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales y, en cambio, tratándose de la acción sancionatoria dirigida contra particulares, prescriba en el plazo de seis meses.

14º) Que, entonces, el defecto normativo de omisión de un plazo razonable y prudente de prescripción en el Código Sanitario, en que incurriera el legislador, impone el deber de encontrar en la legislación positiva, actual y común, la solución del problema que ha sido promovido debiendo acudir a las normas generales del derecho común dentro del ámbito civil y, en ese entendido, hacer aplicación a la regla general de prescripción extintiva de cinco años a que se refiere el artículo 2515 del Código Civil.

15º) Que, en este punto conviene destacar que la aplicación de la normativa del ordenamiento civil en materia de prescripción de las acciones que aquí se tratan no lo es en carácter supletorio, basada en principios generales del derecho, sino en virtud de un mandato expreso del legislador, consignado en el artículo 2497 del Código Civil, conforme al cual las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo.

16º) Que entonces, habida consideración a la fecha en que se inició el sumario sanitario contado desde la fecha de la infracción no había transcurrido el plazo de cinco años, contemplado en el artículo 2515 del Código Civil, cabe concluir que los jueces del fondo incurrieron en yerro jurídico al concluir que la acción sancionatoria se encontraba prescrita.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo de la Ministra Sra. Sandoval y la disidencia a cargo de su autor.

Rol N° 2563-2010.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. María Eugenia Sandoval G. y los Abogados Integrantes Sr. Jorge Baraona G. y Sr. Alfredo Prieto B. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, los Abogados Integrantes Sr. Baraona y Sr. Prieto por estar ambos ausentes. Santiago, 2 de abril de 2012.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a dos de abril de dos mil doce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

LOS LÍMITES DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA Y LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

LAS CONSECUENCIAS DEL CASO DE LA MUNICIPALIDAD DE ZAPALLAR

LUIS CORDERO VEGA*

1. ANTECEDENTES

A consecuencia de las sentencias sobre la tributación de las sociedades de inversión pasiva, se ha producido una de las más relevantes discusiones sobre la aplicación del sistema de fuentes en Derecho Administrativo.

La razón es simple, a partir del caso de la Municipalidad de Zapallar¹, la Corte Suprema advirtió a Contraloría las razones por las cuales la jurisprudencia judicial debía primar en el sistema de fuentes en el Derecho Administrativo Chileno. La Corte sostuvo de un modo categórico que la “jurisprudencia administrativa debía inclinarse” frente a la jurisprudencia judicial².

Los hechos del caso sirven para explicar el problema. La Contraloría Regional de Valparaíso había ordenado a la Municipalidad de Zapallar reintegrar el pago de patentes municipales que una sociedad de inversiones había realizado porque, en opinión del órgano contralor, no había acreditado que realizaba actividades lucrativas de conformidad a la Ley de Rentas Municipales que justificarán el pago del tributo municipal³. Este criterio se basa en la jurisprudencia de Contraloría, establecida el año 2010⁴, que en resumen sostiene “que la inversión pasiva que en general consiste en la adquisición de toda clase de bienes con fines rentísticos, sea cual fuere la forma jurídica que adquiriera el inversionista, que no involucre la producción de bienes ni la prestación de servicios, no constituye una actividad que configure el hecho gravado contemplado en el artículo 23”.

* Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Administrativo e Investigador *senior* del Centro de Regulación y Competencia (RegCom), Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹ Sentencia Corte Suprema (SCS), 3 de julio de 2008, Rol N° 2791-2012.

² Este argumento lo ha expuesto la Corte Suprema en los casos Roles N°s. 5339-2012 (10.08.2012), 5592-2012 (22.10.2012) y 5984-2012 (06.11.2012).

³ Artículo 23 Decreto Ley N° 3.063.

⁴ Dictamen N° 27.677, de 2010.

La Municipalidad de Zapallar recurrió de protección⁵ y la Corte de Apelaciones de Valparaíso acogió el recurso sobre la base de la jurisprudencia histórica de la Corte Suprema en orden que actividades del tipo de la sociedad señalada, aunque sea de mera inversión, constituía actividades lucrativas sujetas al gravamen municipal⁶. La Corte Suprema confirmó una vez más en este caso esa tesis.

Sin embargo, dos son las cuestiones relevantes que decide explicitar la Corte Suprema en el fallo de la Municipalidad de Zapallar: la primera si la Municipalidad podía recurrir de protección en contra de un dictamen, y la segunda, y más relevante, qué criterio debía prevalecer cuando existía contradicción entre la jurisprudencia judicial y administrativa.

Sobre la primera cuestión, la Corte sostuvo:

Que en primer término y siguiendo el orden de la recurrida en su informe y de la sentencia en alzada en cuanto a separar los argumentos de forma y fondo, cabe señalar que si bien esta Corte comparte sus considerandos cuarto y quinto, útil es poner de manifiesto en cuanto a la alegación de la recurrida de falta de legitimación activa de las Municipalidades para interponer un recurso de protección en contra de la Contraloría General de la República por no poder aceptarse como un mecanismo de impugnación de dictámenes rompiéndose la unidad estructural y armónica de la Administración del Estado, que siendo las Municipalidades personas jurídicas de derecho público autónomas nada obsta a que si sus derechos son vulnerados por actos administrativos de otros órganos de la Administración, tanto activa como de control, puedan recurrir de protección ante los tribunales superiores de justicia. De este modo, dicho argumento carece de sustento y no puede ser considerado⁷.

En relación con la segunda cuestión, y frente a la tesis de Contraloría que pese a que la Corte sostuviese lo contrario, los fallos judiciales sólo tenían efectos relativos para el caso concreto de acuerdo a lo señalado en el artículo 3º del Código Civil⁸, la Corte Suprema reaccionó señalando que:

⁵ No forman parte del presente comentario dos cuestiones adicionales vinculadas a esta sentencia. La primera es la posibilidad de que una municipalidad pueda impugnar mediante un recurso de protección una decisión del organismo de control público y, en segundo lugar, que utilizando el recurso de protección pueda un organismo estatal solicitar “protección de derechos fundamentales” y reclamar su titularidad.

⁶ En este sentido ver SCS Roles N° 5229-2010 (28.06.2012), N° 7108-2008 (24.11.2010), N° 2516-2008 (29.09.2009).

⁷ SCS, n. 1, c. 3º.

⁸ En el dictamen N° 6512, de 2012, referido a la solicitud de reconsideración que realizó la Asociación de Municipalidades en relación a la necesidad de cambiar la jurisprudencia de Contraloría a consecuencia de los recurrentes fallos de la Corte Suprema a favor de las municipalidades, el organismo contralor afirmó explícitamente que: “(...) es útil anotar que de acuerdo con lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 3º del Código Civil, que establece el efecto relativo de las sentencias, éstas obligan sólo a las partes que han intervenido en un proceso jurisdiccional (...). En este contexto, si en fallos judiciales se resuelve un caso concreto en forma diversa a lo sostenido por la jurisprudencia administrativa, esta última se mantiene vigente para aquellos que no han sido parte en el respectivo juicio (...)”.

(...) El Dictamen N° 648 de 11 de enero de 2012, calificado en autos en todo momento como oficio, pero que técnicamente constituye un dictamen, no obstante provenir de un Contralor Regional y no del Contralor General, al ordenar la devolución de los fondos percibidos por cobro de patente y por multas cursadas, constituye un acto administrativo terminal que produce efectos jurídicos precisos obligando a la Municipalidad, y no emitiendo solamente una opinión sobre el alcance o interpretación que debe darse a un precepto legal.

(...) la Contraloría General de la República en su actuación debe respetar la Constitución y la ley y se encuentra sometida al principio de legalidad, correspondiendo a los tribunales de justicia verificar y ejercer el control jurisdiccional de sus actos a través de las acciones contencioso administrativas que se interpongan.

Siendo la materia a que se refiere el presente recurso de protección un tema de derecho tributario, esto es de derecho administrativo especial, en el análisis de la legalidad deben considerarse tanto las normas de derecho positivo como aquellos aspectos que constituyen la base del derecho administrativo, como es el caso de la jurisprudencia. Al respecto, debe dejarse establecido una vez más que la Contraloría debe inclinarse frente a la jurisprudencia de los tribunales, lo que es fundamental para el orden institucional y particularmente válido cuando ésta es uniforme y permanente en el tiempo, por cuanto la jurisprudencia, con mucho mayor énfasis que en otras ramas del derecho, es fuente del derecho administrativo, por lo que si ella establece –interpretando la ley– que las sociedades de inversión deben pagar patente municipal, este criterio jurisprudencial constituye fuente del derecho y como tal integra el denominado bloque de la legalidad, siendo obligatoria para el ente contralor; naturaleza de la que carecen los dictámenes de la Contraloría, que son únicamente constitutivos “de la jurisprudencia administrativa” como señala el artículo 6° inciso final de su Ley Orgánica⁹.

La sentencia coloca énfasis en uno de los temas más polémicos de la literatura del Derecho Administrativo en relación al régimen legislado. Como se sabe –y el fallo se encarga de recordarlo– el Derecho Administrativo es un sistema en el cual las decisiones jurisprudenciales son esenciales para la construcción de los criterios jurídicos que se deben seguir. La Corte Suprema trata de decir en su sentencia, que si ella ha decidido de un modo uniforme y permanente un asunto, entonces no es admisible que Contraloría sostenga lo contrario; es ella la que fija el precedente no el organismo administrativo.

El punto no es trivial, porque Contraloría tiene reconocida expresamente potestad para dictaminar y es la ley quien otorga a sus dictámenes fuerza vinculante al interior de la Administración. Dispone expresamente la ley que sus dictámenes son los únicos que se pueden invocar como “jurisprudencia administrativa” (artículo 6° de la Ley N° 10.336). Como explicaré más adelante, para este organismo su jurisprudencia es

⁹ SCS, n. 1, c. 7°.

precedente general y obligatorio, de modo que se aplica no sólo en el caso concreto de que se trata, sino que en cualquier otro que se le parezca, de manera que extiende el efecto de sus decisiones más allá del caso que resuelve, es decir, lo transforma en precedente.

2. EL CONTEXTO DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA¹⁰

Se denomina tradicionalmente jurisprudencia administrativa a la serie de dictámenes emanados del órgano administrativo especialmente habilitado para precisar el sentido y alcance de una ley y, en general, de las normas positivas¹¹. Por tal motivo, se indica que la calidad específica de la jurisprudencia administrativa es que la norma o resolución que de ella se deduce puede generalizarse mediante su concreción en otra clase de actos¹².

Se ha afirmado, de una manera categórica, que en nuestro sistema la Administración no sólo está sujeta al Derecho que dice el Juez, una vez que sus actos han nacido a la vida del Derecho, sino también está sujeta al Derecho que dice la Contraloría¹³.

Se sostiene que la potestad de interpretar la ley por Contraloría, con el objeto de obtener la correcta aplicación del Derecho por parte de la Administración, se encuentra reservada por mandato de la ley exclusivamente al órgano contralor. Se afirma que si el objetivo del control, en términos generales, es la preservación del principio de legalidad administrativa, y la interpretación del Derecho establecida por el Ejecutivo pudiera de algún modo impedir la actuación que de dicha interpretación se siguiera, sería a través de control. Para ello el organismo debe, también, interpretar la norma que se ha aplicado, interpretación por la cual establecerá el alcance de la misma y que le permitirá evaluar la corrección de la aplicación normativa¹⁴⁻¹⁵.

Existe consenso en la literatura que los dictámenes del organismo contralor son obligatorios para los empleados públicos, y que el desconocimiento de los mismos por un Jefe de Servicio que resuelva contra lo informado por ésta, acarreará la responsabilidad de ese funcionario, sea en vía civil, administrativa o penal, según corresponda¹⁶. En efecto, prescribe la ley, en relación con los dictámenes, que son obligatorios para los

¹⁰ La explicación sobre el origen y extensión de la jurisprudencia administrativa se encuentra en mi trabajo denominado "La jurisprudencia administrativa: entre legislador positivo y juez activista", en *Anuario de Derecho Público* 2010, UDP.

¹¹ Vid. En este sentido CALDERA DELGADO, 1979, p. 86.

¹² SILVA CIMMA 1992, p. 274.

¹³ SOTO KLOSS 1977, p. 188.

¹⁴ FIAMMA 1977, p. 201.

¹⁵ De conformidad a la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría (art. 33) corresponde al Departamento Jurídico (actual División Jurídica) informar en derecho y recopilar la jurisprudencia administrativa.

¹⁶ SILVA CIMMA 1994, pp. 77 y 171; AYLWIN AZÓCAR-AZÓCAR BRUNNER 1996, p. 123.

órganos y funcionarios sometidos a control, que deben ser especialmente observados por los “abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública”, y que son los “únicos medios” que se pueden hacer valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias del órgano contralor¹⁷.

A partir de estos argumentos y disposiciones, la jurisprudencia administrativa ha señalado que los dictámenes de la Contraloría General no sólo tienen el carácter de obligatorios para el caso concreto a que se refieren, sino que también respecto de todas aquellas situaciones que se encuadren dentro del contexto del dictamen de que se trate, por lo que, como se evidencia, son de aplicación general¹⁸. En este sentido los dictámenes “constituyen la doctrina vigente de [la] Contraloría sobre [un asunto], [pues] al limitarse a determinar el verdadero sentido y alcance de [una norma] es un juicio declarativo respecto a la materia, que nada agrega al precepto interpretado”¹⁹.

Así afirma, igualmente, que éstos son la única fuente de interpretación legítima del ordenamiento jurídico del país, revistiendo el carácter de obligatorios. “Los dictámenes de esta Contraloría General son informes que tienen por objeto interpretar el verdadero sentido y alcance, siendo de cumplimiento obligatorio para el servidor que corresponda”; ellos pueden ser aplicados a cualquier caso particular, “mientras constituyan jurisprudencia vigente, sin que sea indispensable que previamente se dicte un acto administrativo”²⁰.

De este modo se concluye que el sector público no sólo está regido por un Derecho Administrativo de carácter potestativo en su atribución y restrictivo en su actuación, sino que implica, además, que la interpretación de las normas que lo componen está centralizada, única y exclusivamente, en la Contraloría General²¹.

Del efecto obligatorio, se construye para la jurisprudencia administrativa la característica de precedente vinculante de ella, siendo esta quizá la consecuencia más gravitante. En efecto, la aplicación constante, reiterada y uniforme de sus criterios jurisprudenciales es uno de los pilares en que se fundamenta la obligatoriedad y el carácter vinculante de la jurisprudencia administrativa²².

¹⁷ Arts. 6.4 y 19, Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República.

Art. 6.4. De acuerdo con lo anterior, sólo las decisiones y dictámenes de la Contraloría General de la República serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias a que se refiere el artículo 1º.

Art. 19. 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.

¹⁸ Dictamen N° 5.698, de 2005. Con igual criterio Dictamen N° 34.053, de 1999.

¹⁹ Dictamen N° 2.406, de 1998.

²⁰ Dictámenes N°s. 2.638, 39.086, de 1986, y 14.448, de 1998.

²¹ PANTOJA BAUZÁ 1994, p. 226.

²² ASTORQUIZA 2002, p. 169.

Es decir, tras la figura del dictamen como instrumento de manifestación de la interpretación uniforme, existe, en opinión de Contraloría, una especie de confianza legítima por parte de los ciudadanos que frente a circunstancias similares o equivalentes la Administración debe comportarse de conformidad a ciertos y determinados parámetros preestablecidos en la norma y en la interpretación vinculante y obligatoria del órgano contralor²³.

La jurisprudencia administrativa sistemáticamente ha sostenido²⁴ que los dictámenes jurídicos que Contraloría emite en ejercicio de las atribuciones contenidas en su Ley Orgánica Constitucional (LOCCGR), interpretan la ley administrativa, fijando su exacto sentido y alcance, produciendo sus efectos desde la fecha de vigencia de la disposición interpretada.

En el mismo sentido, la jurisprudencia señala que los efectos a que se refiere este criterio jurisprudencial no son otros que los que la ley ha establecido y que el legislador ha querido producir, en tanto que el dictamen, atendida su naturaleza meramente interpretativa, se limita sólo a esclarecerlos, razón por la cual éste rige desde la fecha de la ley que interpreta y se entiende incorporado a ella²⁵.

Como he demostrado en otro momento, el modelo tras el cual ha descansado el sistema jurisprudencial de Contraloría, desde su origen se ha basado en el modelo francés, por lo menos eso es lo que se ha buscado²⁶. Este modelo se traduce que el

²³ En este sentido se encuentra el clásico fundamento del precedente como fuerza vinculante. Para un análisis del precedente administrativo con este fundamento ver DÍEZ SASTRE 2008, aunque planteado desde la perspectiva de la razonabilidad de la decisión jurisdiccional posterior.

²⁴ Vid. Dictámenes N^{os}. 72.479, de 1976; 31.219, de 1986; 14.448, de 1988; y 20.101, de 2000.

²⁵ Dictamen N^o 50.185, de 2007.

²⁶ Siguiendo la explicación que PARADA 2008, p. 71, por lo pertinente sobre la aplicación del Derecho administrativo por principios del Derecho francés, siguiendo a RIVERO, “Desde el principio, pues, las leyes administrativas establecen disposiciones, no a la vista de categorías jurídicas definidas abstractamente en términos generales [como sucede en el Derecho privado o el Derecho penal codificado luego de la revolución], sino a la vista de casos concretos. Así, por ejemplo, la ley administrativa ignoró, en principio, la responsabilidad del poder público en general, aunque lo admitiera en casos concretos, y asimismo ignoró hasta los últimos tiempos el concepto y el régimen jurídico de la función pública, limitándose a conceder ciertas garantías a este o aquel cuerpo de funcionarios./ Pragmática, concreta, incompleta, dejando fuera de sus supuestos campos amplísimos la ley administrativa no podía, pues, prestar al juez administrativo los mismos servicios que el Código Civil al juez ordinario. Pero el Consejo de Estado francés no se va a atrincherar tras el silencio de la ley para rehusar su fallo (...) el Consejo de Estado no sintió nunca con respecto a la ley escrita la timidez un poco supersticiosa que ha paralizado durante mucho tiempo las iniciativas del juez civil; como reflejo natural de su situación junto a las fuentes del poder, apoyado sólidamente por éste, ha sido siempre espontáneamente en vanguardia. De otro lado, las necesidades prácticas de la vida administrativa, para las cuales su posición le hacían especialmente sensible, no permitían dejar sin solución los litigios de la vida cotidiana, creando el Derecho cuando el Derecho faltaba, y sin dejarse detener por escrúpulos doctrinales. Así han ido naciendo a lo largo del siglo XIX las reglas fundamentales cuyo conjunto ha terminado constituyendo el Derecho administrativo francés en los intersticios de la ley y por la acción espontánea del juez. /Ahora bien el Consejo de Estado no ha vacilado en hacer firma por su propia autoridad una nuevas reglas (...) [presentándose] como el servidor de un cuerpo de reglas no escritas que no deben su autoridad a los textos, pero que vinculan tanto como la ley su actividad”.

derecho que importa no sólo es el que aprueba el Congreso, sino que también el que declara Contraloría.

3. LA PRETENSIÓN DE LA CORTE SUPREMA

Como se ha visto la tesis de la Corte Suprema descansa de una de las cuestiones estructurales del derecho administrativo. ¿Es la jurisprudencia fuente del Derecho Administrativo? De lo analizado hasta ahora la respuesta es positiva, si se trata de la jurisprudencia administrativa. La pregunta es si tiene la misma condición la jurisprudencia judicial.

La tesis de Contraloría es que las sentencias judiciales, con indiferencia de la recurrencia de su opinión sólo tienen efectos relativos. El argumento del órgano contralor se centra en el más clásico de todos, el inciso segundo del artículo 3º del Código Civil.

La pretensión de Contraloría se enfrenta, sin embargo, con lo que había sido la jurisprudencia clásica de la Corte Suprema cuando se producía conflicto entre la interpretación administrativa con la judicial. En efecto, la Corte ya había señalado con anterioridad que la interpretación administrativa estaba limitada por la exclusividad jurisdiccional que le corresponde constitucionalmente a los tribunales de justicia²⁷, indicando además tradicionalmente que la interpretación administrativa puede verse limitada por la “afianzada” jurisprudencia judicial. La Corte ha dicho explícitamente que “por jurisprudencia se entiende la doctrina afianzada, producto de numerosos fallos emanados de los Tribunales Superiores y en particular de nuestra Corte Suprema”²⁸.

Esto explica la advertencia de la Corte en el caso de la Municipalidad de Zapallar, cuando señala:

*(...) debe dejarse establecido una vez más que la Contraloría debe inclinarse frente a la jurisprudencia de los tribunales, lo que es fundamental para el orden institucional y particularmente válido cuando ésta es uniforme y permanente en el tiempo, por cuanto la jurisprudencia, con mucho mayor énfasis que en otras ramas del derecho, es fuente del derecho administrativo (...)*²⁹.

Sin embargo, la advertencia de la Corte encuentra tres limitaciones estructurales que no es posible pasar por alto: (a) la primera, es que la Corte olvida que este es un conflicto entre órganos constitucionales, uno destinado a resolver los conflictos de relevancia jurídica mediante el proceso y otro con facultades constitucionales de control de legalidad de los actos de la administración, lo que implica enfrentarse a un tipo de jurisprudencia de un organismo cualificado en el sistema institucional; (b) la segunda, es que la condición de “jurisprudencia” de la dictaminación de Contraloría

²⁷ SCS, 10.05.2005, Rol N° 1285-2005.

²⁸ SCS, 22.11.2007, Rol N° 4498-2007.

²⁹ SCS, c. 7º.

es una decisión legislativa o no necesariamente una autoatribución de competencias, y (c) por último, porque no puede constituir “jurisprudencia judicial”, cualquier tipo de sentencias pronunciadas por la Corte, sobre todo cuando el debate se produce a consecuencia del ejercicio de una potestad jurisdiccional en el recurso de protección, una acción de cautelar, de urgencia y que no tiene forma de juicio.

Dicho de otro modo, la afirmación de la Corte olvida las cuestiones estructurales del modelo institucional chileno y en especial de los roles asignados por la Constitución a ambos organismos. Por eso no es evidente que la “inclinación” sea institucionalmente correcta.

4. LAS CONSECUENCIAS PARA EL SISTEMA DE FUENTES EN DERECHO ADMINISTRATIVO CHILENO

Cabe recordar que cuando hablamos de fuentes del derecho se quiere tratar de resolver la interrogante de quiénes y bajo qué métodos o procedimientos están autorizados para producir normas jurídicas y en qué modo éstas se exteriorizan. El factor creación normativa es determinante, entonces, para referirse a fuentes³⁰. Por tal motivo, es correcto cuando se afirma que las fuentes son actos normativos a los que el ordenamiento jurídico le puede atribuir la virtualidad de producir normas generales³¹. En esa perspectiva debemos analizar si la pretensión de la Corte es correcta o no.

Es cierto lo que ha dicho clásicamente la literatura especializada y es que el Derecho Administrativo no está codificado, pero sobre todo es en buena medida un Derecho no legislado o en donde éste sólo tiene enunciados generales que permiten la intervención pública y que legitiman determinado tipo de decisiones. La consecuencia de esto es que en Derecho Administrativo, las normas más importantes han sido históricamente enunciadas por quien ejerce la función de juez administrativo. La renuencia para aplicar las reglas del Derecho común y la gran cantidad de lagunas legislativas, algunas conscientes y otras inconscientes, ha llevado a quien ejerce la función de juez administrativo, por vía jurisprudencial, a la determinación y aplicación de principios que han construido el Derecho Administrativo³².

Por eso preguntarse quién actúa como juez administrativo es extremadamente relevante para poder responder adecuadamente quién tiene legitimidad institucional para reclamar la construcción jurisprudencial del Derecho Administrativo y su condición de “fuente”. La pretensión de la Corte Suprema, es que esa jurisprudencia la construye ella. En mi opinión, esa respuesta es incorrecta.

³⁰ En este sentido CORDERO QUINZACARA 2009, p. 13.

³¹ DE OTTO 1997, p. 70.

³² VEDEL 1980, pp. 45 y 46. Para RIVERO y WALINE 2004, p. 8, el Derecho Administrativo es ampliamente jurisprudencial. Para el criterio de disciplina autónoma sobre la base de principios propios y jurisprudencialmente desarrollados, ver entre nosotros a VERGARA BLANCO 2010.

Lo que ha sucedido es que el Derecho Administrativo Chileno ha compartido las razones expresadas en el Derecho Comparado como una disciplina de desarrollo jurisprudencial, pero las instituciones fundamentales entre nosotros han sido institucionalmente desarrolladas en la jurisprudencia administrativa y no en la judicial.

Las razones que explican eso son dos: (a), por un lado, la transformación progresiva de Contraloría en un juez administrativo, y (b) la dispersión institucional del sistema de solución de controversias en el modelo chileno.

Como he explicado en otro momento, la ausencia de Tribunales Administrativos bajo la vigencia de la Constitución de 1925, obligó al organismo contralor a resolver controversias entre los particulares y el Estado en base de la legalidad administrativa a consecuencia de su control de legalidad reconocido en la Constitución. Esto permitió la consagración de los grandes principios sobre los cuales se desarrolló nuestro Derecho Administrativo, aun sin legislación positiva³³. Por tal motivo, cuando en 1974, Contraloría señaló formalmente que los particulares podían recurrir a ella sobre la base del derecho de petición para la tutela de sus “posiciones subjetivas”³⁴, entonces asumió institucionalmente el rol de juez administrativo y ese rol lo profundizó desde 1990 en adelante.

Por otro lado, el desarrollo de un sistema de impugnaciones en contra de actos administrativos que se justificaron directamente desde la Constitución transformando incluso una acción cautelar y de urgencia como el recurso de protección en un contencioso administrativo de nulidad sin serlo³⁵, así como el desarrollo de un modelo atomizado de solución de controversias mediante procedimientos y tribunales especiales³⁶, ha transformado a la “jurisprudencia judicial” en una categorización peligrosamente aceptable como fuente del Derecho Administrativo, por las consecuencias naturales de un modelo de solución de controversias planteado de ese modo.

Quizá la Corte Suprema pueda tener razón en reclamar la primacía en la solución de controversias entre particulares y el Estado, pero no es certero reclamar su condición de fuente del Derecho Administrativo mediante su jurisprudencia. Esa es una pretensión exagerada, dado el modelo de solución de controversias que exhibimos en

³³ Como explica Pantoja Bauzá, R., n. 22, p. 226 para “la jurisprudencia administrativa, el sector público no sólo está regido por un Derecho administrativo de carácter potestativo en su atribución y restrictivo en su actuación, sino que implica, además, que la interpretación de las normas que lo componen y la fiscalización de su cumplimiento, están centralizadas, única y exclusivamente, en la Contraloría General de la República”.

³⁴ En el dictamen N° 24.841, de 1974, indicó que:

“La Contraloría General sólo conocerá y se pronunciará sobre las presentaciones deducidas por funcionarios públicos o *particulares que se refieran asuntos en que se haya producido una resolución denegatoria o se haya omitido o dilatado dicha resolución, por parte de la autoridad administrativa, habiéndola requerido el interesado*”.

En la actualidad la Contraloría sostiene que los particulares pueden recurrir a ella en defensa de sus derechos fundamentales frente a la Administración. Ver en este sentido Dictamen N° 39.736, de 2007, relativo a la opinión del organismo en relación al proyecto de ley que crea la Superintendencia de Educación.

³⁵ CORDERO VEGA 2012.

³⁶ Ver en este sentido CORDERO VEGA 2008.

la actualidad en nuestro modelo institucional y su nulo efecto normativo que genera en el sistema legal; precisamente el efecto inverso que produce la dictaminación de Contraloría.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ASTORQUIZA, G. (2002): “A propósito de la jurisprudencia de la Contraloría General de la República y de su quehacer interpretativo del ordenamiento jurídico. Fundamento. Condiciones. Criterios”, en *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. Conmemoración por su 75º Aniversario de vida institucional* (Santiago, Imprenta Contraloría).
- AYLWIN AZÓCAR, P., y AZÓCAR BRUNNER, E. (1996): *Derecho Administrativo* (Santiago, Universidad Andrés Bello).
- CALDERA DELGADO (1979): *Manual de Derecho Administrativo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CORDERO QUINZACARA, E. (2009): “Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno”, en: *15 Ius et Praxis*, p. 13.
- CORDERO VEGA, L. (2008): *Sobres Jueces y Democracia*, intervención en el IV Congreso de Estudiantes de Derecho Constitucional.
- _____ (2012): *Notas sobre control judicial* (Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile).
- DE OTTO, I. (1997): *Derecho Constitucional* (Ariel).
- DÍEZ SASTRE, S. (2008): *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante* (Marcial Pons).
- FIAMMA, G. (1977): “¿Apreciación de los hechos o interpretación del Derecho? Reflexiones en torno a la jurisprudencia administrativa”, en: *La Contraloría General de la República. 50 años de vida institucional (1927-1977)* (Santiago, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile).
- PANTOJA BAUZÁ, R. (1992): *Derecho Administrativo. Clasicismo y modernidad* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PARADA, R. (2008): *Concepto y fuentes del Derecho Administrativo* (Marcial Pons).
- RIVERO y WALINE (2004): *Droit administratif* (Dalloz).
- SILVA CIMMA, E. (1992): *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SILVA CIMMA, E. (1994): *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El control público*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SOTO KLOSS, E. (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, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile).
- VEDEL, G. (1980): *Derecho Administrativo* (Aguilar).
- VERGARA BLANCO, A. (2010): *El Derecho Administrativo como sistema autónomo* (Santiago, Abeledo Perrot-LegalPublishing).

TÉRMINO DE CONTRATA POR “NECESIDADES DEL SERVICIO”

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

JUAN CARLOS FERRADA BÓRQUEZ*

Esta sentencia contiene una doctrina bastante reiterada de la Corte Suprema en esta materia, esto es, que los cargos públicos a contrata terminan el 31 de diciembre, la fecha fijada en el acto de nombramiento o al momento que la autoridad lo disponga, en el caso que ya sean necesarios los servicios del funcionario público. Esta última opción sería consecuencia natural de la aplicación de la cláusula de estilo establecida en los nombramientos de los funcionarios públicos a contrata “mientras sean necesarios sus servicios”, lo que le otorga un poder discrecional a la autoridad administrativa en esta materia. Así, el término de la contrata en una fecha anterior a la establecida en el mismo nombramiento es sólo aplicación de la facultad reconocida a la autoridad administrativa en este ámbito, la que puede ejercerla cuando ésta estime oportuno.

El razonamiento anterior es el que desarrolla precisamente la sentencia en comento, poniendo de relevancia la normativa legal que regula la materia y que permitiría la decisión de la autoridad. Aún más, el fallo deja expresamente establecido que la regularidad de la actuación administrativa queda satisfecha por la mención en sus considerandos de que “los servicios de la funcionaria... ya no son necesarios”, lo que sería fundamento suficiente para adoptar la decisión.

Este criterio jurisprudencial nuestros tribunales lo han aplicado durante largo tiempo, extendiéndolo incluso a casos en que la cláusula “mientras sean necesarios sus servicios” no conste expresamente en el acto administrativo que dispuso la renovación de una contrata anterior, aunque si estaba en un nombramiento anterior del mismo funcionario. La razón de esto es práctica: los cambios de gobierno, tanto a nivel municipal como nacional, traían aparejados la asunción de nuevas jefaturas en los servicios públicos, los que pretendían traer a algunos cargos a personas de su confianza para el desempeño de ciertos cargos, pero se encontraban con la sorpresa que éstos se encontraban ocupados por personas de confianza de la administración saliente. Aún más se generó la irregular práctica que la autoridad que dejaba el cargo dejaba nombrados todos los cargos a contrata para el año en curso, e incluso para el año siguiente, asegurando a su círculo más cercano un año más de trabajo.

Esta práctica se dio con mucha intensidad en las municipalidades, especialmente después de las elecciones del año 2004, en que los alcaldes que habían perdido las

* Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Valparaíso.

elecciones, realizaron nombramientos masivos de cargos a contrata y honorarios en noviembre de ese mismo año, con extensión para el año siguiente (2005), días antes que asumieran los nuevos alcaldes electos. Esto, que constituía claramente un abuso, llevo a los alcaldes electos a disponer el cese anticipado de los funcionarios nombrados por los ex alcaldes, lo que fue ratificado en su momento por la Contraloría General de la República y los tribunales de justicia.

No obstante lo aparentemente razonable de esta solución, y que justificaría también el criterio de la Corte Suprema en este fallo, ella lleva envuelta un problema de difícil solución en la Administración Pública chilena: la precariedad del empleo público. En efecto, para nadie es un misterio que más de la mitad de los funcionarios públicos en nuestro país desempeñan los cargos en un régimen transitorio de gran inestabilidad, ya sea en condición de contrata o a honorarios¹. Esto implica que la permanencia en el cargo público depende de la mera voluntad de la autoridad administrativa, lo que devalúa la función pública o la hace poco atractiva para las personas que poseen alguna calificación. Así, los profesionales o técnicos estarán más inclinados a optar por un empleo privado que uno público, ya que aún con la libertad que tienen los empleadores en Chile para despedir a un trabajador en cualquier momento, las normas de protección del empleo son superiores a las que se aplican al empleado público a contrata o al personal a honorarios.

En estas circunstancias, algún sector de la doctrina y la jurisprudencia han intentado establecer mayores exigencias para el ejercicio de la facultad discrecional de que goza la autoridad administrativa para disponer el cese anticipado en el cargo público a contrata, como lo sugiere precisamente el voto de minoría de este fallo (abogado integrante Sr. Hernández). En efecto, bajo la aplicación de los requisitos generales de la actuación administrativa formal (artículos 11 y 41 de la Ley N° 19880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos), se señala que los actos administrativos deben ser expresamente motivados, lo que impone un deber de fundamentación de la decisión administrativa, la que debe estar contenida en el mismo acto. Así, al mención genérica, como en este caso, de que “los servicios de la funcionaria... ya no son necesarios”, requiere de una mayor explicitación, obligando a la autoridad a señalar con precisión porque se presenta esta circunstancia en este caso concreto.

Como se puede observar, el criterio jurídico anterior constituye, desde una perspectiva formal, la aplicación específica del deber general de motivación de los actos administrativos, elemento que la doctrina comparada más citada considera como un requisito de validez de los actos administrativos² y que nuestra doctrina ha recogido

¹ *Estadísticas de Recursos Humanos del Sector Público 2002-2011*. Dirección de Presupuestos. Ministerio de Hacienda, noviembre de 2012, pp. 36-49.

² Ver, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 1996, pp. 541-544. Para una versión más extendida y profunda del tema, ver en el derecho español, FERNANDO PABLO 1993 y en el derecho argentino, TAWL y MONTI 1998.

parcialmente en algunos artículos académicos³. En este marco también la jurisprudencia administrativa y judicial ha prestado atención a este elemento en el último tiempo⁴, lo que se ha visto reforzado desde el año 2003, con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos.

Este deber de motivación de los actos administrativos es sin duda un avance substancial en el control de la discrecionalidad de la actuación administrativa, ya que exige la utilización racional de las potestades públicas, en el marco de los motivos y fines dispuestos por el ordenamiento jurídico para ello. Así, la actuación administrativa no es fruto del mero capricho o arbitrariedad de la autoridad, sino el ejercicio razonable del poder público, satisfaciendo con ello los intereses públicos puestos a su cargo.

Ahora bien, esta exigencia a la autoridad administrativa de motivación específica para la aplicación de la cláusula general de “necesidad del servicio” también se emparenta con la carga de la prueba que se ha impuesto a los empleadores privados para la utilización de la causal de despido de los trabajadores conocida coloquialmente como “necesidades de la empresa”, ámbito en que el legislador y la jurisprudencia han ido ganando terreno a la arbitrariedad, imponiendo algunas restricciones para su utilización, un estándar de prueba para su procedencia y sanciones para el empleador, en el caso de mal uso de ella⁵.

En este contexto, pareciera que lo señalado en el voto de minoría de este fallo es más consistente con uno de los objetivos principales del Derecho Administrativo de controlar judicialmente el ejercicio de la discrecionalidad administrativa, haciendo así más efectiva la norma constitucional de prohibición de la arbitrariedad que establece el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental. Esto además ha llevado a que la propia Corte Suprema (integrando la sala alguno de los mismos ministros que fallaron el caso anterior en sentido contrario), en sentencias dictadas este mismo año 2012 (por ejemplo, Rol N° 12565-2011, de 2 de abril de 2012)⁶, con posterioridad al fallo en comento (16 de enero de 2012), haya acogido Recursos de Protección en contra de actos administrativos que han dispuesto el cese anticipado de un cargo público a contrata, sin haberse expresado los motivos concretos que configurarían la “necesidad del servicio” en ese caso, obligando con ello a la autoridad a fundamentar mejor la decisión administrativa.

³ Ver, ARÓSTICA 1986, pp. 499-520 y VERGARA 2002, pp. 347-350.

⁴ Entre otros, dictámenes de la Contraloría General de la República N° 2878, de 17 de enero de 2011, N° 37763, de 26 de junio de 2012, N° 6355, de 29 de enero de 2013 y sentencias de la Corte Suprema Rol N° 4275, de 7 de julio de 2010 y Rol N° 11985-2011, de 30 de enero de 2012.

⁵ En este sentido, una explicación general del tema, con la evolución legislativa experimentada en esta materia, puede verse en LIZAMA 2003, pp. 184-186 y LANATA 2009, pp. 282-283.

⁶ Bien es cierto, que este criterio más estricto, exigiendo la fundamentación de la decisión administrativa, ya había sido acogido en fallos anteriores de la misma Corte Suprema, por ejemplo, en la causa Rol N° 7588-2011, de 21 de septiembre de 2011.

Como se puede observar, el criterio jurisprudencial no parece estar definido completamente en esta materia en nuestro derecho, existiendo opiniones discordantes en la sala tercera de la Corte Suprema sobre el tema. Aún más, la misma sala ha reiterado recientemente el criterio del fallo en comento, admitiendo el término de contrata con la mera invocación de la causal de “necesidad del servicio” recientemente (Sentencia Rol N° 8441, de 27 de diciembre de 2012), lo que constituye una buena muestra de la falta de certeza jurídica en esta materia.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARÓSTICA MALDONADO, Iván (1986): “La motivación de los actos administrativos en el derecho chileno”, en: *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, número X, pp. 499-520.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (1996): *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid, Civitas), t I, pp. 541-544.
- FERNANDO PABLO, Marcos (1993): *Motivación del acto administrativo* (Madrid, Tecnos).
- LANATA, Gabriela (2009): *Contrato individual de trabajo* (Santiago, LegalPublishing), pp. 282-283.
- LIZAMA, Luis (2003): *Derecho del Trabajo* (Santiago, LexisNexis), pp. 184-186.
- TAWL, Guido y MONTI, Laura (1998): *La motivación del acto administrativo* (Buenos Aires, Depalma).
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2002): “La motivación de los actos administrativos”, en: *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho* (Santiago, Conmemoración por su 75° Aniversario de vida institucional), pp. 347-350.

ANEXOS:

1. FICHA DE LA SENTENCIA COMENTADA

Materia: Término de contrata por “necesidades del servicio”
Descriptor: Término de contrata/ Necesidades del servicio
Órgano Competente: Corte Suprema
Tipo de Acción: Recurso de Protección
Rol: N° 12178-2011
Fecha: 16 de enero de 2012
Partes: Contreras Vida con Directora Nacional de Aeropuertos
Ministros Mayoría / Minoría: Pierry, Sandoval, Fuentes y Gómez / Hernández
Ministro redactor: Pedro Pierry Arrau
Normativa relevante citada: artículos 3° letra c) y 10 del Decreto con Fuerza de Ley N° 29 de 2005, que Establece el Estatuto Administrativo de los Funcionarios Públicos y 11 y 41 de la Ley N° 19880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos.
Cita Online: CL/JUR/749/2012; 59756

Hechos: Una funcionaria de la Dirección Nacional de Aeropuerto recurre de protección por haber sido cesada anticipadamente de su cargo público que desempeñaba en calidad de contrata, por la aplicación de la cláusula contenida en su decreto de nombramiento “mientras sean necesarios sus servicios”.

Doctrina: La atribución que tiene la autoridad administrativa para cesar a un cargo público a contrata antes del 31 de diciembre por aplicación de la cláusula “mientras sean necesarios sus servicios”, es una facultad discrecional, que no requiere más fundamento que expresar esta circunstancia en términos genéricos en el acto administrativo respectivo. Esto es consecuencia de la naturaleza esencialmente transitoria que tienen este tipo de cargos y la existencia en el acto de nombramiento de la cláusula expresa que permite este término anticipado por decisión de la autoridad.

2. SENTENCIA COMENTADA

Santiago, dieciséis de enero de dos mil doce.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de los considerandos cuarto a noveno, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y además presente:

PRIMERO: Que el acto cuya ilegalidad y arbitrariedad reprocha la recurrente es la decisión de la Directora Nacional de Aeropuertos de poner término a su contrata, modalidad bajo la cual se desempeña en la entidad recurrida. El motivo esgrimido por la autoridad para poner término a dicho nombramiento consistió en que “los servicios de la funcionaria señorita Pamela Contreras Vida, ya no son necesarios”.

SEGUNDO: Que de los antecedentes aparejados a la causa aparece que en lo concerniente a la duración de la designación a contrata de la reclamante, se incorporó la frase “...mientras sean necesarios sus servicios”.

TERCERO: Que la cláusula anterior está en armonía con el carácter que tienen los empleos a contrata o a honorarios. En efecto, la Ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo en su artículo 3°, luego de definir la planta del personal de un servicio público como el conjunto de cargos permanentes asignados por la ley a cada institución, al tratar los empleos a contrata señala que son aquellos de carácter transitorio que se consultan en la dotación de una institución.

Enseguida, el mismo texto legal determina en su artículo 10, en relación a la permanencia de esta última clase de cargos, que los empleos a contrata durarán, como máximo, sólo hasta el 31 de diciembre de cada año y quienes los sirvan expirarán en sus funciones en esa fecha por el solo ministerio de la ley; esto es, figura implícita la facultad de la autoridad para poner término a las funciones del empleado a contrata antes de la fecha recién indicada.

CUARTO: Que es posible considerar entonces que la expresión “mientras sean necesarios sus servicios” ha sido empleada para permitir en esta clase de nombramientos la existencia de un período de vigencia que sea inferior al que le restare al empleo para finalizar el año en que los servicios recaigan.

QUINTO: Que de lo que se viene de consignar se colige que la autoridad administrativa denunciada se encontraba legalmente facultada para cesar los servicios a contrata de la recurrente, servicios cuya principal característica es la precariedad en su duración, supe- ditada a las necesidades de la entidad empleadora, de manera que al acudir la recurrida precisamente a esta causal sólo ha hecho uso de la facultad antes descrita.

En esas condiciones, no era menester una mayor fundamentación.

SEXTO: Que, por consiguiente, la inexistencia del comportamiento antijurídico in- vocado para dar fundamento al recurso conduce necesariamente a su desestimación.

Y de conformidad asimismo con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se revoca la sentencia apelada de dieciséis de noviembre de dos mil once escrita a fojas 65 y se rechaza el recurso de protección interpuesto en lo principal de fojas 22.

Acordada contra el voto del Abogado Integrante Sr. Hernández, quien fue de opinión de confirmar la sentencia apelada atendida las razones que pasa a expresar:

PRIMERO: Que si bien es cierto que de los artículos 3º y 10 del Estatuto Adminis- trativo puede colegirse que la autoridad se encuentra facultada para poner término al empleo a contrata antes del vencimiento del plazo consignado en el nombramiento, no lo es menos que la referida potestad debe ejercerse con arreglo a la ley. Para verificar lo anterior es necesario acudir a la legislación que regula los actos de la Administración, puesto que la resolución dictada por un jefe superior del servicio que pone término a un cargo a contrata es un acto legalmente reglado.

SEGUNDO: Que, en efecto, la Ley N° 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, de 2003, en cumplimiento de criterios constitucionales se ha encargado de desarrollar los principios destinados a asegurar un procedimiento racional y justo al decidir y al ejecutar las actuaciones de los órganos de la Administración del Estado, puntualizando en el artículo 1º que sus preceptos se aplicarán con carácter supletorio en aquellos casos donde la ley establezca procedimientos administrativos especiales. En este sentido, el ordenamiento referente a las atribuciones de nombramiento y terminación de cargos de empleos a contrata que corresponden al jefe superior del servicio contenido en el ya citado Estatuto Administrativo no contempla reglas especiales acerca del procedimiento que debe emplearse para el ejercicio de semejantes facultades, razón por la que, respec- to de tal materia, inequívocamente cabe aplicar las disposiciones contempladas en la referida Ley N° 19.880.

TERCERO: Que, entre los principios previstos en esa ley se encuentran aquéllos sobre transparencia y publicidad consagrados en el artículo 16, en el cual se dispone que el procedimiento administrativo debe realizarse con transparencia de manera que permita

y promueva el conocimiento, contenido y fundamentos de las decisiones que se adopten en él.

A su turno se consigna en dicho cuerpo legal la obligación del artículo 11 inciso segundo, consistente en motivar o fundamentar explícitamente en el mismo acto administrativo la decisión, los hechos y los fundamentos de derecho que afecten los derechos de las personas.

Por último es útil destacar que el artículo 41 inciso cuarto, primera parte del aludido texto legal ordena: “Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada”.

CUARTO: Que de lo expresado, sólo cabe colegir que es un requisito sustancial la expresión del motivo o fundamento, pues la omisión está vinculada a una exigencia que ha sido puesta como condición de mínima racionalidad, ya que como ocurre en la especie se afectan derechos de las personas.

QUINTO: Que es manifiesto que la recurrida no cumplió con la exigencia de explicitar las razones o motivos de hecho que fundamentaron la aplicación de tal medida, pues la única argumentación explícita del acto que puso término a la contratación de la actora consistió en “Que los servicios de la funcionaria señorita Pamela Contreras Vidal ya no son necesarios”, esto es una fórmula de carácter general, claramente insuficiente a los efectos de particularizar los motivos de un acto administrativo concreto.

SEXTO: Que, por consiguiente, la autoridad incurrió en ilegalidad al dictar la resolución que puso término al contrato de la actora, con lo que efectivamente conculca el derecho de propiedad consagrado en la carta fundamental, por cuanto en la especie, por tratarse de una resolución que dispuso la cesación de un cargo a contrata de un funcionario público, éste ha dejado de percibir las remuneraciones a que tenía derecho hasta el 31 de diciembre de 2011.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Pierry y de la disidencia su autor.

Rol N° 12178-2011.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Pedro Pierry A., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Juan Eduardo Fuentes B. y los Abogados Integrantes Sr. Rafael Gómez B. y Sr. Domingo Hernández E. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, los Abogados Integrantes Sr. Gómez B. y Sr. Hernández por estar ambos ausentes. Santiago, 16 de enero de 2012.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excm. Corte Suprema.

En Santiago, a dieciséis de enero de dos mil doce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

NUEVA Y VIGOROSA LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOBRE PROHIBICIÓN DE SUPERPOSICIÓN DE CONCESIONES MINERAS

ALEJANDRO VERGARA BLANCO¹

En 2013 se cumplirán 30 años de la publicación y vigencia del Código de Minería, pero su texto y sistema concesional parecieran seguir propiciando las superposiciones de concesiones mineras.

Pero, una reciente y vigorosa línea jurisprudencial ha venido a poner las cosas en su lugar².

El fenómeno de la superposición de concesiones ha sido siempre problemático. El Código de Minería es ambivalente. Por una parte, la prohíbe (arts. 27 y 73), pero por otra parte pareciera incentivarla al premiar al que se superpone con la extinción del título más antiguo (art. 96 inc. 3º CM). No obstante, la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras (Nº 18.097), en sus arts. 4º inc. 2º, 10 y 11.

Esta falta de claridad ha llevado a que se produzca una confusión en muchos jueces del país. Hasta ahora, algunos optan por seguir adelante con el *iter* del procedimiento concesional minero, constituyendo concesiones mineras superpuestas; incluso es posible decir que tales jueces lo hacen procesalmente *a sabiendas* de que se están constituyendo una nueva concesión sobre otra más antigua; pero sin conciencia de la injusticia e ilegalidad de esa situación; ello, bajo el argumento de que el Código de Minería no es claro.

Este comentario tiene por fin analizar tres casos fallados de cortes de Apelación y de la Corte Suprema, en las que se rechaza enfáticamente la superposición de concesiones, en una hipótesis específica: prohibiendo que una concesión minera de exploración sea constituida sobre una superficie en la cual ya se han otorgado previamente una concesión minera de explotación³.

Esto es demostrativo de que, en este tema, la jurisprudencia ha evolucionado y, yendo más allá de las oscuridades y ambivalencias de la ley, ha hecho prevalecer los legítimos

¹ Profesor Titular de Derecho Administrativo y Minero de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

² Este comentario, que se publica en la *ReDA* que abarca material correspondiente al primer semestre de 2012, en su versión original sólo se referiría al primer caso que se indica; pero estando en prensas la publicación, aparecieron las dos nuevas sentencias del segundo semestre de 2012, y se decidió incorporarlas, para mejor servicio de los lectores.

³ Para profundizar en la materia de superposición de concesiones mineras, y consultar la amplia bibliografía que existe al respecto, véase: VERGARA BLANCO 2010, pp. 271-302.

derechos de los concesionarios de explotación, cuyos títulos estén constituidos con anterioridad y plenamente vigentes.

Estas tres sentencias comentadas abren la esperanza de que, por vía jurisprudencial, se corrija la impericia legislativa.

INTRODUCCIÓN

En efecto, el Código de Minería de 1983, a pesar de algunas reformas que se le han realizado, y a 30 años de su dictación, aún sigue manteniendo algunas disposiciones incoherentes y contradictorias, respecto de lo estipulado en la Ley Orgánica Constitucional; ley esta última que sí protege los títulos mineros del fenómeno corrosivo de la superposición de concesiones.

El Código de Minería, en conjunto con la Ley Orgánica Constitucional, desarrollaron las disposiciones constitucionales mineras y permitieron el gran desarrollo minero que existe, hoy día, en Chile. No se hubiese realizado toda esa gran cantidad de inversiones, si la legislación no hubiese otorgado certeza y seguridad jurídica a los emprendedores de la minería. Pero, claramente, el mayor mérito es de la Ley Orgánica Constitucional.

Incluso, es curioso que esta falla evidente del Código de Minería, que en el fondo ha propiciado las superposiciones, no haya producido inconvenientes mayores. Desde un principio fue patente el problema de su falta de mecanismos para evitar la superposición de concesiones mineras.

Este problema de la superposición se comenzó a notar fuertemente en la década de los 90, a 10 años desde su entrada en vigencia. En ese instante se comenzó a ver la necesidad de una modificación, a raíz de una amplia crítica académica, según la cual había que perfeccionar y mejorar el Código de Minería, para evitar las superposiciones, para que los títulos fuesen más seguros. Y el modo fue potenciando el tipo penal, según el cual, el perito mensurador podía ser juzgado por el hecho de mensurar una pertenencia superpuesta sobre otra.

Pero el problema de fondo es que la legislación tenía y sigue manteniendo algunas disposiciones incoherentes y contradictorias, porque lo que aquí hay es una doctrina distinta entre el legislador ordinario del Código de Minería y el legislador de la Ley Orgánica Constitucional, y es esta última la que, en verdad, le ha dado la fortaleza a la industria minera y que, claramente, prohíbe la superposición de concesiones mineras. Esa ley le dio intangibilidad a esos derechos, por lo que no se pueden tocar esos derechos, para no perjudicarlos, por lo sensible que es la industria minera en la economía nacional.

El Código de Minería tiene autores distintos, ministros distintos y comisiones de estudio distintas. Se dictó, en 1983, con posterioridad a la LOCCM, haciendo caso omiso de la prohibición que establecía esa ley y se diseñó un procedimiento concesional minero que adolecía de graves fallas, en cuanto a las superposiciones. Así, con el ánimo de aumentar el descubrimiento de nuevos yacimientos mineros, el CM le dio la posibi-

lidad a cualquier persona de presentar pedimentos y manifestaciones donde quisiesen, *ad libitum*, expresión latina que significa con libertad total.

Aparentemente, el Código dice que se prohíbe la superposición, pero deja abierta una tremenda puerta. Y, además, la está premiando. Sin embargo, algunos autores han llegado a elaborar la tesis de que si el nuevo concesionario está recibiendo “de regalo” su título minero, al mismo tiempo, está expuesto a un deber de cuidado. La legislación pareciera establecer este principio, que es un principio negativo, de un deber excesivo de cuidado. Así, el concesionario antiguo debe cuidar su título y observar, día a día, el Diario Oficial para evitar que alguien lo prive de su título. Se está haciendo imperar un seudo principio jurídico, que no es de justicia, ni certeza ni seguridad.

Así es difícil luchar contra la superposición, cuando todo el sistema concesional instaurado en el propio Código de Minería propicia las superposiciones de concesiones mineras.

Se ha avanzado, pero no se ha logrado evitar completamente el fenómeno, porque, en el fondo, hay un gran premio para el que se superpone, ya que existe la posibilidad de que el juez pueda llegar a constituir la concesión, aun estando superpuesta.

Ahora, si pasan los cuatro años dentro de los cuales se puede pedir la nulidad de la nueva concesión, existe la posibilidad, por alguna razón procesal, de perder el juicio. Hay una situación de riesgo. El solo hecho de existir esta institución de la “nulidad” de las concesiones mineras es un riesgo.

En el neo-moderno Derecho Administrativo Económico, nacido hace treinta años, en paralelo a esta legislación minera, desaparecieron en Chile las caducidades estatales, pero aquí, por impericia legislativa, ha imperado una caducidad minera encubierta: la prescripción extintiva de la acción de nulidad, a raíz de una superposición.

Y aquí opera, también, una institución muy importante para el Derecho, que es la prescripción. Pero con un problema: hay una prescripción de un título ajeno, que lo posee y lo sigue poseyendo el concesionario antiguo, el que sigue pagando sus patentes. Y, además, hay un título paralelo, no conectado directamente con el título legítimo. No hay relación alguna entre el primero y el superpuesto. Y no están anotados en el mismo registro. Todo lo cual es muy incoherente; pero esta en el diseño erróneo del CM.

Ahora, habrá que preguntarse cuántos concesionarios mineros de hoy día, lo son gracias a haberse superpuesto y destruido los títulos anteriores. Un sistema sano debe tener otros mecanismos para el traspaso de la propiedad. Pero, es el esquema vicioso que establece esta legislación minera.

¿Cómo se puede solucionar este problema, con una nueva reforma? Sobre una reforma legal, lo primero a considerar es la voluntad para hacerla y, segundo, son los riesgos que una reforma conlleva. Muchas veces, los empresarios y las autoridades no inician modificaciones, para no poner en riesgo una industria tan importante como ésta. Sin embargo, lo que se debe hacer es seguir avanzando hacia la cuadrícula única, como lo hacen muchos países, desde hace muchos años.

Dados los avances cartográficos, cada vez es más innecesario seguir continuamente mensurando. Así que bastaría con distribuir diferentes cuadrículas, a través de todo el país. De esta manera, si una concesionaria tiene una determinada cuadrícula minera, automáticamente, no se debieran aceptar otras peticiones superpuestas. Pero, se necesita una modificación legal.

O establecer la siguiente regla: al momento de presentarse la manifestación, el juez debe rechazarla de inmediato, si tiene información de que está superpuesta a otra concesión. Eso no se hace hoy en la práctica.

I. LOS TRES CASOS JURISPRUDENCIALES COMENTADOS

En primer lugar, tenemos la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 13 de septiembre del 2011⁴, en el caso *Anglo American Sur S.A.* Esta establece, en su considerando 7º, que los artículos 58, 95 y 108 del Código de Minería sólo aceptan la existencia de superposición de concesiones cuando la nueva concesión afecta *parte* de una concesión ya existente, sea que se trate de una concesión de exploración o una pertenencia, o, para el caso que se trate de concesiones referidas a un mismo terreno, pero respecto de sustancias concebibles diversas. Luego añade que, en cambio, en el caso que se trate de una concesión que se encuentra superpuesta en *forma total* sobre una concesión anterior, ha de aplicarse lo que dispone en forma imperativa el artículo 27 del Código de Minería vigente, que lo prohíbe⁵.

En segundo lugar, tenemos la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena de 10 de septiembre del 2012⁶, en el caso *Moreno Lemus, Eloísa del Carmen*. Esta sentencia, en su considerando 9º, establece que los artículos 58 y 108 del Código de Minería deben interpretarse en forma restrictiva, considerando que el espíritu del legislador ha sido evitar la superposición. Más adelante explica que el Código de Minería de 1932 aceptaba la superposición territorial de concesiones, como consecuencia de que éstas se entregaban solamente respecto de sustancias determinadas, pero que luego, con la entrada en vigencia de la nueva legislación minera que reconoce el derecho a explotar todas las sustancias concesibles existentes en el área objeto de concesión, se hace imposible mantener la situación existente bajo la legislación anterior, por cuanto el conflicto ya no sólo dice relación con extensiones territoriales superpuestas, sino que con objetos idénticos⁷.

Este considerando concluye diciendo que si la nueva concesión se encuentra superpuesta en forma total sobre una concesión anterior, corresponde aplicar el artículo 27

⁴ Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, 13 de septiembre del 2011, Rol N° 975-2011.

⁵ Se interpuso en contra de esta sentencia un recurso de casación en el fondo, el cual fue rechazado por la Corte Suprema el 30 de noviembre del 2011 por manifiesta falta de fundamentos (Rol N° 10.349-2011).

⁶ Sentencia Corte de Apelaciones de La Serena, 10 de septiembre del 2012, Rol N° 170-2012.

⁷ Se interpuso en contra de esta sentencia un recurso de casación en el fondo, el cual, el 30 de noviembre del 2012, fue rechazado por la Corte Suprema por manifiesta falta de fundamentos (Rol N° 8395-12).

del Código de Minería vigente, que prohíbe la constitución de concesiones mineras superpuestas.

Finalmente tenemos la sentencia dictada por la Corte Suprema el 5 de octubre del 2012⁸, en el caso *Villar García, Rodolfo y otro*. Esta sentencia, en su considerando 7º, decreta que los artículos 27 del Código de Minería y 4º de la Ley N° 18.097 persiguen que tales cubrimientos/superposiciones no se produzcan. Luego, en su considerando 9º, agrega que los jueces tienen la obligación de velar porque no se produzcan superposiciones de concesiones mineras luego de constatar la existencia de alguna superposición.

II. LA SUPERPOSICIÓN: HECHO PROHIBIDO DENTRO DEL SISTEMA JURÍDICO MINERO

1. LA SUPERPOSICIÓN DE CONCESIONES MINERAS

La superposición de concesiones mineras se produce en aquellos casos en que sobre el terreno ya cubierto por una concesión anterior, se constituye una nueva⁹. Coexisten así, una concesión antigua (*subpuesta*) y una concesión nueva (*superpuesta*). Se trata de un fenómeno de particular relevancia en el ámbito minero y frecuentemente se define como el hecho de coexistir dos concesiones mineras sobre una misma extensión material de terreno, sea total o parcialmente.

Si bien, como se verá, la superposición es un presupuesto fáctico prohibido por nuestro ordenamiento, no se trata de una situación inexistente, sino que por el contrario, sí se dan casos de superposición en nuestro país, los que pueden generarse por variados motivos. Se ha señalado, por ejemplo, que la superposición puede deberse a “ (...) errores de carácter técnico al momento de ejecutarse la mensura de las pertenencias; desconocimiento de la existencia de la pertenencia que sufre la superposición, o de su exacta ubicación; equivocada apreciación acerca de la extinción de la pertenencia constituida anteriormente; e incluso mala fe de quien constituye superpuesta una pertenencia a sabiendas de la existencia de otra en el mismo terreno (...)”¹⁰ o a la carencia de información adecuada por el Servicio Nacional de Geología y Minería.

De esta forma, entonces, cabe adelantar desde ya que se trata de una situación prohibida por el ordenamiento, pero que en la práctica puede darse con motivo de errores técnicos, equivocaciones o simplemente por desconocimiento de la concesión *subpuesta*. A pesar de ello, sea cual sea el motivo de la superposición, ésta comporta un atentado contra el ordenamiento.

⁸ Sentencia Corte Suprema, 5 de octubre del 2012, Rol N° 5296-12.

⁹ La expresión “*superposición*”, antaño usada como sinónimo de sobreposición o abarcamiento de distintos derechos mineros (siguiendo el lenguaje del artículo 95 números 5 a 8 del Código de Minería), ha sido incorporada por el legislador al artículo 73 inciso 4º *in fine* del Código de Minería, según la modificación de la Ley N° 19.694 de 2000; de ahí su pertinente uso actual en dogmática minera.

¹⁰ LIRA OVALLE 1995, p. 56.

La prohibición de las superposiciones de concesiones mineras se encuentra fundada en que de aceptarse, implicaría una vulneración flagrante de los principios estructurales del procedimiento concesional minero, y afectaría derechamente la propia estabilidad de los derechos mineros. Primero, porque afectaría uno de los principios basales del sistema jurídico minero cual es la exclusividad del concesionario minero sobre una determinada superficie; y, segundo, en consistencia con lo anterior, porque atentaría contra la seguridad y certeza jurídica de los títulos mineros, toda vez que se pierde la exclusividad para desarrollar la industria minera en el lugar específico afectado por la concesión. Resulta entonces impracticable, tanto física como jurídicamente; ese no es el espíritu ni el objetivo de nuestro ordenamiento.

Como se verá en seguida, se trata de una situación que contradice normas:

- i) constitucionales (art. 19 N° 24 incisos 1º, 7º y 8º Constitución Política de la República);
- ii) orgánicas constitucionales (arts. 4º inciso 2º, 10 y 11 Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras), y
- iii) también es contraria a normas de rango legal (art. 27 Código de Minería, que prohíbe en forma enfática la superposición y da mandato legal al juez porque sea quien vele por la observancia de esta prohibición).

2. ILEGITIMIDAD JURÍDICA DE LAS SUPERPOSICIONES

Como ya se ha adelantado, tanto la Constitución Política de la República como la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras prohíben terminantemente la superposición de concesiones. Así, la actividad minera está sujeta a las mismas garantías que cualquier otra actividad económica. En tanto tal, la seguridad jurídica que la Constitución entrega a la actividad minera se manifiesta a través del especial establecimiento de un derecho público subjetivo dirigido a garantizar “la propiedad sobre la concesión minera”, protegiendo de esta manera la libre apropiabilidad de la concesión, la seguridad de que una vez apropiada la concesión dicha propiedad pueda mantenerse bajo la titularidad privada, su libre traspaso a terceros y, en fin, una protección frente al legislador del rango que sea la ley en cuestión, por los posibles ataques a los derechos de los concesionarios. Además, la Constitución establece el denominado “dominio legal”, fijando la competencia específica del legislador, lo que debe interpretarse armónicamente con el artículo 19 N° 26 de la Constitución (que consagra el respeto a la esencia de los derechos) y, en cuanto a concesiones mineras, con lo dispuesto en el artículo 19 N° 24, incisos 1º, 2º, 3º, 7º, 8º y 9º de la Constitución (que consagran el estatuto patrimonial de las concesiones mineras, la prohibición de la extinción de su dominio, salvo expropiación, y la reserva de Ley Orgánica Constitucional en ciertas materias), aspectos todos los cuales determinan la masa normativa que denominamos “Orden Público Económico-Minero”.

De esta forma, sustancialmente, los atributos o facultades del dominio sobre la concesión minera, entre los que destaca el de la exclusividad, se encuentran protegidos por

las garantías constitucionales citadas, quedando vedado al legislador imponer medidas que atenten contra la esencia de la propiedad que se tiene sobre la concesión.

Por su parte, la LOCCM mantiene y desarrolla este estatuto garantista, en tanto que respeta la esencia del dominio sobre la concesión, no apreciándose en el texto de tal ley condicionamientos que afecten el libre ejercicio del dominio sobre las concesiones mineras. Son básicos a este respecto los artículos 4º inciso 2º, 6º, 11 y 12 de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, pues respetan la condición de propietario del titular de la concesión minera, y permiten descubrir la esencia de sus derechos. Manifestación de esta exclusividad es el ya enunciado art. 4º inciso 2º LOCCM al disponer que: *“Sobre las sustancias concesibles existentes en una misma extensión territorial no puede constituirse más de una concesión minera”*.

Así, de acuerdo con las disposiciones indicadas, queda claro que es de la esencia de la concesión la exclusividad de los derechos del concesionario, estableciéndose una prohibición expresa para constituirse más de una concesión en una misma extensión territorial, consagrando ya de manera clara el principio de prohibición de la superposición de concesiones mineras, por cuanto tal superposición atenta contra la esencia de la propiedad sobre la concesión minera: esto es, la exclusividad de los derechos del concesionario.

3. MEDIDAS QUE CONTEMPLA EL CÓDIGO DE MINERÍA PARA IMPEDIR LA SUPERPOSICIÓN: DEBER DEL JUEZ DE DENEGAR LAS SOLICITUDES DE CONSTITUCIÓN DE CONCESIONES MINERAS SUPERPUESTAS

En consistencia con lo anterior, al estar prohibida la superposición de concesiones por el ordenamiento, el Código de Minería dispone una serie de medidas que pretenden impedir la superposición o remediar la superposición que se hubiere constituido erróneamente, las cuales tienen, en parte, su origen en la Ley N° 19.573. Las soluciones dispuestas por el Código de Minería son las siguientes:

1º Actuación imperativa de oficio por parte del juez. Primeramente, la regla general en la materia se encuentra en el art. 27 del Código de Minería, el cual prohíbe la constitución de concesiones (de exploración y explotación) superpuestas, encargando al juez velar por la observancia de dicha prohibición. A este respecto se ha señalado que el momento procesal oportuno para ejercer dicha facultad es el establecido en el art. 85 del Código de Minería, en virtud del cual, concluida la tramitación procedimental, el juez debe examinar los autos, y en caso de apreciar la concurrencia de falta o ilegalidades (como es el caso de la superposición advertida en la especie), puede ordenar la subsanación de las mismas, en la medida que sean subsanables, debiendo, en caso contrario, denegar la concesión¹¹. Sin embargo, tal posibilidad está prevista exclusivamente para las pertenencias y no para las concesiones de exploración, para las

¹¹ LIRA OVALLE 2007, p. 145.

cuales el art. 57 del Código de Minería sólo prevé la posibilidad de que el juez ordene subsanaciones en atención a las observaciones evacuadas por el Sernageomin, órgano que no tiene obligación de informar en relación a la existencia de la superposición, como si ocurre en sede de pertenencias. De esta forma, el art. 27 del Código de Minería dispone que sobre las sustancias concesibles existentes en terrenos cubiertos por una concesión minera no puede constituirse otra, prohibición que se refiere tanto a concesiones de exploración como de explotación. Esta norma es clara y no admite la existencia entonces de una superposición. Será deber –no facultad– del juez respectivo entonces salvaguardar la eficacia de esta disposición, denegando así todas aquellas solicitudes de concesión minera que se superpongan respecto de otras, permitiendo así la exclusividad del título concesional a quien lo obtuvo válidamente con anterioridad.

2º Oposición a la solicitud de mensura. El art. 61 N° 1 del Código de Minería permite oponerse a la solicitud de mensura basado en que se pretende mensurar un terreno no comprendido en un pedimento o en una concesión para explorar. Como se puede apreciar, esta facultad de oposición se reconoce exclusivamente al titular de una concesión de exploración, pero no al de una pertenencia, a quien se le faculta para oponerse sólo una vez que la mensura se ha efectuado.

3º Oposición a la constitución de la concesión. El art. 84 del Código de Minería recoge la posibilidad de que el titular de una pertenencia se oponga a la constitución de otra pertenencia posterior y superpuesta, si bien tal opción está supeditada a que el Servicio, al evacuar su informe sobre la mensura efectuada, haya advertido dicha superposición (art. 80) y que la misma haya sido publicada y notificada personalmente al titular de la pertenencia original y *subpuesta* (artículo 83). Por otra parte, el ejercicio de la facultad tiene un riesgo elevado, toda vez que vencido en esta instancia el titular de la pertenencia original, no puede posteriormente ejercitar la acción de nulidad del art. 95 del Código de Minería (art. 84 inciso final del Código de Minería).

4º Sanciones penales a los ingenieros y peritos. El art. 73 del Código de Minería sanciona con la pena de reclusión menor en su grado mínimo, y la accesoria de suspensión de cargo u oficio público o profesión titular, al ingeniero o perito que a sabiendas abarque con la mensura pertenencias vigentes.

5º Notificación personal del afectado. De acuerdo con el art. 83 incisos 2º y 3º del Código de Minería, una vez efectuada la publicación del extracto del informe de superposición evacuado por el Servicio de acuerdo al art. 80 del Código de Minería, dicho extracto deberá, asimismo, ser notificado personalmente al afectado por la superposición, a cuyo nombre figuren inscritas las pertenencias en el correspondiente Registro del Conservador de Minas. Sin embargo, esta solución se dispone única y exclusivamente a favor del titular de una pertenencia y no de una concesión de exploración.

6º Inocuidad de la concesión de exploración superpuesta. El art. 58 del Código de Minería en ningún caso es la fuente legal que permitiría la superposición de concesiones. El hecho de que la ley exija a las concesiones mineras ciertas formas y dimensiones hace que el petionario de la concesión tenga que solicitar concesiones que se “*superponen*” a

otras o que abarcan terrenos situados fuera de los límites de nuestro país, por ejemplo. Sin embargo, esa norma establece que la sentencia constitutiva de una concesión de exploración superpuesta, no afecta los derechos emanados de una concesión de exploración o de una pertenencia constituidas a la fecha del pedimento que dio origen a la sentencia, o que estuvieren en trámite a la fecha de la sentencia, si la presentación del pedimento o la manifestación respectivos ha sido anterior a la del pedimento que dio origen a la sentencia. De esta forma, es notorio que el Código de Minería en su art. 58 protege las concesiones ya otorgadas, evitando que los derechos de los concesionarios sean afectados, de manera tal que si excepcionalmente existe superposición *formal* de concesiones, la otorgada en forma posterior sólo podrá ser ejercida dentro de aquella parte no superpuesta a la anterior¹². Así, por las dimensiones técnicas exigidas, algunas concesiones de exploración no pueden esquivar la superficie comprendida por concesiones anteladas; esto, ya que recordemos que las concesiones de exploración tienen aspectos muy amplios como lados de 1.000 metros, siempre en forma de cuadrados y rectángulos y nunca una superficie menor de 100 ha.

7º Oposición a la ejecución de labores. El art. 108 inciso 1º del Código de Minería faculta al titular de una concesión de exploración o de una pertenencia constituida, a oponerse a las labores que dentro de los límites de su concesión pretenda ejecutar el titular de otra concesión de exploración, cuyo pedimento haya sido posterior al pedimento o a la manifestación del opositor.

8º Prevalencia de la pertenencia en trámite por sobre la concesión de exploración con una manifestación posterior. El art. 108 inciso 2º del Código de Minería establece que el titular de una pertenencia en trámite no podrá ser perturbado en sus trabajos de reconocimiento y de constitución de su título, por el dueño de una concesión de exploración cuyo pedimento sea posterior a la manifestación de aquél.

4. Nulidad de las concesiones superpuestas. Además, el Código de Minería pretende solucionar la superposición de concesiones mineras disponiendo que son causales de nulidad, entre otras: (a) la constitución de pertenencia abarcando terreno ya comprendido por otra pertenencia (a menos que la fecha de mensura de ésta sea posterior a la de aquélla), y (b) la constitución de una concesión de exploración abarcando terreno ya comprendido, o que quede comprendido, por otra concesión de exploración cuyo pedimento haya sido presentado con fecha anterior (art. 95 números 7 y 8 del Código de Minería). Para el supuesto del art. 95 N° 7 del Código de Minería, establece el art. 96 del Código de Minería que la respectiva acción de nulidad se extingue por prescripción en el plazo de 4 años, contado desde la fecha de la publicación de ex-

¹² Esta misma interpretación del art. 58 del Código de Minería se desprende de la citada sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 13 de septiembre de 2011, en el caso *Anglo American Sur S.A.*, que en su considerando 7º ha señalado que si bien los arts. 58 y 108 del Código de Minería aceptarían la superposición, "(...) cabe entender tal situación como consecuencia de la constitución de una nueva concesión que afecte 'parte' de una concesión ya existente, sea que se trate de una concesión de exploración o pertenencia (...)".

tracto de la sentencia constitutiva. Sin embargo, transcurrido dicho plazo sin que se ejerza la acción de nulidad señalada, el mismo art. 96 inciso 3º del Código de Minería establece que la concesión superpuesta queda saneada de todo vicio, entendiéndose que la sentencia y su inscripción han producido siempre sus efectos incoherentes. Asimismo la sentencia que declare la prescripción de la acción de nulidad, también declarará extinguida la pertenencia afectada por la superposición. En el caso de la acción de nulidad establecida en el art. 95 N° 8 del Código de Minería, ésta se extingue si, debiendo deducir la oposición a que se refiere el artículo 61 N° 1 del Código de Minería, el interesado no lo hace.

Como se ha expuesto, consta la prohibición legal de que se constituyan concesiones mineras que se superpongan a otras. Ello aparece claro de las diversas normas que se han citado en esta parte, y el hecho de que en la realidad exista la superposición, sólo se debe a errores técnicos al momento de la mensura; al desconocimiento de la concesión subpuesta; a la equivocada apreciación acerca de la extinción de la pertenencia constituida anteriormente; e incluso mala fe de quien constituye superpuesta una pertenencia a sabiendas de la existencia de otra en el mismo terreno o, en último caso, a la falta de información adecuada por el SERNAGEOMIN.

No obstante la claridad de esta prohibición legal, nos referiremos a continuación al caso específico de la superposición de concesiones mineras de exploración sobre concesiones mineras de explotación ya constituidas.

III. EL CASO ESPECÍFICO DE UNA CONCESIÓN DE EXPLORACIÓN SUPERPUESTA A UNA CONCESIÓN DE EXPLOTACIÓN YA CONSTITUIDA

1. NORMAS REGULADORAS DEL CASO DE LA ESPECIE

Analizada la superposición y su compleja convivencia dentro del sistema jurídico minero, observamos ahora la situación concreta de la superposición de una concesión de exploración respecto de una concesión de explotación otorgada conforme a la ley; ello, dado que es uno de los casos novedosos a que se refieren las sentencias comentadas.

Un autor señala que existirían varias hipótesis de superposición, las que clasifica de la siguiente manera:

i) De una pertenencia sobre otra, en cuyo caso el acto de concesión de la pertenencia posterior adolece de nulidad en los términos del número 6º o del número 7º del artículo 95;

ii) De pertenencia sobre concesión de exploración, evento en el cual el titular de esta última, si no se deduce oportunamente la oposición del número 1º del artículo 61, pierde los derechos emanados de ella respecto de los terrenos en que aquella se constituya (artículo 65 inciso 2º);

iii) De una concesión de exploración sobre otra, caso en el cual se aplican los artículos 58 y 108 inciso primero y, además, el acto de concesión de aquella que fue pedida con posterioridad padece de nulidad de acuerdo al número 8º del artículo 95, y

iv) De concesión de exploración sobre pertenencia, situación que se regiría por los artículos 58 y 108¹³⁻¹⁴.

Es esta última hipótesis la que nos interesa para los efectos de este comentario.

Primero recordemos lo previsto en el art. 27 del Código de Minería: *“Sobre las sustancias concesibles existentes en terrenos cubiertos por una concesión minera no puede constituirse otra. El juez velará por la observancia de esta prohibición”*.

Ocurre entonces que la ley, a través de esta norma, prohíbe la superposición y establece que es el juez quien debe, dentro del procedimiento de constitución de la concesión superpuesta solicitada, velar por la observancia de esta prohibición, rechazando la constitución de la concesión minera superpuesta, dando así, por un lado, cumplimiento al mandato legal contenido en la norma transcrita y, por el otro, protegiendo de esta forma los derechos del concesionario que tiene un título minero válidamente otorgado.

Ahora bien, hay que señalar que, atendida la circunstancia de que no existe la oportunidad de oposición dentro del procedimiento de constitución de una concesión de exploración, es posible que, por los inconvenientes ya vistos, se dé el caso que se constituya finalmente en forma errónea, por cierto, una concesión de exploración superpuesta a otra concesión, sea de exploración o explotación. En el caso de que se constituya la concesión superpuesta, la sentencia validará una situación que está expresamente prohibida, en los términos ya vistos, por el art. 27 del Código de Minería. En todo caso, conforme a las reglas generales, el propietario siempre puede comparecer a hacer valer sus derechos, y como se verá más adelante, ante la existencia de una superposición que le afecta, podrá hacer valer esta circunstancia ante el Juez.

La ocurrencia de estos casos en la práctica ha permitido que la prohibición de superponer concesiones no se cumpla de manera estricta, lo que ha sido facilitado además con la interpretación errónea de normas como las contenidas en los arts. 58 y 108 del mismo Código de Minería. Estas normas (arts. 58 y 108) han sido mal interpretadas con el fin de permitir la superposición. Sin embargo, toda vez que el espíritu de la legislación

¹³ OSSA BULNES 1999, p. 84.

¹⁴ En la misma línea, estas cuatro hipótesis de superposición son reproducidas en fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 13 de septiembre de 2011, que en su considerando 5º señala:

“Que no obstante se debe considerar que las hipótesis de superposición pueden darse de cuatro maneras diversas: De una pertenencia sobre otra, caso en el cual la concesión de la pertenencia posterior adolece de nulidad en los términos de los números 6º o 7º del artículo 95 del Código de Minería.

De una pertenencia sobre una concesión de exploración, evento en el cual el titular de esta última, si no deduce oposición en forma oportuna, de conformidad con lo que dispone el N° 1 del artículo 61 del Código del Ramo, pierde los derechos emanados de ella respecto de los terrenos en que aquella se constituya, tal como lo dispone el artículo 65 del mismo Código.

De una concesión de exploración sobre otra, caso en el cual se aplican los artículos 58 y 108 del Código de Minería, sin perjuicio de que el acto de concesión de la segunda adolece de nulidad de acuerdo al numeral del artículo 8º del artículo 95 citado.

De una concesión de exploración sobre una pertenencia, cual es el caso de autos, situación que sólo queda regulada por lo que disponen los artículos 58 y 108 del Código de Minería”.

es evitar la superposición, dichas normas deben ser interpretadas en forma restrictiva, y podría haber excepcionalmente una superposición *formal* como consecuencia de las dimensiones exigidas, pero la concesión superpuesta sólo podrá ser ejercida en aquella parte que no se superpone; esto, dado el carácter prohibitivo que la ley establece de forma expresa respecto de la superposición de concesiones.

Veamos que el art. 58 del Código de Minería dispone: *“La sentencia constitutiva de la concesión de exploración no afecta los derechos emanados de una concesión de exploración o de una pertenencia, que hayan estado constituidas a la fecha del pedimento que dio origen a la sentencia. Tampoco afectará los derechos emanados de una concesión de exploración o de una pertenencia, aunque estuvieren en trámite a la fecha de la sentencia, si la presentación del pedimento o de la manifestación respectivos ha sido anterior a la del pedimento que dio origen a la sentencia”*.

Ante la norma transcrita en el párrafo precedente, cabe al titular de una concesión de exploración que se vea afectado por la superposición, que conforme a lo dispuesto en el art. 95 N° 8 del Código de Minería solicite la nulidad de la concesión superpuesta por haberse constituido la concesión de exploración abarcando terreno ya comprendido, o que quede comprendido, por su concesión.

2. INTERPRETACIÓN ARMÓNICA DE LA NORMATIVA Y SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

¿Cómo ha de interpretarse entonces el art. 27 del Código de Minería (que prohíbe de manera tan enfática la superposición) en relación con los arts. 58 y 108 del mismo cuerpo legal?

Ante esta controversia entre normas del Código de Minería, cabe referirse a cómo ha resuelto la jurisprudencia casos en que se enfrente un peticionario de concesión de exploración frente a un titular de concesión de explotación ya constituida.

De lo anterior, se desprende que la ley permite que se solicite una concesión minera de exploración superpuesta a una concesión de explotación ya constituida, pero dentro del procedimiento la ley –art. 27 del Código de Minería– exige al juez velar porque no se constituyan concesiones superpuestas. Es decir, el juez podrá admitir a tramitación una solicitud de concesión que se superponga a otra, y dentro del procedimiento podrán darse dos presupuestos:

- i) La superposición es parcial, o
- ii) La superposición es total.

Si la solicitud se superpone parcialmente, el juez excepcionalmente podrá constituir la concesión, la que podrá ejercerse sólo sobre aquella parte no afectada por la superposición.

Si la solicitud se superpone íntegramente, la solicitud debe ser rechazada por el juez, imperativamente.

En rigor, entonces, no podrá existir jamás una superposición de una concesión de exploración sobre una pertenencia ya otorgada. Esto, porque en caso de que se acoja

una solicitud superpuesta parcialmente, ésta sólo podrá referirse a aquella parte no superpuesta.

Podemos concluir entonces que, si bien puede darse en la práctica la hipótesis de superposición de concesión de exploración sobre una pertenencia –y aunque ésta no disponga a favor del titular de un mecanismo expreso en la normativa minera para evitarlo dentro del procedimiento– no por esto, este hecho se encuentra legitimado por el ordenamiento jurídico. Es frente a estas situaciones de indefensión del concesionario minero, en donde deben primar “los principios del procedimiento minero” que desde luego constituyen un estatuto de garantía de la titularidad minera.

El artículo 5º, inciso 5º de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras establece que: “*corresponde al Código de Minería regular al forma de hacer valer los derechos, sea dentro del procedimiento de constitución o con posterioridad a él, de quienes sean lesionados con la constitución de la concesión minera*”.

Es evidente que a través del procedimiento concesional se crean nuevos derechos o titularidades mineras que desde luego deben ir respetando las existentes, en consecuencia con el principio de seguridad jurídica y otros principios que fluyen de la legislación minera vigente, entre los que destacamos el principio de exclusividad de los títulos mineros.

Este principio es concordante con la incompatibilidad existente entre superposiciones mineras ya que en todo procedimiento minero se debe respetar la exclusividad de los títulos anteriores. La superposición de concesiones mineras es en esencia un quebranto a la exclusividad.

Como se ha sostenido entonces, el referido art. 58 del Código de Minería no representa en caso alguno la fuente legal que permitiría la superposición, sino que sólo regula –sin legitimar– una situación de hecho que puede producirse en atención a las consideraciones señaladas anteriormente en este Informe (forma, dimensiones, etc.). Esta regulación de una situación de hecho no legitimada no es única en nuestro derecho; por ej., la situación de la venta de cosa ajena, que siendo válida (art. 1815 del Código Civil), no significa que ella esté autorizada: la ley sólo regula algo que puede ocurrir lo que no significa que lo legitime. De igual manera como acontece con el tratamiento de los delitos en el Derecho Penal, en que se les reconoce como una situación que puede ocurrir –y que efectivamente ocurre–, entonces se les regula estableciendo una pena, sin que por ello se legitime.

3. POSIBILIDADES DEL PARTICULAR AFECTADO POR LA SUPERPOSICIÓN PARA PROTEGER LOS DERECHOS EMANADOS DE SU CONCESIÓN

Las opciones prácticas son las siguientes:

1º Hacer presente al Tribunal los vicios existentes durante la tramitación de las concesiones mineras de exploración

El particular que se vea afectado por una solicitud de concesión minera de exploración podrá hacer presente al Tribunal los vicios existentes durante la tramitación del procedimiento concesional minero con el objeto de que el Juez pueda ponderar fielmente los

antecedentes, y en caso de advertir algún vicio –como la superposición– deberá aplicar lo dispuesto en el art. 27 del Código de Minería.

Como se ha señalado, la superposición es un hecho prohibido por el sistema jurídico minero, y la ley le ordena al juez velar por la observancia de esta prohibición, conforme al art. 27 del Código de Minería.

Por lo tanto, al constatar la superposición, o al ser advertido de ella, el Juez debe imperativamente denegar las solicitudes de concesiones mineras de exploración superpuestas, en atención a la prohibición legal que rige en esta materia.

2º Juicio separado sobre cuestiones contenciosas que se susciten durante el procedimiento concesional

El art. 34 inc. 2º del Código de Minería señala que toda cuestión concesional que se suscite durante el procedimiento concesional se substanciará en juicio separado. Esto, ya que el inc. 1º de la misma norma establece que las concesiones mineras se constituyen por resolución judicial dictada en un procedimiento no contencioso.

Es así como quien se sienta afectado por la constitución de una concesión minera determinada, podrá invocar sus derechos en juicio separado, conforme al art. 34 indicado.

Y si, en esta línea, se presenta una demanda solicitando la nulidad de las concesiones mineras superpuestas, cabe señalar que creemos que esta no se trata de una de aquellas causales de nulidad contenidas en el art. 95 del Código de Minería, dado que no contempla la hipótesis de superposición de concesión de exploración sobre otra de explotación dentro de sus numerales. No obstante, ello en nada afecta la procedencia de tal acción de nulidad separada. Así, para verificar la procedencia de una acción de esta naturaleza habrá que recurrir a las normas, instituciones y principios expuestos en el desarrollo del presente comentario, sumadas a aspectos procesales que cabe revisar a continuación.

En efecto, el art. 83 del Código de Procedimiento Civil dispone: *“La nulidad procesal podrá ser declarada, de oficio o a petición de parte, en los casos que la ley expresamente lo disponga y en todos aquellos en que exista un vicio que irroque a alguna de las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad”*.

Hemos comprobado, jurídicamente, que la superposición entre concesiones mineras constituye un vicio, y que ello irroga un perjuicio al titular de la concesión subpuesta que es sólo reparable con la declaración de nulidad de la concesión que se superpone.

Veamos entonces:

1º Es claro que la superposición representa un hecho prohibido por el ordenamiento, y que corresponde al juez velar por la observancia de esta prohibición (art. 27 del Código de Minería). Además, la ley del ramo contempla diversos mecanismos para evitar las superposiciones.

2º El art. 34 inc. 2º del Código de Minería da la posibilidad de que se planteen asuntos contenciosos a partir de cuestiones suscitadas durante el procedimiento concesional minero.

3º El art. 83 del Código de Procedimiento Civil, en tanto, establece la nulidad procesal, cual es aplicable supletoriamente en cualquier procedimiento que se tramite y rija por este cuerpo legal. Así, existiendo un vicio procedimental y un perjuicio respecto de un particular, este último podrá invocarlo conforme a lo dispuesto en el art. 34 inc. 2º del Código de Minería antes señalado.

4º En tanto, la jurisprudencia emanada de los Tribunales Superiores de Justicia, en casos en que ha observado la superposición de concesiones mineras, ha resuelto rechazar la constitución de las concesiones superpuestas solicitadas.

5º Por lo tanto, de lo expuesto en este acápite aparece la procedencia de una acción de nulidad del titular de una concesión ya constituida contra otra de explotación, posterior; y, de comprobarse la superposición total respecto de sus concesiones, deberá ser acogida en todas sus partes.

6º Sólo podrían otorgarse concesiones de exploración solicitadas en la medida que la superposición sea parcial, y sólo sobre aquella parte no superpuesta.

Esto es lo que se resolvió prudentemente por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en el caso *Anglo American Sur S.A.*

De esta forma, cabe señalar la procedencia de una acción presentada por el titular de una concesión de explotación afectada por una superposición, en contra de una solicitud de concesión de exploración superpuesta.

CONCLUSIONES

1º La superposición es una figura prohibida por el ordenamiento. Su existencia atenta contra normas constitucionales y legales.

2º El hecho de que existan concesiones superpuestas se debe a errores, equivocaciones o desconocimiento, que no han sido advertidas en su momento dentro del procedimiento concesional minero.

3º Como consecuencia de la forma y dimensiones exigidas a las concesiones de exploración, existe la posibilidad de que en virtud de los arts. 58 y 108 del Código de Minería se constituyan concesiones superpuestas a otras. Sin embargo, tal situación debe ser interpretada restrictivamente, ya que según lo ordenan esas mismas normas, los derechos de los concesionarios constituidos con antelación deben ser respetados y en ningún caso pueden verse afectados. Entonces, el referido art. 58 del Código de Minería no representa en caso alguno la fuente legal que permitiría la superposición, sino que sólo regula –sin legitimar– una situación de hecho que puede producirse en atención a las consideraciones señaladas anteriormente (forma, dimensiones, etc.).

4º Por lo tanto, de acuerdo a lo dicho en el número 3º precedente, sólo pueden ejercerse las concesiones superpuestas en aquella parte no superpuesta.

5º Será deber del Juez competente velar por la observancia de la prohibición de superposición de concesiones mineras. Asimismo, y tal como lo ha dicho la jurisprudencia revisada en este comentario, en caso de que se trate de una concesión que se encuentra superpuesta en forma total sobre una concesión anterior, como ocurre en los casos,

deberá imperativamente ser rechazada por el juez, ya que ha de aplicarse lo dispuesto en el artículo 27 del Código de Minería, que prohíbe expresamente la superposición de concesiones.

6º Asimismo, el particular podrá iniciar un juicio separado en que solicite se declare la nulidad de la concesión minera superpuesta, en atención a lo dispuesto en el art. 34 inc. 2º del Código de Minería.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

LIRA OVALLE, Samuel (1995): "Prescripción de la acción de nulidad de la concesión minera", en: *Revista de Derecho de Minas*.

_____ (2007): *Curso de Derecho de Minería* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición).

OSSA BULNES, Juan Luis (1999): *Derecho de Minería* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición).

VERGARA BLANCO, Alejandro (2010): *Instituciones de Derecho Minero* (Santiago, Legal Publishing Chile) pp. 271-302.

ANEXO

SENTENCIAS COMENTADAS

1) *Caso: Anglo American Sur S.A.*

Corte de Apelaciones de Valparaíso, 13 de septiembre del 2011. Rol N° 975-2011. Valparaíso, trece de septiembre de dos mil once.

Vistos:

Se reproduce la sentencia apelada y se tiene además presente:

1º) Que el apelante sustenta su apelación en dos circunstancias. La primera situación alegada dice relación con haberse aceptado en autos la comparecencia de un tercero distinto del peticionario, lo que contraría lo dispuesto en el artículo 34 del Código de Minería. El segundo motivo de la apelación se dirige al fondo de la cuestión debatida, en cuanto el apelante sostiene que es legalmente posible constituir una concesión de exploración no obstante existir sobre el mismo terreno una concesión de explotación, lo que sostiene en lo que disponen los artículos 58, 95 y 108 del Código de Minería.

2º) Que la primera de los hechos denunciados, esto es, la aceptación de un tercero en el juicio, tal situación no fue motivo de reproche oportuno por parte del recurrente, quedando ejecutoriada la resolución de fs. 21, que así lo dispuso. De este modo, cualquier anomalía que pudiese advertirse de dicha actuación quedó convalidada por el peticionario, quien no cuestionó tal decisión en forma oportuna.

3º) Que para resolver sobre la segunda causa que motiva el recurso cabe consignar que el artículo 4º de la Ley N° 18.097, Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, dispone: "La extensión territorial de una concesión minera podrá dividirse, pero cada parte resultante de la división no podrá ser inferior a la extensión mínima que

la concesión pueda tener de acuerdo con el Código de Minería, y tendrá que ser igual a esa extensión mínima o a un múltiplo de ella; todo lo cual se entiende sin perjuicio de la división intelectual o de cuota que de la concesión pueda hacerse. Sobre las sustancias concesibles existentes en una misma extensión territorial no puede constituirse más de una concesión minera”.

A su vez el artículo 27 del Código de Minería recoge la misma idea al señalar: “Sobre las sustancias concesibles existentes en terrenos cubiertos por una concesión minera no puede constituirse otra. El juez velará por la observancia de esta prohibición”.

4º) Que en el informe del Servicio Nacional de Geología y Minería (Sernageomin), de fs. 36 se indica en forma clara que entre la concesión minera que se solicita en estos autos existe una superposición total con la concesión de explotación constituida denominada “La Nueva 1/15 Rol Nacional 05603-0339-4”. No obstante ello, también en él se informa que los aspectos técnicos relacionados con la solicitud y los planos se encuentran de acuerdo a las disposiciones legales vigentes.

5º) Que no obstante se debe considerar que las hipótesis de superposición pueden darse de cuatro maneras diversas:

De una pertenencia sobre otra, caso en el cual la concesión de la pertenencia posterior adolece de nulidad en los términos de los números 6º o 7º del artículo 95 del Código de Minería.

De una pertenencia sobre una concesión de exploración, evento en el cual el titular de esta última, si no deduce oposición en forma oportuna, de con conformidad con lo que dispone el N° 1 del artículo 61 del Código del Ramo, pierde los derechos emanados de ella respecto de los terrenos en que aquella se constituya, tal como lo dispone el artículo 65 del mismo Código.

De una concesión de exploración sobre otra, caso en el cual se aplican los artículos 58 y 108 del Código de Minería, sin perjuicio de que el acto de concesión de la segunda adolece de nulidad de acuerdo al numeral 8º del artículo 95 del Código citado.

De una concesión de exploración sobre una pertenencia, cual es el caso de autos, situación que sólo queda regulada por lo que disponen los artículos 58 y 108 del Código de Minería.

6º) Que el artículo 58 del Código de Minería dispone: “La sentencia constitutiva de la concesión de exploración no afecta los derechos emanados de una concesión de exploración o de una pertenencia, que hayan estado constituidas a la fecha del pedimento que dio origen a la sentencia”. Y agrega en su inciso segundo: “Tampoco afectará los derechos emanados de una concesión de exploración o de una pertenencia, aunque estuvieren en trámite a la fecha de la sentencia, si la presentación del pedimento o de la manifestación respectivos ha sido anterior a la del pedimento que dio origen a la sentencia”.

Y el artículo 108 del Código de Minería, permite al titular de la concesión de exploración o al titular de una pertenencia a oponerse a las labores que pretenda ejecutar el titular de otra concesión dentro de los límites de la suya.

7º) Que si bien las normas antes citadas aceptan que exista superposición de concesiones, cabe entender tal situación como consecuencia de la constitución de una nueva concesión que afecte “parte” de una concesión ya existente, sea que se trate de una concesión de exploración o una pertenencia, o, para el caso que se trate de concesiones referidas a un mismo terreno, pero respecto de sustancias concebibles diversas.

Lo anterior se desprende de lo que dispone el artículo 2º transitorio de la Ley Nº 18.097, que en lo pertinente prevé: “Mantendrán su vigencia las concesiones mineras superpuestas por aplicación de los artículos 82 y 83 del Código de Minería de 1932, excepto las que se deriven de la aplicación de la norma contenida en la oración final del inciso primero de este último artículo.

Asimismo, se mantendrán vigentes las concesiones mineras superpuestas constituidas en virtud de disposiciones legales en vigor con anterioridad a ese Código que permitieron la superposición en razón de tratarse de pertenencias de diferentes sustancias. Con el objeto de que no se constituyan nuevas concesiones mineras superpuestas, el nuevo Código de Minería establecerá la forma de determinar a cuál de las concesiones mineras vigentes ya superpuestas corresponderá extenderse al resto de las sustancias que estaban concedidas a la que caducare o que no estaban concedidas”.

Ello también es recogido en el artículo 1º transitorio del Código de Minería, que regula la superposición de concesiones de distintas sustancias.

8º) Que, en cambio, en el caso que se trate de una concesión que se encuentra superpuesta en forma total sobre una concesión anterior, ha de aplicarse lo que dispone en forma imperativa el artículo 27 del Código de Minería vigente, que lo prohíbe.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 186 del Código de Procedimiento Civil, se confirma la sentencia apelada de dieciséis de mayo último, escrita a fs. 39.

Regístrese y devuélvase, con los documentos guardados en custodia, según consta de fs. 50.

Rol I.C. Nº 975-2011.

Redacción a cargo de la Ministro Sra. Carolina Figueroa Chandía.

No firma el Ministro Sr. Mario Gómez, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa, por encontrarse autorizado conforme al artículo 347 del Código Orgánico de Tribunales.

[Se interpuso en contra de esta sentencia un recurso de casación en el fondo, el cual fue rechazado por la Corte Suprema el 30 de noviembre del 2011 por manifiesta falta de fundamentos (Rol Nº 10349-2011)].

2) Caso: *Moreno Lemus, Eloísa del Carmen*

Corte de Apelaciones de La Serena, 10 de septiembre del 2012. Rol Nº 170-2012.
La Serena, diez de septiembre de dos mil doce.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada escrita a fojas doscientos uno de la causa acumulada rol de ingreso Corte número 218-2012, complementada por sentencia de fecha 9 de marzo de 2012, escrita a fojas doscientos quince de los mismos autos, con excepción de los considerandos primero a tercero, disposiciones legales y parte resolutive, que se eliminan.

Y teniendo, además, presente:

PRIMERO: Que, a fojas 184 de estos autos, don Francisco Veloso Barraza y don Renzo Stagno Finger, en representación de Minera Los Pelambres, solicitaron al tribunal de primera instancia tuviera presente que el terreno comprendido en el pedimento PITBULL 17, que se tramita en esta causa, se superpone a los terrenos cubiertos por las concesiones de explotación de “PEÑÓN 2, 1/104”, cuya sentencia constitutiva fue dictada con fecha 08 de marzo de 1999 e inscrita a fojas 230, N°28 del Registro de Propiedad del año 1999, correspondiente al Conservador de Minas de Illapel; de las concesiones de explotación LAS TIGRESAS 1/40, 45/59, 64/78, 87/101, 112/171, 173/182, 184/193, 195/204, 206/215, 217/226, 228/237, 240/249, 252/261, 265/274, 278/287, 291/300, 304/313, 317/337, 342/361, 367/386, 394/413, 419/438, 444/463, 469/488, 494/901, todas integrantes del grupo de pertenencias conjuntamente mensurado y constituido denominado “LAS TIGRESAS 1/901”, cuya inscripción del acta de mensura fue efectuada el día 8 de marzo de 1971 y corre inscrita a fojas 10, N° 10 del Registro de Propiedad del año 1971, correspondiente al Conservador de Minas de Illapel; de las concesiones de explotación “LOS PELAMBRES 1/126”, cuya inscripción del acta de mensura fue efectuada el día 20 de octubre 1979 y corre inscrita a fojas 203, N° 43 del Registro de Propiedad del año 1970, correspondiente al Conservador de Minas de Illapel; y de la concesión de explotación “PEÑÓN 1, 1/82” cuya sentencia constitutiva fue dictada con fecha 8 de marzo de 1999 y corre inscrita a fojas 215, N° 27 del Registro de Propiedad del Conservador de Minas de Illapel, año 1999. Acompañaron copias autorizadas de los títulos de dominio de las tres últimas concesiones de explotación antes singularizadas, que corren agregadas, respectivamente, de fojas 33 a 143, de fojas 144 a fojas 151 y de fojas 152 a fojas 166 y un plano de superposición de “Pitbull 17” a las cuatro concesiones antes singularizadas elaborado por el perito Darío Bustos, que corre agregado a fojas 187 de autos.

SEGUNDO: Que a fojas 188, los señores Francisco Veloso Barraza y Renzo Stagno Finger, en representación de Minera Los Pelambres, solicitaron al Tribunal que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 27 del Código de Minería, de oficio, denegare in limine, la solicitud de fecha 21 de febrero de 2011, formulada por doña Eloísa del Carmen Moreno Lemus y ordenara oficiar al Servicio Nacional de Geología y Minería a fin de que dicho Servicio informara si la concesión minera de exploración que se solicita en estos autos se encuentra superpuesta a concesiones mineras de terceros distintos del solicitante. Ambas peticiones fueron rechazadas por la juez a quo por resolución de fecha 11 de noviembre de 2011, escrita a fojas 190, contra la que se alzó Minera Los Pelambres a fojas 194 de estos autos.

TERCERO: Que, por sentencia dictada con fecha 13 de diciembre de 2011, escrita a fojas 201 de la causa acumulada rol de ingreso número 218-2012, complementada por sentencia de fecha 9 de marzo de 2012, escrita a fojas 215 de los mismos autos, se declaró constituida la Concesión Minera de exploración denominada PITBULL 17. Contra la referida sentencia, se alzó Minera Los Pelambres, deduciendo el recurso de apelación que da cuenta el escrito que corre a fojas 203 de los señalados autos.

CUARTO: Que, por resolución dictada por este Tribunal con fecha 12 de abril de 2012 se decretó la vista conjunta y simultánea por una misma Sala de los recursos de apelación singularizados en los considerandos segundo y tercero precedentes, que se tramitan, respectivamente, bajo los roles de ingreso Corte N° 170-2012 y N° 218-2012, ordenándose proseguir la tramitación en la presente causa, por ser de ingreso previo.

QUINTO: Que, a fojas 259 de autos, corre agregado Ordinario N° 3339 del Director Regional de Sernageomin, Región de Coquimbo, don Cristián Yutronic Miranda, de fecha 17 de julio de 2012, no objetado, dirigido al abogado Pablo Vega Etcheverry, Minera Los Pelambres, en el que se informa que la totalidad de la superficie de la Concesión de Exploración denominada PITBULL 17, de propiedad de la Sra. Eloísa Moreno Lemus, se encuentra sobre las Concesiones de Explotación vigentes pertenecientes a Minera Los Pelambres, PEÑÓN 1 1/82, PEÑÓN 2 1/104, LOS PELAMBRES 1/126 y LAS TIGRESAS 1/901.

Que, a fojas 261 de autos corre agregado el Croquis elaborado por Sernageomin, representativo de concesiones de Explotación “PEÑÓN 1 1/82”, “PEÑÓN 2 1/104”, LOS PELAMBRES 1/126, “LAS TIGRESAS 1/901” y la concesión de Exploración “PITBULL 17”, que se adjuntó al informe ya reseñado.

SEXTO: Que, con el mérito del informe de SERNAGEOMIN que corre agregado a fojas 259 de autos y del croquis que se ha incluido al mismo –cuya información coincide en forma absoluta con el Plano de Superposición elaborado por el Perito Darío Bustos, que rola a fojas 187 de autos– se puede concluir que, efectivamente, existe una superposición total de la concesión de Exploración PITBULL 17 a las cuatro concesiones de explotación pertenecientes a Minera Los Pelambres, PEÑÓN 1 1/82, PEÑÓN 2 1/104, LOS PELAMBRES 1/126 y LAS TIGRESAS 1/901.

SÉPTIMO: Según la legislación vigente, desde el momento en que tiene efecto el acto que constituye una concesión, se le confiere a su titular la propiedad minera. Esta propiedad minera, a su vez, es un derecho real e inmueble. En el régimen constitucional que nos rige, en la Ley N° 18.097 Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras y, en lo correspondiente, en el Código de Minería, la propiedad minera se constituye siempre por medio de un procedimiento concesional que se plasma en una sentencia judicial. Esta sentencia que constituye la concesión sirve, a su vez, como título de dominio y de posesión originaria según lo dispone el artículo 91 del Código de Minería.

Si bien las minas son objeto de dominio total por parte del Estado, sin embargo, pueden ser objeto de concesión de exploración o de explotación a favor de particula-

res. Así, cuando un particular obtiene la concesión por los medios que le franquea la ley, entonces se convierte en titular de un derecho real inmueble distinto del derecho de dominio que sigue ostentando el Estado. Este derecho real inmueble de concesión minera, en cuanto especie de propiedad, es también exclusivo.

La exclusividad de la llamada “propiedad minera” (derecho real de concesión), tiene como fundamento positivo y directo lo preceptuado en el artículo 27 del Código de Minería y el artículo 4º inciso final de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, que disponen que sobre las sustancias concesibles existentes en una misma extensión territorial no puede constituirse otra concesión minera.

OCTAVO: Que, no obstante lo señalado, el Código de Minería acepta la existencia de superposición de concesiones en distintas hipótesis, que, pueden darse en los siguientes casos: a) De una pertenencia sobre otra, en los supuestos previstos en los numerales 6 y 7 del artículo 95 del Código de Minería, situación en la que pertenencia posterior adolece de nulidad. b) De una pertenencia sobre una concesión de exploración, en cuyo caso, si el titular de la última no ejerce oposición oportunamente, de acuerdo a lo que dispone el N° 1 del artículo 61 del Código de Minería, pierde los derechos emanados de ella respecto de los terrenos en que aquella se constituya (artículo 65 del Código del Ramo). c) De una concesión de exploración sobre otra, caso en que se aplican los artículos 58 y 108 del Código de Minería, sin perjuicio de la nulidad de la concesión superpuesta, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 95 N° 8 del señalado Código, y d) De una concesión de exploración sobre una concesión de explotación –como en el caso de autos– situación que sólo queda regulada por los artículos 58 y 108 del Código de Minería.

NOVENO: Que, los artículos 58 y 108 del Código de Minería, deben interpretarse en forma restrictiva, considerando que el espíritu del legislador ha sido evitar la superposición, por tal razón, debe entenderse la situación prevista en las señaladas normas como consecuencia de la constitución de una nueva concesión que afecte parte de una concesión de exploración o de explotación ya existente o para el caso que se trate de concesiones referidas a un mismo terreno, pero respecto de sustancias concesibles diversas. (Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso. Sentencia 13.09.2011, Rol N° 975-2011).

Que, el Código de Minería de 1932 aceptaba la superposición territorial de concesiones, como consecuencia de que éstas se entregaban respecto de sustancias determinadas, pudiendo, por ende, coexistir concesiones territorialmente superpuestas que tuvieran por objeto sustancias diferentes. Sin embargo, la entrada en vigencia de la nueva legislación minera, la cual reconoce el derecho a explotar todas las sustancias concesibles existentes en el área objeto de concesión, hace imposible mantener la situación existente bajo la legislación anterior, por cuanto el conflicto ya no sólo dice relación con extensiones territoriales superpuestas, sino que con objetos idénticos.

Esta situación es la que tanto la Constitución Política como la Ley Orgánica de Concesiones Mineras y el Código de Minería regulan, tratando de establecer un ade-

cuado sistema de traspaso desde un régimen que aceptaba la superposición a otro que, la rechaza, buscando permitir el correcto aprovechamiento de las sustancias objeto de las concesiones superpuestas.

Así las cosas, la interpretación restrictiva de los artículos 58 y 108 del Código de Minería debe efectuarse a la luz de lo dispuesto en el artículo 2º transitorio de la Ley N° 18.097, en cuanto prevé, “mantendrán su vigencia las concesiones mineras superpuestas por aplicación de los artículos 82 y 83 del Código de Minería de 1932, excepto las que se deriven de la aplicación de la norma contenida en la oración final del inciso primero de este último artículo. Asimismo, se mantendrán vigentes las concesiones mineras superpuestas constituidas en virtud de disposiciones legales en vigor con anterioridad a ese Código que permitieron la superposición en razón de tratarse de pertenencias de diferentes sustancias. Con el objeto de que no se constituyan nuevas concesiones mineras superpuestas, el nuevo Código de Minería establecerá la forma de determinar a cuál de las concesiones mineras vigentes ya superpuestas corresponderá extenderse al resto de las sustancias que estaban concedidas a la que caducare o que no estaban concedidas. Asimismo, dicho Código determinará la forma como se extenderá la concesión minera vigente, si fuere una sola, a las sustancias que no le estaban concedidas”. Lo anterior es recogido por el artículo 1º transitorio del Código de Minería que regula la superposición de concesiones de distintas sustancias.

Que, por el contrario, si la nueva concesión se encuentra superpuesta en forma total sobre una concesión anterior, corresponde aplicar el artículo 27 del Código de Minería vigente que prohíbe la constitución de concesiones mineras superpuestas.

DÉCIMO: Que, de lo antes razonado ha de concluirse que no es posible constituir la concesión PITBULL 17 por encontrarse superpuesta a las concesiones de explotación pertenecientes a MINERA LOS PELAMBRES, PEÑÓN 1 1/82, PEÑÓN 2 1/104, LOS PELAMBRES 1/126 y LAS TIGRESAS 1/901.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículos 27, 58 y 108 del Código de Minería, artículo 4º y artículos 1º y 2º transitorios de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras; artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República y artículo 186 del Código de Procedimiento Civil, se resuelve:

1) Que, SE REVOCA la sentencia de fecha 13 de diciembre de 2011, escrita a fojas 201 de la causa acumulada rol de ingreso número 218-2012, complementada por sentencia de fecha 9 de marzo de 2012, escrita a fojas 215 de los mismos autos y en su lugar, se DECLARA, que no ha lugar a lo solicitado por la peticionaria, doña ELOÍSA DEL CARMEN MORENO LEMUS a fojas 1, en cuanto a constituir concesión de exploración del pedimento PITBULL 17.

2) Que, atendido lo resuelto, no se emite pronunciamiento sobre el recurso de apelación deducido por MINERA LOS PELAMBRES contra la resolución de fecha 11 de noviembre de 2011, por inoficioso.

3) Que, cada parte pagará sus costas.

Regístrese y devuélvase.

Redacción de la abogado integrante Susana Gómez Martínez.

Rol N° 170-2012.

[Se interpuso en contra de esta sentencia un recurso de casación en el fondo, el cual, el 30 de noviembre del 2012, fue rechazado por la Corte Suprema por manifiesta falta de fundamentos (Rol N° 8395-12)].

3) *Caso: Villar García, Rodolfo y otro.*

Corte Suprema, 5 de octubre del 2012. Rol N° 5296-12.

Santiago, cinco de octubre de dos mil doce.

Vistos:

Ante el Primer Juzgado de Letras de Los Andes, en autos Rol N° 33-2010, don Rodolfo Francisco Villar García y don Hugo Osvaldo García Díaz presentaron pedimento minero para constituir la concesión de exploración denominada “Galileo 10”, sobre todas las sustancias concesibles que se encuentren en terrenos abiertos e incultos, en la superficie de 300 hectáreas que indica, de acuerdo a las coordenadas y punto medio que señala.

Encontrándose pendiente el informe a que se refiere el artículo 57 del Código de Minería, la Corporación Nacional del Cobre de Chile, División Andina, pone en conocimiento del Tribunal que la concesión solicitada se superpone a concesiones mineras de explotación ya constituidas en su favor.

El tribunal de primera instancia, mediante fallo de veintisiete de enero de dos mil doce, que se lee a fojas 108 y siguientes, no dio lugar al pedimento minero.

Se alzó la parte solicitante y una de las salas de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por resolución de siete de junio de dos mil doce, escrita a fojas 135, confirmó la sentencia de primer grado.

En contra de esta última decisión la demandante, recurre de casación en el fondo a fin que esta Corte la anule y dicte la de reemplazo que indica.

Se trajeron estos autos en relación.

Considerando:

PRIMERO: Que la parte demandante afirma que los jueces del fondo, al no dar lugar al pedimento minero, infringieron los artículos 27 del Código de Minería y 4° de la Ley N° 18.097. Sostiene el recurrente que los sentenciadores cometieron un error al darles aplicación fuera del procedimiento legal, ya que si bien los artículos antes mencionados consagran el principio que sobre una misma superficie no pueden existir distintas concesiones, se trata de normas programáticas que no son autoejecutables, y que para aplicarlas debe recurrirse a otras normas del Código de Minería, como son los artículos 60 y 61 que establecen la posibilidad de oponerse a la constitución de una pertenencia luego de publicada la solicitud de mensura; y el artículo 84 que prevé una segunda oportunidad de oposición tras la recepción del Informe del Servicio Nacional de Geología y Minería que señale la existencia de superposiciones con concesiones constituidas o

en trámite. En el mismo sentido el artículo 97 al establecer las causales de nulidad de una concesión en su N° 7, dispone que la concesión ya concedida se encuentra viciada cuando se ha constituido abarcando terrenos ya comprendidos por alguna pertenencia, en cuyo caso, al igual que por las demás causales de nulidad, cualquier interesado tiene acción para solicitar tal declaración de nulidad y su aplicación como sanción a través del procedimiento establecido en el artículo 233.

Manifiesta el solicitante que en el procedimiento de constitución de una concesión de exploración no procede se tramite una oposición al pedimento minero, como en los hechos sucedió, porque el Código de Minería no lo prevé, lo que si sucede en el caso de las manifestaciones. Agrega argumentando en favor de sus alegaciones: que el Código de Minería del año 1932 establecía expresamente la posibilidad de oponerse, pero que tal circunstancia no fue prevista en el Código de Minería actual; que el artículo 58 del Código citado, al disponer que la constitución de una concesión de exploración no afecta derechos de concesiones ya constituidas, implícitamente establece que no existe impedimento alguno para que las concesiones de exploración sean otorgadas pese a la existencia de otras concesiones a las que se superpongan; que las concesiones de exploración sólo duran dos años, renovables por una vez y otorgan facultades muy acotadas; y que el artículo 108 del Código en estudio, en su inciso primero, confiere al titular de una concesión de exploración o explotación el derecho a oponerse a las labores que dentro de los límites de su respectiva concesión pretenda ejecutar el titular de otra concesión de exploración cuyo pedimento haya sido posterior al pedimento o a la manifestación del opositor.

Termina señalando la manera en que los errores denunciados influyeron en lo dispositivo del fallo.

SEGUNDO: Que para resolver el asunto controvertido debe tenerse presente que es un hecho de la causa la existencia de superposición entre el terreno comprendido en el pedimento que dio inicio a esta causa y aquél territorio que abarca las concesiones de explotación de propiedad de la Corporación Nacional del Cobre de Chile, División Andina.

TERCERO: Que los jueces del fondo, teniendo presente el presupuesto fáctico reseñado en el motivo anterior decidieron no dar lugar a lo solicitado en cuanto a constituir la concesión de exploración denominada Galileo 10, teniendo presente para ello lo dispuesto en los artículos 27 del Código de Minería y 4° de la Ley N°18.097.

CUARTO: Que de lo señalado se desprende que resolver el asunto controvertido implica determinar si los jueces del fondo, habiendo constatado la existencia de una superposición, se encontraban facultados para rechazar el pedimento.

QUINTO: Que al efecto cabe tener presente que el artículo 27 del Código de Minería dispone:

“Sobre las sustancias concesibles existentes en terrenos cubiertos por una concesión minera no puede constituirse otra. El juez velará por la observancia de esta prohibición”.

Por su parte el artículo 4º de la Ley N° 18.097 señala:

“La extensión territorial de una concesión minera podrá dividirse, pero cada parte resultante de la división no podrá ser inferior a la extensión mínima que la concesión pueda tener de acuerdo con el Código de Minería, y tendrá que ser igual a esa extensión mínima o a un múltiplo de ella; todo lo cual se entiende sin perjuicio de la división intelectual o de cuota que de la concesión pueda hacerse.

Sobre las sustancias concesibles existentes en una misma extensión territorial no puede constituirse más de una concesión minera”.

SEXTO: Que de la lectura de las normas antes transcritas aparece con claridad que la legislación minera prohíbe la superposición de concesiones mineras cuando recaen sobre sustancias concesibles en terrenos ya cubiertos. Así, el inciso segundo del artículo 4º antes referido, dispone que sobre las sustancias concesibles existentes en una misma extensión territorial no puede constituirse más de una concesión minera, norma que aparece reiterada en términos similares en el artículo 27 del Código Minero, al preceptuar que sobre las sustancias concesibles existentes en terrenos cubiertos por una concesión minera no puede constituirse otra.

SÉPTIMO: Que por lo antes señalado aparece de manifiesto que los jueces del fondo al haber actuado en consonancia a la prohibición antes constatada, e impedir la existencia de concesiones que se superpongan unas a otras, no pudieron infringir los artículos 27 del Código de Minería y 4º de la Ley N° 18.097, ya que precisamente las mencionadas normas legales persiguen que tales cubrimientos no se produzcan, razón suficiente para rechazar el recurso de casación en estudio.

OCTAVO: Que, sin embargo, el solicitante fundó su recurso de casación en el fondo sosteniendo que el procedimiento de constitución de una concesión de exploración no contempla la posibilidad de que el dueño de una concesión que se le superponga se oponga a la constitución en curso y que los jueces del fondo cometieron un error de derecho al pronunciarse al respecto. De esta manera el recurrente sostiene que los sentenciadores, al rechazar su pedimento, actuaron extendiéndose a puntos no sometidos a la decisión del tribunal o fuera de su competencia, de lo que se desprende que por la vía de la casación en el fondo se pretende subsanar un vicio propio de la casación en la forma establecido en los numerales primero y cuarto del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, lo que resulta improcedente.

NOVENO: Que sin perjuicio de lo antes señalado cabe tener presente que el artículo 27 del Código de Minería impone a los jueces la obligación de velar porque no se produzcan superposiciones de concesiones mineras, mandato que cumplieron los sentenciadores al rechazar el pedimento luego de constatar la existencia de la superposición hecha presente por la Corporación Nacional del Cobre. Esta institución se encontraba facultada para comparecer al procedimiento por disposición del artículo 108 del Código de Minería, ya que si como titular de una concesión ya establecida puede oponerse a las labores que el dueño de una concesión de exploración ya constituida efectúe en terrenos de su concesión, con mayor razón puede velar por sus intereses

durante el procedimiento de constitución a que dio lugar el pedimento fundamento de esta causa.

DÉCIMO: Que por lo antes señalado el recurso de casación en el fondo deberá ser rechazado.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767 y 783 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza, con costas, el recurso de casación en el fondo interpuesto por la parte solicitante a fojas 136, contra la sentencia de siete de junio de dos mil doce, que se lee a fojas 135.

Acordada la decisión de condena en costas, con el voto en contra de la Ministra señora Egnem quien estuvo por eximir al recurrente de la mencionada carga procesal.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Arturo Prado Puga.

Regístrese y devuélvanse.

Nº 5296-12.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señoras Gabriela Pérez P., Rosa Egnem S., el Ministro Suplente señor Alfredo Pfeiffer R., y los Abogados Integrantes señores Emilio Pfeiffer U., y Arturo Prado P. No firma el Abogado Integrante señor Pfeiffer, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar ausente. Santiago, cinco de octubre de dos mil doce.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a cinco de octubre de dos mil doce de dos mil doce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

SOBRE LA COMPOSICIÓN NUTRICIONAL DE LOS ALIMENTOS Y SU PUBLICIDAD. COMENTARIO A LA LEY N° 20.606, DE 2012

EDUARDO CORDERO QUINZACARA*

1. ANTECEDENTES

Después de una tramitación de 5 años, con fecha 6 de julio de 2012, se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.606, sobre Composición Nutricional de los Alimentos y su Publicidad (LCNAP). Este cuerpo normativo, conocido coloquialmente como la “Ley del Super 8”, ha tenido por objeto regular los criterios técnicos para determinar si un alimento es o no saludable, así como medidas estrictas de rotulación, publicación, distribución y comercialización de los mismos. Tal como se indica en la moción que le dio origen, su objetivo es establecer un marco regulatorio especial sobre seguridad alimentaria y alimentación saludable que recogiera los principios y orientaciones internacionales y los hiciera aplicables en el plano nacional, orientando al consumidor hacia patrones de conducta saludable y advirtiéndole al mismo tiempo sobre los riesgos de consumir alimentos nocivos para su salud.¹

Si bien se trata de un texto legal que regula un sector económico específico, particularmente aquél centrado en la producción, distribución y comercialización de alimentos de consumo humano, su articulado contiene un conjunto de disposiciones que merecen un análisis particular desde la perspectiva del derecho administrativo, especialmente en lo que dice relación con la actividad que le corresponde a la Administración, el principio de reserva legal, la regulación de las sanciones administrativas y el deber de los Ministerios para ejecutar la ley.

2. CONTENIDO DE LA LEY N° 20.606

La Ley N° 20.606 establece un conjunto de obligaciones que se imponen a los fabricantes, productores, distribuidores e importadores de alimentos destinados al consumo humano, entre las que destacan las siguientes:

a) Asegurarse de que, en el ámbito de la cadena productiva en que ellos intervengan, el proceso de elaboración de los alimentos cumpla con buenas prácticas de manufacturación que garanticen la inocuidad de los alimentos (artículo 1° inciso final);

* Profesor de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, texto elaborado en de marzo de 2013.

¹ Boletín N° 4921-11, ingresado con fecha 21 de marzo de 2007.

b) Informar en sus envases o etiquetas los ingredientes que contienen, incluyendo todos sus aditivos expresados en orden decreciente de proporciones, y su información nutricional, expresada en composición porcentual, unidad de peso o bajo la nomenclatura que indiquen los reglamentos vigentes (artículo 2º inc. 1º). En tal sentido, serán responsables que la información disponible en el rótulo de los productos sea íntegra y veraz (artículo 1º);

c) No pueden adicionar a los alimentos y comidas preparadas ingredientes o aditivos que puedan inducir a equívocos, daños a la salud, engaños o falsedades, o que de alguna forma sean susceptibles de crear una impresión errónea respecto a la verdadera naturaleza, composición o calidad del alimento. Además, les está prohibido adicionar a los alimentos, ingredientes o aditivos en concentraciones que causen daños a la salud (artículo 3º).

Además, esta ley establece un rotulado especial para aquellos alimentos cuya composición nutricional es de elevados contenidos de calorías, grasas, azúcares, sal u otros ingredientes (alimentos no saludables). En este caso, estos alimentos deben rotularse como “alto en calorías”, “alto en sal” o con otra denominación equivalente (artículo 5º). A su vez, esto permitirá someter a dichos alimentos a una serie de limitaciones en su distribución y publicidad, ya que no se pueden expender, comercializar, promocionar y publicitar dentro de establecimientos de educación parvularia, básica y media; se prohíbe su ofrecimiento o entrega a título gratuito a menores de 14 años de edad, así como la publicidad de los mismos dirigida a ellos; no se puede inducir su consumo por parte de menores o valerse de medios que se aprovechen de su credulidad de los menores, etc. (artículos 6º y 7º).

Por último, las infracciones a lo previsto en esta ley son sancionadas conforme a lo establecido en el Libro Décimo del Código Sanitario, siendo aplicable, por tanto, el artículo 174 de este cuerpo legal, el cual establece multas que van de un décimo de unidad tributaria mensual hasta mil unidades tributarias mensuales. A su vez, las reincidencias podrán ser sancionadas hasta con el doble de la multa original, sin perjuicio de la clausura de los establecimientos, edificios, casas, locales, lugares de trabajo donde se cometiere la infracción; con la cancelación de la autorización de funcionamiento o de los permisos concedidos; con la paralización de obras; con el comiso, destrucción y desnaturalización de productos, cuando proceda. Estas medidas son aplicadas por la Secretaria Regional Ministerial de Salud correspondiente, en su calidad de Autoridad Sanitaria.

3. LA POLICÍA SANITARIA

El análisis tradicional de las actividades de la Administración, desde una perspectiva sustantiva, tiende a distinguir entre actividades de policía, de servicio público y fomento, según la conocida clasificación realizada por Luis Jordana de Pozas en

1949², y que todavía es seguida por la doctrina, aunque con algunos agregados y leves modificaciones.³

Dentro de esa triple distinción, las atribuciones que se entregan a la Administración en el ámbito sanitario encajan en toda la línea con la actividad de policía u ordenación, tanto en su contenido, fines y medios. En efecto, la regulación en materia sanitaria comprende un conjunto de disposiciones que impone varios límites a la libertad y a la propiedad de los administrados por razones de orden público o salubridad pública. A su vez, las técnicas de intervención utilizadas corresponden a las usuales en este ámbito: la reglamentación, la autorización, las órdenes y prohibiciones, y las sanciones administrativas. Todas y cada una de ellas aparece en el Código Sanitario de la mano de diversos órganos que integran la Administración del Estado: Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud y Secretarías Regionales Ministeriales de la misma cartera.

En este contexto, cabe preguntarse si la regulación contenida en la Ley N° 20.606 se ajusta a los principios y normas constitucionales que regulan la actividad económica y si resulta posible establecer algunos límites a la potestad de los órganos administrativos en esta materia.

4. LOS “ETERNOS” PROBLEMAS DE RESERVA LEGAL

Bien es sabido que nuestra Carta fundamental establece que determinadas materias son de reserva legal, como ocurre con los derechos de contenido económico (libertad de trabajo, derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, el acceso a la propiedad y el derecho de propiedad, entre otros). Tampoco cabe discusión alguna que la Ley N° 20.606 incide directamente en estas materias, al regular las actividades de fabricación, producción, distribución e importación de alimentos destinados al consumo humano. Sin embargo, las remisiones que hace la ley al reglamento son de tal entidad que constituyen un verdadero abandono de las funciones que la Carta fundamental ha entregado al legislador, sin mayores límites ni condicionamientos.⁴

En efecto, como es habitual en materia sanitaria, la ley establece una regulación muy amplia y general, remitiéndose al reglamento en diversas materias, con el objeto de ser complementada y desarrollada en su regulación. Así, por ejemplo, el artículo 108 de este cuerpo normativo establece que *se entenderá por alimentos o productos alimenticios cualquier substancia o mezcla de substancias destinadas al consumo humano, incluyendo las bebidas y todos los ingredientes y aditivos de dichas substancias*, señalando posteriormente que *el reglamento determinará las características que deben reunir los alimentos o productos*

² Véase JORDANA DE POZAS 1949, pp. 41-54. También esta distinción es seguida en nuestro país: entre otros, BERMÚDEZ SOTO 2011 y CAMACHO CÉPEDA 2010.

³ Así, se hablaba además de la gestión industrial o económica (VILLAR PALASÍ 1950, pp. 53-129); de la actividad de planificación (ARIÑO, nota 6, p. 296) o de actividad arbitral (PARADA 1999, pp. 13-43).

⁴ Véase CORDERO QUINZACARA 2009, pp. 409-440 y 2000, pp. 100-120.

alimenticios destinados al consumo humano (artículo 109). Para tal efecto, se ha dictado el actual “Reglamento Sanitario de los Alimentos”, contenido en el Decreto Supremo N° 977, de 2006, del Ministerio de Salud.

En este caso, la Ley N° 20.606 dispone que el Ministerio de Salud, a través del “Reglamento Sanitario de Alimentos”, deberá regular diversas materias, entre las cuales se encuentran las siguientes:

- a) Las condiciones que deberán cumplir los etiquetados y rótulos nutricionales (artículo 2° incs. 1° y 2°);
- b) Los ingredientes o aditivos prohibidos (artículo 3°);
- c) Los alimentos de elevados contenidos de calorías, grasas, azúcares, sal u otros ingredientes, además de la información que tendrán los rótulos sobre sus contenidos, forma, tamaño, mensajes, señalética o dibujos, proporciones y demás características (artículo 5°). Esto determina, a su vez, la prohibición de venta y publicidad en establecimientos educacionales, y los condicionamientos que se imponen para su difusión (artículos 6°, 7° y 8°), y
- d) El etiquetado de todo producto alimentario que contenga soya, leche, maní, huevo, mariscos, pescado, gluten o frutos secos (artículo 9°).

En definitiva, estamos ante remisiones bastante amplias, que no cumplen con las condiciones que ha establecido la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en estas materias⁵, y en donde el regulador deja de ser el legislador y pasa a ser la Autoridad Sanitaria. Nuevamente nos enfrentamos a un serio problema de reserva legal del cual se hace caso omiso, a pesar que el legislador podría haber asumido una función más activa en esta materia, garantizando de paso algún grado de previsibilidad en la regulación reglamentaria y límites ciertos en su ejercicio.

5. NUEVAMENTE LAS CUESTIONES DE “DISCRECIONALIDAD TÉCNICA”

El proyecto de ley regulaba con cierto detalle la figura del “alimento con altos contenidos de nutrientes indicadores de exceso”, estableciendo sus índices (grasa total, grasa saturada, azúcares adicionadas y sodio), además de aquellos con bajo, mediano o alto contenido de nutrientes saludables (artículo 7°). Sin embargo, el texto definitivo suprimió estas disposiciones y señaló que correspondía al Ministerio de Salud determinar los

⁵ En el caso de materias de reserva legal y la función que le compete al legislador, el Tribunal Constitucional ha sostenido que: *...abocado al cumplimiento cabal de la exigencia constitucional explicada, el legislador debe conciliar la generalidad, abstracción e igualdad de la ley, así como sus características de normativa básica y permanente, por un lado, con la incorporación a su texto de los principios y preceptos, sean científicos, técnicos o de otra naturaleza, que permitan, sobre todo a los órganos de control de supremacía, concluir que el mandato constitucional ha sido plena y no sólo parcialmente cumplido. No puede la ley, por ende, reputarse tal en su forma y sustancia si el legislador ha creído haber realizado su función con meros enunciados globales, plasmados en cláusulas abiertas, o a través de fórmulas que se remiten, en blanco, a la potestad reglamentaria, sea aduciendo o no que se trata de asuntos mutables, complejos o circunstanciales. Obrar así implica, en realidad, ampliar el margen limitado que cabe reconocer a la discrecionalidad administrativa, con detrimento ostensible de la seguridad jurídica* (considerando 19, Sentencia Rol N° 370, de 2003).

alimentos que, por unidad de peso o volumen, o por porción de consumo, presenten en su composición nutricional elevados contenidos de calorías, grasas, azúcares, sal u otros ingredientes, lo cual se debe realizar a través de un *reglamento*.

Además, se estableció que este tipo de alimentos se deberá rotular como “alto en calorías”, “alto en sal” o con otra denominación equivalente, según sea el caso. Sin perjuicio de todo lo anterior, se dispone que toda esta información, incluyendo sus contenidos, forma, tamaño, mensajes, señalética o dibujos, proporciones y demás características, se determinará por el Ministerio de Salud en el *Reglamento Sanitario de los Alimentos*. Asimismo, este órgano puede fijar límites de contenido de energía y nutrientes en los alimentos señalados.

En definitiva, la determinación de los niveles nutricionalmente altos queda entregada al criterio técnico de la autoridad que debe regular esta materia. No se debe olvidar que este dato no sólo es importante respecto del deber de información que tienen los sujetos obligados por la norma, sino también porque existen restricciones bastante estrictas en la expedición, comercialización, promoción y publicidad de estos productos. Dada esta amplia remisión que ha hecho el legislador, de seguro nuevamente se planteará la discusión sobre los límites que tendrá la autoridad administrativa al momento de regular estas materias y los problemas ya conocidos de “deferencia” que se pueden presentar en los órganos administrativos y jurisdiccionales que deben ejercer su control, ya que son recurrentes las justificaciones que señalan que no se puede cuestionar al experto, ni menos desautorizarlo al carecer de conocimientos técnicos sobre la materia.

En todo caso, es de esperar que la autoridad reguladora funde muy bien sus criterios y tengan en consideración factores de carácter objetivo, operando con criterios de razonabilidad y proporcionalidad al momento de establecer dichas exigencias, ya que el paso a la arbitrariedad y a la adopción de determinaciones de difícil o imposible cumplimiento se encuentra a un paso.

6. ¿Y QUÉ SUCEDE CON LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS?

En su sentencia Rol N° 480, de 2005, el Tribunal Constitucional había distinguido, en materia de sanciones administrativas, entre aquellas normas que establecían deberes de conducta, la que atribuían la potestad sancionadora a la Administración y las que imponían las sanciones. Tal distinción tuvo como objeto abrir las puertas de la reserva legal en esta materia respecto de las normas que establecen deberes, permitiendo la entrada de la potestad reglamentaria, con lo cual matiza el criterio sostenido en la sentencia Rol N° 244, de 1996.

En el caso de la Ley N° 20.606 se establecen unos deberes genéricos que deben ser necesariamente complementados por el reglamento. Nuevamente en esta materia se vuelve a plantear el problema de las normas punitivas en blanco, en donde la conducta sancionada no se encuentra íntegramente en la ley, sino que en normas reglamentarias que están a disposición de la autoridad administrativa que debe dictarlas. Si bien se ha tratado de encontrar la solución a este problema mediante la limitación de los ámbitos

de actuación del reglamento en materia sancionadora, lo cierto es que la realidad dista de aquello. Así, se sostiene que la ley debiese establecer el núcleo de la conducta regulada, de manera que las cuestiones de naturaleza accesoria o circunstancial puedan ser remitidas a un reglamento, quedando éste relegado a los aspectos complementarios o de detalle⁶. Sin embargo, la Ley N° 20.606 da cuenta de lo contrario. Prácticamente en ella no es posible encontrar regulación sustantiva alguna, ya que es el reglamento la norma que está llamada a darle sustancia y contenido a tales conductas. En definitiva, la forma y el cómo se deberán cumplir con los deberes que genéricamente enuncia la ley dependen de la autoridad administrativa.

7. LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY N° 20.606

Por último, nos encontramos con el problema de la entrada en vigencia de esta ley, la cual entró en vigencia en el 6 de julio de 2012, no considerando un período de vacancia legal y, por tanto, produciendo sus efectos desde dicha fecha. Tal es así, que las disposiciones citadas encomiendan y/o habilitan al Ministerio de Salud para dictar diversas normas reglamentarias desde dicha fecha.

Por su parte, mientras no se dicten estos reglamentos, la Ley N° 20.606 no puede ser aplicada a los fabricantes, productores, distribuidores e importadores de alimentos destinados al consumo humano, ya que varios de sus preceptos son incompletos y requieren de dicha complementación para determinar las obligaciones a las cuales se encuentran sometidos los sujetos, así como las conductas que eventualmente podrían ser objeto de sanción administrativa frente a su incumplimiento.

Lo anterior es a pesar de lo dispuesto en el artículo 11, el cual establece que: *El Ministerio de Salud deberá dar cumplimiento y ejecutar las materias a que se refiere esta ley, por medio de la Subsecretaría de Salud Pública, en el plazo de un año a contar de la fecha de su publicación en el Diario Oficial.* En efecto, esta disposición impone un plazo para que el Ministerio de Salud dicte las normas reglamentarias que permiten la plena aplicación de las disposiciones de la Ley N° 20.606, pero no se establece ningún efecto o consecuencia producto del incumplimiento de dicho plazo. Por lo demás, el hecho que se cumpla dicho plazo sin que la autoridad dicte los reglamentos, no la inhibe para poder dictarlos con posterioridad, en virtud de las siguientes razones:

a) La Contraloría ha establecido en su jurisprudencia que, por regla general, los plazos que la ley impone a la Administración no son fatales, de manera que es posible realizar sus actuaciones más allá de lo previsto en los mismo, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que le asiste a los funcionarios (Dictámenes N°s. 68.694, de 2010, 61.059, de 2011 y 10.731, de 2012).

b) Siempre el Presidente de la República dispone de la potestad reglamentaria de ejecución de las leyes, conforme a lo previsto en el artículo 32 N° 6 de la Constitución,

⁶ Véase RODRÍGUEZ 1987, pp. 231-245, y YÁÑEZ 1985, pp. 2 y ss.

la cual debe ser ejercida a través de un Decreto Supremo que debe llevar la firma del ministro de la cartera respectiva, que en este caso será el Ministro de Salud (artículo 35 de la Constitución).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011): *Derecho Administrativo General* (Santiago, Thomson Reuters)
- CAMACHO CÉPEDA, G. (2010): “La actividad sustancial de la Administración del Estado”, en PANTOJA BAUZÁ, Rolando [coord.], *Tratado de Derecho administrativo*, t IV, (Santiago, AbeledoPerrot).
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2009): “El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria”, en: *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 32, pp. 409-440.
- _____ (2000): “Las garantías normativas y sus alcances en el ordenamiento jurídico nacional”, en: *AA.VV. XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público* (Valparaíso, Edeval), t III, pp. 100-120.
- JORDANA DE POZAS, Luis (1949): “Ensayo de una teoría de fomento en el Derecho administrativo”, en: *Revista de Estudios Públicos*, N° 48, pp. 41-54.
- PARADA VÁSQUEZ, José Ramón (1999): “Arbitraje y derecho administrativo. La actividad arbitral de la Administración”, en: *Revista Galega de Administración Pública*, N° 23, pp. 13-43.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (1984): “Constitucionalidad de las leyes penales en blanco”, en: *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, N° 8, pp. 231-245.
- VILLAR PALASÍ, José Luis (1950): “La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo”, en: *Revista de Administración Pública*, N° 3, pp. 53-129.
- YÁÑEZ PÉREZ, Sergio (1985): “Las leyes penales en blanco”, en: *Gaceta Jurídica*, N° 58, pp. 2 y ss.

TEXTOS ACTUALIZADOS

EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL DIARIO OFICIAL*

I. LEYES

Poder Legislativo

Ministerio de Desarrollo Social/Subsecretaría de Evaluación Social

Ley Nº 20.595 Crea el Ingreso Ético Familiar que establece bonos y transferencias condicionadas para las familias de pobreza extrema y crea Subsidio al Empleo de la Mujer. *Diario Oficial*, 17 de mayo de 2012.

Ministerio de Economía Fomento y Turismo/Subsecretaría de Economía y Empresas de Menor Tamaño

Ley Nº 20.569 Modifica la Ley Nº 19.039, de Propiedad Industrial para estandarizar y mejorar el proceso de solicitud de marcas y patentes. *Diario Oficial*, 06 de febrero de 2012.

Ley Nº 20.575 Establece el Principio de Finalidad en el Tratamiento de Datos Personales. *Diario Oficial*, 17 de febrero de 2012.

Ley Nº 20.570 Modifica Ley Nº 20.241, que Establece un Incentivo Tributario a la Inversión Privada en Investigación y Desarrollo. *Diario Oficial*, 6 de marzo de 2012.

Ministerio de Economía, Fomento y Turismo/Subsecretaría de Pesca

Ley Nº 20.560 Modifica regulación de la pesca de investigación, regulariza pesquerías artesanales que indica, incorpora planes de manejo bentónicos y regula cuota global de captura. *Diario Oficial*, 3 de enero de 2012.

Ley Nº 20.576 Sobre Explotación Artesanal de Recursos Pesqueros en la Región de los Ríos. *Diario Oficial*, 6 de marzo de 2012.

Ley Nº 20.583 Modifica Normas Sanitarias y de Ordenamiento Territorial para las Concesiones de Acuicultura. *Diario Oficial*, 2 de abril de 2012.

Ministerio de Educación/Subsecretaría de Educación

Ley Nº 20.567 Modifica la Ley Nº 20.248 de Subvenciones Escolares, en materia de rendición. *Diario Oficial*, 02 de febrero de 2012.

Ley Nº 20.572 Reprogramación de Créditos Universitarios. *Diario Oficial*, 02 de febrero de 2012.

Ministerio de Energía/Subsecretaría de Energía

Ley Nº 20.571 Regula el pago de las tarifas eléctricas de las generadoras residenciales. *Diario Oficial*, 22 de marzo de 2012.

Ministerio de Hacienda/Subsecretaría de Hacienda

Ley Nº 20.561 Modifica el plazo para el reintegro parcial por concepto del impuesto específico al petróleo diesel para las empresas del transporte de carga, establecido en la Ley Nº 19.764. *Diario Oficial*, 3 de enero de 2012.

* Sección a cargo de Rosa Gómez González, Valeria Moyano Aquije, Carol Alvarado, Geraldina Martínez y Héctor Triviño, Programa de Derecho Administrativo Económico, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Ministerio de Salud/Subsecretaría de Salud

Ley N° 20.584 Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. *Diario Oficial*, 24 de abril de 2012.

Ley N° 20.585 Sobre Otorgamiento y Uso de Licencias Médicas. *Diario Oficial*, 11 de mayo de 2012.

Ley N° 20.589 Otorga al personal de la atención primaria de salud que indica, una bonificación por retiro voluntario y una bonificación adicional. *Diario Oficial*, 11 de mayo de 2012.

Ministerio de Vivienda y Urbanismo

Ley N° 20.582 Modifica normas legales de urbanismo y construcciones para favorecer la reconstrucción. *Diario Oficial*, 4 de mayo de 2012.

Ministerio de Vivienda y Urbanismo/Subsecretaría de Vivienda y Urbanismo

Ley N° 20.573 Regulariza la construcción de bienes raíces destinados a microempresas y equipamiento social. *Diario Oficial*, 6 de marzo de 2012.

Ley N° 20.579 Sobre División de Condominios de Viviendas Sociales, *Diario Oficial*, 7 de marzo de 2012.

Ministerio Secretaría General de la Presidencia

Ley N° 20.590 Establece un programa de intervención en zonas con presencia de polimetales en la comuna de Arica. *Diario Oficial*, 30 de mayo de 2012.

Ministerio Secretaría General de la Presidencia/Subsecretaría General de la Presidencia

Ley N° 20.568 Regula la inscripción automática, modifica el Servicio Electoral y moderniza el sistema de votaciones. *Diario Oficial*, 31 de enero de 2012.

Ministerio de Vivienda y Urbanismo/Subsecretaría de Vivienda y Urbanismo

Ley N° 20.562 Modifica la Ley N° 20.234, que establece un procedimiento de saneamiento y regularización de loteos irregulares y renueva su vigencia. *Diario Oficial*, 25 de enero de 2012.

Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones/ Subsecretaría de Telecomunicaciones

Ley N° 20.566 Extiende los plazos de los servicios de radiodifusión comunitaria para adecuarse a la normativa en materia de concesiones. *Diario Oficial*, 27 de enero de 2012.

Ministerio del Interior y Seguridad Pública/ Subsecretaría del Interior

Ley N° 20.564 Establece Ley Marco de los Bomberos de Chile. *Diario Oficial*, 3 de febrero de 2012.

Ley N° 20.573 Reforma constitucional sobre territorios especiales de Isla de Pascua y Archipiélago Juan Fernández. *Diario Oficial*, 6 de marzo de 2012.

Ley N° 20.599 Regula la instalación de antenas emisoras y transmisoras de servicios de telecomunicaciones. *Diario Oficial*, 11 de junio de 2012.

Ministerio del Medio Ambiente

Ley N° 20.600 Crea los Tribunales Ambientales. *Diario Oficial*, 28 de junio de 2012.

II. REGLAMENTOS

Poder Ejecutivo

Ministerio de Agricultura

Dto. N° 51 Fija Reglamento de la Ley N° 20.412 que Establece un Sistema de Incentivos para la Sustentabilidad Agroambiental de los Suelos Agropecuarios. *Diario Oficial*, 14 de abril de 2012.

Ministerio de Agricultura/ Subsecretaría de Agricultura

Dto. N° 26 Aprueba modificación de Reglamento General de la Ley sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, aprobado por Decreto N° 93, de 2008. *Diario Oficial*, 10 de marzo de 2012.

Ministerio de Defensa Nacional/Subsecretaría para las Fuerzas Armadas

Dto. N° 248 Aprueba Reglamento Orgánico y de Funcionamiento del Ministerio de Defensa Nacional. *Diario Oficial*, 27 de enero de 2012.

Dto. N° 126 Modifica Decreto N° 109, de 2003, que aprueba nuevo DNL-931 “Reglamento Común de Caucciones para el Personal de las Fuerzas Armadas”. *Diario Oficial*, 06 de febrero de 2012.

Dto. N° 746 Aprueba Reglamento de Registros Especiales de Proveedores del sector defensa. *Diario Oficial*, 22 de mayo de 2012.

Ministerio de Economía, Fomento y Turismo/Subsecretaría de Economía y Empresas de Menor Tamaño

Dto. N° 50 Aprueba Reglamento que fija procedimiento para otorgamiento de concesiones turísticas en Áreas Silvestres Protegidas del Estado. *Diario Oficial*, 28 de abril de 2012.

Dto. N° 29 Modifica Decreto N° 236, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Reglamento de la Ley N° 19.039 de Propiedad Industrial. *Diario Oficial*, 23 de mayo de 2012.

Ministerio de Economía, Fomento y Turismo/Subsecretaría de Pesca

Dto. EX. N° 168 Aprueba modificación del Reglamento Ambiental para la Acuicultura. *Diario Oficial*, 27 de febrero de 2012.

Dto. N° 72 Aprueba reglamento de certificación y otros requisitos sanitarios para la importación de especies hidrobiológicas. Deroga Decreto N° 96, de 1996 y Decretos Exentos N° 325 de 1999, y N° 626, de 2001, todos del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. *Diario Oficial*, 24 de marzo 2012.

Dto. N° 38 Reglamento General de Observación de Mamíferos, Reptiles y Aves Hidrobiológicas y del Registro de Avistamiento de Cetáceos. *Diario Oficial*, 7 de mayo de 2012.

Dto. N° 122 Aprueba Reglamento de descuento de la patente única de acuicultura de conformidad con el artículo 1° transitorio de la Ley N° 20.434. *Diario Oficial*, 12 de junio de 2012.

Ministerio de Educación

Dto. N° 119 Modifica Decreto N° 453, de 1991, que aprueba Reglamento de la Ley N° 19.070, Estatuto de los Profesionales de la Educación. *Diario Oficial*, 9 de abril de 2012.

Dto. N° 115 Modifica Decreto N° 315, de 2010, que reglamenta requisitos de adquisición, mantención y pérdida del reconocimiento oficial del Estado a los establecimientos educacionales de educación parvularia, básica y media. *Diario Oficial*, 18 de mayo de 2012.

Ministerio de Educación/Subsecretaría de Educación

Dto. N° 215 Modifica Decreto N° 453, de 1991, que aprueba reglamento de la Ley N° 19.070, Estatuto de los Profesionales de la Educación. *Diario Oficial*, 5 de enero de 2012.

Dto. N° 384 Reglamenta el factor de cálculo para repartir el porcentaje de los recursos que correspondan, en base a los resultados que alcancen los establecimientos educacionales en el Sistema Nacional de Evaluación de Desempeño, según lo dispuesto en el artículo decimonoveno transitorio de la Ley N° 20.501. *Diario Oficial*, 18 de febrero de 2012.

Ministerio de Energía

Dto. N° 97 Aprueba Reglamento que establece el procedimiento para la fijación de estándares mínimos de eficiencia energética y normas para su aplicación. *Diario Oficial*, 14 de mayo de 2012.

Ministerio de Hacienda/Subsecretaría de Hacienda

Dto. N° 1.536 Aprueba reglamento para la tramitación de la solicitud de operación de juegos de azar en naves mercantes mayores. Extranjeras. *Diario Oficial*, 02 de febrero de 2012.

Dto. N° 150 Modifica Reglamentos de Organización de Carabineros de Chile, N° 1, y de Disciplina de Carabineros de Chile, N° 11. *Diario Oficial*, 19 de marzo de 2012.

Ministerio de Justicia

Res. Ex. N° 1.513 Fija texto y formato de cartel que señala las prohibiciones contenidas en la Ley N° 19.925, sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas, junto con las medidas y sanciones aplicables, y deroga Decreto N° 774 Exento, de 2004. *Diario Oficial*, 8 de mayo de 2012.

Ministerio de Justicia/Subsecretaría de Justicia

Dto. N° 22 Aprueba Reglamento de la Ley N° 20.534, que Crea una Comisión Permanente de Coordinación del Sistema de Justicia Penal. *Diario Oficial*, 21 de febrero de 2012.

Dto. N° 945 Aprueba Reglamento del Registro Nacional de la Discapacidad. *Diario Oficial*, 31 de marzo de 2012.

Ministerio de Minería

Dto. N° 29 Establece nueva fecha de entrada en vigencia del Reglamento que regula Boletín Oficial de Minería como suplemento especial del Diario Oficial. *Diario Oficial*, 29 de junio de 2012.

Ministerio de Salud/Subsecretaría de Salud Pública

Dto. N° 53 Modifica el Decreto N° 3, de 2010, que aprueba el Reglamento del Sistema Nacional de Control de los Productos Farmacéuticos de Uso Humano. *Diario Oficial*, 13 de enero de 2012.

Dto. N° 58 Modifica Decreto N° 466, de 1984, Reglamento de Farmacias, Droguerías, Almacenes Farmacéuticos, Botiquines y Depósitos Autorizados. *Diario Oficial*, 19 de enero de 2012.

Dto. N° 13 Modifica decreto número 3, de 2010, que aprueba el Reglamento del Sistema Nacional de Control de los Productos Farmacéuticos de Uso Humano. *Diario Oficial*, 22 de mayo de 2012.

Ministerio de Planificación/ Subsecretaría de Planificación

Dto. N° 32 Aprueba Reglamento que establece normas para la aplicación de mecanismos de comunicación audiovisual que posibiliten el acceso a la programación televisiva para personas con discapacidad auditiva. *Diario Oficial*, 04 de febrero de 2012.

Ministerio de Vivienda y Urbanismo

Dto. N° 49 Aprueba Reglamento del Programa Fondo Solidario de Elección de Vivienda. *Diario Oficial*, 26 de abril de 2012.

Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones/Junta Nacional de Aeronáutica Civil

Dto. N° 290 Reglamento para la Aplicación del Segundo Protocolo Adicional sobre Infracciones y Sanciones al Acuerdo de Alcance Parcial sobre Transporte Internacional Terrestre. *Diario Oficial*, 10 de enero de 2012.

Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones/ Subsecretaría de Telecomunicaciones

Dto. N° 60 Reglamento para la interoperación y difusión de la mensajería de alerta, declaración y resguardo de la infraestructura crítica de telecomunicaciones e información sobre fallas significativas en los sistemas de telecomunicaciones. *Diario Oficial*, 12 de mayo de 2012.

Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones/Subsecretaría de Transportes

Res. Ex. N° 50 Reglamenta publicidad en servicios de transporte público de la ciudad de Punta Arenas. *Diario Oficial*, 04 de febrero de 2012.

Ministerio del Interior y Seguridad Pública/ Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo

Dto. N° 1.161 Reglamento para la aplicación de las normas de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, referidas a las asociaciones municipales con personalidad jurídica. *Diario Oficial*, 11 de abril de 2012.

Res. N° 115 Reglamento que establece el procedimiento de distribución de los recursos del Fondo de Incentivo al Mejoramiento de la Gestión Municipal. *Diario Oficial*, 30 de junio de 2012.

Ministerio del Interior y Seguridad Pública/Subsecretaría del Interior

Dto. N° 340 Nombra Ministro de Estado en la cartera de Energía. *Diario Oficial*, 5 de mayo de 2012.

Dto. N° 296 Establece Reglamento de la ley N° 19.327, que fija normas para prevención y sanción de hechos de violencia en recintos deportivos con ocasión de espectáculos de fútbol profesional. *Diario Oficial*, 8 de mayo de 2012.

Ministerio del Medio Ambiente

Dto. N° 30 Aprueba Reglamento Especial de Calificaciones del Personal de la Subsecretaría del Ministerio del Medio Ambiente *Diario Oficial*, 9 de abril de 2012.

Dto. N° 29 Aprueba reglamento para la clasificación de especies silvestres según estado de conservación. *Diario Oficial*, 27 de abril de 2012.

Dto. N° 3 Aprueba Reglamento para el Manejo de Lodos provenientes de Plantas de Tratamiento de Efluentes de la Industria Procesadora de Frutas y Hortalizas. *Diario Oficial*, 23 de mayo de 2012.

Ministerio del Trabajo y Previsión Social/Subsecretaría de Previsión Social

Dto. N° 26 Reglamenta la incorporación de los trabajadores independientes como beneficiarios del Sistema Único de Prestaciones Familiares del Decreto con Fuerza de Ley N° 150, de 1981. *Diario Oficial*, 04 de febrero de 2012.

Dto. N° 27 Reglamenta la afiliación individual de los trabajadores independientes a las Cajas de Compensación de Asignación Familiar reguladas por la Ley N° 18.833. *Diario Oficial*, 04 de febrero de 2012.

III. ACTOS ADMINISTRATIVOS

Poder Ejecutivo

Ministerio de Agricultura

Dto. N° 17 Establece tabla de costos para el año 2012 que fija los valores de las actividades que se bonificarán en el marco del Sistema de Incentivos para la Sustentabilidad Agroambiental de los Suelos Agropecuarios. *Diario Oficial*, 02 de junio de 2012.

Ministerio de Agricultura/Servicio Agrícola y Ganadero/Dirección Nacional

Res. Ex. N° 8.309 Establece la compartimentación como instrumento para la gestión sanitaria. *Diario Oficial*, 4 de enero de 2012.

Res. Ex. N° 8.473 Modifica Resolución N° 6.559, de 2006, que aprueba las normas generales de certificación de semillas. *Diario Oficial*, 5 de enero de 2012.

Res. Ex. N° 193 Establece requisitos fitosanitarios para la importación de material de propagación de nogal: *Juglans regia*, *J. nigra*, *J. hindsii* *J. major* y de Castaño: *Castanea sativa*

y *Castanea crenata*, procedentes de los Estados Miembros de la Comunidad Europea. *Diario Oficial*, 19 de enero de 2012.

Res. Ex. N° 194 Modifica Resolución N° 3.080, de 2003, que establece criterios de regionalización, en relación a las plagas cuarentenarias para el territorio de Chile. *Diario Oficial*, 19 de enero de 2012.

Res. Ex. N° 8.098 Modifica Resolución N° 916, de 2005, sobre la verificación de embarques vía marítima para la emisión de los certificados fitosanitarios. *Diario Oficial*, 23 de enero de 2012.

Res. Ex. N° 349 Modifica Resolución N° 3.280, de 1999, que establece regulaciones para ingreso de material vegetal en régimen de cuarentena de post entrada. *Diario Oficial*, 26 de enero de 2012.

Res. Ex. N° 2.312 Establece requisitos fitosanitarios de importación para varetas de *Eucalyptus dunnii*, procedentes de Uruguay. *Diario Oficial*, 3 de mayo de 2012.

Res. Ex. N° 2.313 Establece requisitos fitosanitarios de importación para estacas y ramillas de álamo (*Populus spp.*), procedentes de los estados miembros de la Comunidad Europea. *Diario Oficial*, 3 de mayo de 2012.

Ministerio de Agricultura/Servicio Agrícola y Ganadero/XV Región de Arica y Parinacota

Res. Ex. N° 422 Establece regulaciones cuarentenarias para el control y erradicación de la Mosca del Mediterráneo (*Ceratitis capitata* W.) en los lugares que indica. *Diario Oficial*, 28 de mayo de 2012.

Ministerio de Agricultura/ Subsecretaría de Agricultura

Dto. N° 12 Dispone suspensión del procedimiento de concesión de subsidio forestal referido al Decreto Ley N° 701, de 1974, año 2012. *Diario Oficial*, 12 de marzo de 2012.

Dto. N° 55 Crea Consejo Asesor del Ministro de Agricultura para transformar a Chile en una potencia forestal sustentable. *Diario Oficial*, 12 de marzo de 2012.

Ministerio de Defensa Nacional/Subsecretaría para las Fuerzas Armadas

Dto. N° 701 Modifica el Decreto (M) N° 1.340 bis de 1941 que aprueba el Reglamento General de Orden, Seguridad y Disciplina en las Naves del Litoral de la República; el Decreto (M) N° 364 de 1980 que aprueba el reglamento de Recepción y Despacho de Naves; y el Decreto (M) N° 427 de 1979 que aprueba el Reglamento de Tarifas y Derechos de la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante. *Diario Oficial*, 17 de marzo de 2012.

Ministerio de Economía, Fomento y Turismo/Subsecretaría de Economía y Empresas de Menor Tamaño

Dto. N° 40 Fija lista de mercancías excluidas del reintegro a exportaciones de la Ley N° 18.480 y señala valores de los montos máximos exportados para el año 2011. *Diario Oficial*, 8 de mayo de 2012.

Ministerio de Economía, Fomento y Turismo/Subsecretaría de Pesca

Res. Ex. N° 1.202 Designa observadores científicos del artículo 19 de la Ley N° 19.713. *Diario Oficial*, 11 de mayo de 2012.

Ministerio de Educación

Dto. N° 156 Reglamenta pago de la subvención especial diferencial y de necesidades educativas especiales de carácter transitorio a los alumnos integrados en cursos de enseñanza media. *Diario Oficial*, 29 de mayo de 2012.

Dto. N° 161 Declara Monumento Nacional en la categoría de Monumento Histórico a la Iglesia y el Convento de la Virgen del Carmen de Chillán, ubicados en la comuna de Chillán, provincia de Ñuble, Región del Biobío. *Diario Oficial*, 29 de mayo de 2012.

Ministerio de Educación/Subsecretaría de Educación

Dto. N° 332 Determina edades mínimas para el ingreso a la educación especial o diferencial, modalidad de educación de adultos y de adecuaciones de aceleración curricular. *Diario Oficial*, 5 de enero de 2012.

Dto. N° 360 Declara monumento nacional en la categoría de Monumento Histórico la Casa Museo La Sebastiana, ubicada en Pasaje Collado N° 1, Cerro Florida, comuna y provincia de Valparaíso, V Región de Valparaíso. *Diario Oficial*, 5 de enero de 2012.

Dto. EX. N° 3.183 Aprueba convenio entre el Ministerio de Educación y el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes. *Diario Oficial*, 6 de enero de 2012.

Dto. N° 489 Declara Monumento Nacional en la categoría de Zona Típica o Pintoresca a la población Manuel Montt, ubicada en la comuna de Independencia, provincia de Santiago, Región Metropolitana. *Diario Oficial*, 03 de febrero de 2012.

Res. Ex. N° 838 Fija modelo de fiscalización y estandarización de hallazgos y deja sin efecto resolución número 3.569 exenta, de 2008. *Diario Oficial*, 23 de febrero de 2012.

Res. Ex. 1264 N° Aprueba bases administrativas, técnicas y anexos para la presentación de programas de estudios consistentes en la formación de competencias para ejercer el cargo de Director de Establecimientos Educacionales en el marco de lo preceptuado en el Plan de Formación de Directores reglamentado por el Decreto N° 44, de 2011. *Diario Oficial*, 13 de marzo de 2012.

Res. Ex. N° 91 Establece la composición, funcionamiento y facultades del Consejo de la Sociedad Civil. *Diario Oficial*, 20 de marzo 2012.

Ministerio de Energía

Dto. N° 38 Prorroga vigencia de Decreto N° 26, de 2011, que decreta medidas para evitar, reducir y administrar déficit de generación en el Sistema Interconectado Central, en ejecución del artículo 163 de la Ley General de Servicios Eléctricos. *Diario Oficial*, 30 de abril de 2012.

Ministerio de Energía/Subsecretaría de Energía

Res. Ex. N° 8 Establece productos de combustibles que deben contar con un certificado de aprobación para su comercialización en el país. *Diario Oficial*, 17 de febrero de 2012.

Dto. N° 27 Modifica artículo segundo del Decreto N° 85, de 2011, que fija precios de nudo para suministros de electricidad. *Diario Oficial*, 24 de marzo de 2012.

Dto. EX. N° 82 Fija Plan de Expansión del Sistema de Transmisión Troncal para los doce meses siguientes. *Diario Oficial*, 24 de marzo de 2012.

Ministerio de Energía/Superintendencia de Electricidad y Combustibles

Res. Ex. N° 124 Modifica protocolo de ensayos para certificar el producto eléctrico que indica. *Diario Oficial*, 16 de febrero de 2012.

Res. Ex. N° 239 Establece nueva metodología de asignación de los retiros que reemplaza la contenida en la Resolución N° 2.288 Exenta, de 2011, que emitió un pronunciamiento y dispuso medidas transitorias ante una contingencia en el abastecimiento de energía eléctrica en el Sistema Interconectado Central. *Diario Oficial*, 15 de febrero de 2012.

Res. Ex. N° 482 Aprueba Protocolos de Análisis y/o Ensayos para los productos de combustibles que indica. *Diario Oficial*, 27 de abril de 2012.

Res. Ex. N° 281 Modifica protocolos de ensayos para certificar productos eléctricos que indica. *Diario Oficial*, 12 de mayo de 2012.

Res. Ex. N° 563 Amplía Alcance de protocolo de análisis y/o ensayos para el producto de gas que indica. *Diario Oficial*, 18 de mayo de 2012.

Ministerio de Hacienda

Dto. N° 80 Aprueba listado de obras específicas a que se refiere el artículo 8° de la Ley N° 20.444, que Crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de

Incentivo Tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe; y modifica Decreto N° 1.279, de 2011, en lo que indica. *Diario Oficial*, 23 de mayo de 2012.

Ministerio de Hacienda/Servicio Nacional de Aduanas/Dirección Nacional

Res. N° 7.844 Modifica Compendio de Normas Aduaneras. *Diario Oficial*, 21 de enero de 2012.

Res. N° 7.845 Modifica Compendio de Normas Aduaneras. *Diario Oficial*, 21 de enero de 2012.

Res. N° 7.847 Deja sin efecto Resolución N° 4.939, de 2009 y aprueba nuevo Manual de Procedimiento de la Agenda Normativa. *Diario Oficial*, 21 de enero de 2012.

Res. Ex. N° 884 Establece costos directos de reproducción en el marco de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública. *Diario Oficial*, 11 de febrero de 2012.

Res. Ex. N° 1.088 Modifica el Compendio de Normas Aduaneras. *Diario Oficial*, 17 de febrero de 2012.

Res. N° 3.059 Modifica Compendio de Normas Aduaneras. *Diario Oficial*, 11 de mayo de 2012.

Res. N° 3.164 Modifica Compendio de Normas Aduaneras. *Diario Oficial*, 18 de mayo de 2012.

Res. Ex. N° 3.243 Modifica Resolución N° 6.152, de 2009, relativa al Manifiesto Internacional de Carga/Declaración de Tránsito Aduanero (MIC/DTA), en la forma que señala. *Diario Oficial*, 18 de mayo de 2012.

Res. Ex. N° 3.246 Modifica Compendio de Normas Aduaneras. *Diario Oficial*, 18 de mayo de 2012.

Ministerio de Hacienda/Superintendencia de Casinos de Juego

Extracto de resoluciones exentas que indica, que inscriben en el Registro de Homologación implementos de juego que señalan. *Diario Oficial*, 23 de mayo de 2012.

Ministerio de Justicia/Subsecretaría de Justicia

Dto. Ex. N° 6.637 Aprueba texto oficial del Código Penal. *Diario Oficial*, 3 de enero de 2012.

Dto. Ex. N° 6.638 Aprueba texto oficial del Código del Trabajo. *Diario Oficial*, 3 de enero de 2012.

Dto. Ex. N° 6.639 Aprueba texto oficial del Código Procesal Penal. *Diario Oficial*, 3 de enero de 2012.

Dto. Ex. N° 215 Fija nuevo arancel máximo que podrán percibir los mediadores inscritos en el Registro de Mediadores de la Ley N° 19.968. *Diario Oficial*, 17 de enero de 2012.

Dto. Ex. N° 553 Aprueba texto oficial del Código Sanitario. *Diario Oficial*, 02 de febrero de 2012.

Ministerio de Minería

Dto. N° 16 Establece requisitos y condiciones del contrato especial de operación para la exploración, explotación y beneficio de yacimientos de litio, que el Estado de Chile suscribirá conforme a las bases de licitación pública nacional e internacional que se aprobarán para estos efectos. *Diario Oficial*, 19 de mayo de 2012.

Ministerio de Obras Públicas

Dto. EX. N° 762 Complementa Decreto N° 729, de 2008, que declara caminos públicos en las áreas urbanas de la Región Metropolitana de Santiago, a las calles o avenidas que indica. *Diario Oficial*, 10 de mayo de 2012.

Ministerio de Obras Públicas/Dirección General de Aguas

Res. Ex. N° 4.200 Fija listado de derechos de aprovechamiento de aguas afectos al pago de patente a beneficio fiscal por no utilización de las aguas. *Diario Oficial*, 16 de enero de 2012.

Res. Ex. N° 3.307 Aprueba el Programa de Vigilancia de las Normas Secundarias de Calidad Ambiental para la Protección de las Aguas Continentales Superficiales de la Cuenca del Río Serrano. *Diario Oficial*, 15 de marzo de 2012.

Res. Ex. N° 2.530 Ordena el cierre de bocatomas y otras medidas adicionales y se adopten acciones preventivas para la operación de canales y embalses en época de lluvias en la Región Metropolitana de Santiago. *Diario Oficial*, 15 de mayo de 2012.

Ministerio de Obras Públicas/Dirección General de Aguas/Región de Coquimbo

Res. Ex. N° 401 Ordena el cierre de bocatomas y otras medidas adicionales y se adopten acciones preventivas para la operación de canales y embalses en época de lluvias en la Región de Coquimbo. *Diario Oficial*, 15 de mayo de 2012.

Ministerio de Obras Públicas/Dirección General de Aguas/Región de Valparaíso

Res. Ex. N° 898 Ordena el cierre de bocatomas y otras medidas adicionales y se adopten acciones preventivas para la operación de canales y embalses en época de lluvias en la Región de Valparaíso. *Diario Oficial*, 15 de mayo de 2012.

Ministerio de Obras Públicas/Dirección General de Aguas/Región del Libertador General Bernardo O'Higgins

Res. Ex. N° 438 Ordena el cierre de bocatomas y otras medidas adicionales y se adopten acciones preventivas para la operación de canales y embalses en época de lluvias en la Región del Libertador General Bernardo O'Higgins. *Diario Oficial*, 15 de mayo de 2012.

Ministerio de Obras Públicas/Dirección General de Aguas/Región del Maule

Res. Ex. N° 223 Ordena el cierre de bocatomas y otras medidas adicionales y se adopten acciones preventivas para la operación de canales y embalses en época de lluvias en la Región del Maule. *Diario Oficial*, 15 de mayo de 2012.

Ministerio de Obras Públicas/Dirección General de Aguas/Región del Biobío

Res. Ex. N° 542 Ordena el cierre de bocatomas y otras medidas adicionales y se adopten acciones preventivas para la operación de canales y embalses en época de lluvias en la Región del Biobío. *Diario Oficial*, 15 de mayo de 2012.

Ministerio de Obras Públicas/Dirección General de Aguas/Región de la Araucanía

Res. Ex. N° 477 Ordena el cierre de bocatomas y otras medidas adicionales y se adopten acciones preventivas para la operación de canales y embalses en época de lluvias en la Región de la Araucanía. *Diario Oficial*, 15 de mayo de 2012.

Ministerio de Planificación/Subsecretaría de Planificación

Dto. N° 82 Modifica Decreto N° 580, de 1991, que establece normas de funcionamiento del Consejo Asesor del Servicio Nacional de la Mujer. *Diario Oficial*, 27 de enero de 2012.

Ministerio de Relaciones Exteriores.

Dto. N° 136 Promulga el Protocolo de 1996 relativo al Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias, 1972. *Diario Oficial*, 11 de abril de 2012.

Dto. N° 152 Promulga el Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. *Diario Oficial*, 4 de mayo de 2012.

Dto. N° 5 Promulga el Convenio de Integración Cinematográfica Iberoamericana. *Diario Oficial*, 19 de mayo de 2012.

Dto. N° 17 Promulga la Decisión N° 13 de la Comisión de Libre Comercio establecida en el Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Chile y la República de Colombia. *Diario Oficial*, 19 de mayo de 2012.

Ministerio de Relaciones Exteriores/Subsecretaría de Relaciones Exteriores.

Dto. N° 78 Promulga modificaciones y rectificaciones a la Sección A (Lista de Chile), del Anexo 15 bis-01 (Entidades), del Protocolo por el que se adiciona el Capítulo de Compras del Sector Público al Tratado de Libre Comercio entre la República de Chile y los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial*, 12 de enero de 2012.

Dto. N° 94 Promulga el Acuerdo con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo sobre el proyecto: “Planificación para la Reducción del Riesgo de Desastres. a Nivel Territorial con Gobiernos Regionales y Locales, Comunidades Campesinas y Pesqueras, y Organizaciones de la Sociedad Civil de las Regiones del Maule y Biobío”. *Diario Oficial*, 12 de enero de 2012.

Dto. N° 101 Promulga el Acuerdo sobre Requisitos para el Etiquetado de Vinos y su Anexo I. *Diario Oficial*, 13 de enero de 2012.

Dto. N° 119 Promulga los acuerdos que modifican el Anexo 4.21, Párrafo 6 relativo a los procedimientos de verificación de origen de la Sección B (Procedimientos de Origen) del Capítulo 4 (Régimen de Origen), y el Anexo 8.1, ambos del Acuerdo de Complementación Económica entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República del Ecuador (ACE N° 65). *Diario Oficial*, 13 de enero de 2012.

Dto. N° 88 Promulga Enmiendas al Anexo I del Protocolo de 1978 relativo al Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques, 1973. *Diario Oficial*, 18 de enero de 2012.

Dto. N° 132 Promulga el Acuerdo con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo sobre el Proyecto: “Apoyo Técnico al Rediseño e Implementación del Plan de Cierre del EX. Vertedero Lo Errázuriz”. *Diario Oficial*, 18 de enero de 2012.

Dto. N° 125 Promulga el Acuerdo sobres. Servicios Aéreos entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República Federativa del Brasil. *Diario Oficial*, 23 de enero de 2012.

Dto. N° 318 Promulga Enmiendas al Convenio para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, 1974, y su Protocolo de 1988. *Diario Oficial*, 23 de enero de 2012.

Dto. N° 106 Promulga el Acuerdo sobre la Revisión Sustantiva del Acuerdo con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y el Fondo Fiduciario España-PNUD sobre el Proyecto: “Políticas de Igualdad de Género en Chile y Buenas Prácticas para la Gobernabilidad Democrática”. *Diario Oficial*, 30 de enero de 2012.

Dto. N° 126 Promulga el Memorándum de Entendimiento entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Colombia para la Cooperación en Asuntos Antárticos. *Diario Oficial*, 30 de enero de 2012.

Dto. N° 79 Promulga las Decisiones N°s. 11 y 12 de la Comisión de Libre Comercio del Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Chile y la República de Colombia. *Diario Oficial*, 31 de enero de 2012.

Dto. N° 82 Promulga el Tratado sobre el Derecho de Marcas (TLT). 1 *Diario Oficial*, 6 de febrero de 2012.

Dto. N° 248 Promulga enmiendas a los Anexos del Protocolo de 1978 y del Protocolo de 1997 del Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques 1973, modificado por el Protocolo de 1978. *Diario Oficial*, 11 de febrero de 2012.

Dto. N° 148 Promulga la Convención Conjunta sobre Seguridad en la Gestión del Combustible Gastado y sobre Seguridad en la gestión de Desechos Radiactivos. *Diario Oficial*, 25 de febrero de 2012.

Dto. N° 158 Promulga el Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Consejo Federal Suizo sobre el ejercicio de actividades remuneradas por parte de los familiares. Dependientes de miembros de las misiones diplomáticas, representaciones consulares y misiones permanentes. *Diario Oficial*, 25 de febrero de 2012.

Dto. N° 10 Crea Consejo Asesor de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales, en materia de atracción de inversiones extranjeras. *Diario Oficial*, 30 de marzo de 2012.

Dto. Nº 11 Crea Consejo Asesor de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales, en materia de industria y servicios. *Diario Oficial*, 30 de marzo 2012.

Dto. Nº 316 Promulga Enmienda a la Parte A del Código Internacional para la Protección de los Buques y de las Instalaciones Portuarias del Convenio SOLAS 1974, enmendado. *Diario Oficial*, 5 de marzo de 2012.

Dto. Nº 16 Promulga el Acuerdo sobre la Revisión Sustantiva del Acuerdo con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo sobre el Proyecto: “Contraloría General de la República: Fortaleciendo la Transparencia y Probidad en la Gestión Pública en Chile a través de la Cooperación Internacional y Seguimiento de UNCAC”. *Diario Oficial*, 05 de junio de 2012.

Dto. Nº 19 Promulga la Revisión Sustantiva del Acuerdo con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo sobre el Proyecto: “Fortalecimiento de la Gestión Pública Participativa y Cohesión Social”. *Diario Oficial*, 05 de junio de 2012.

Dto. Nº 140 Promulga el Acuerdo con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo sobre el proyecto: “Programa de Lucha y Apoyo a Políticas Públicas contra la Desertificación, Aplicado en Comunidades y Municipios Rurales de Zonas Ecológicas Áridas a Sub-Húmedas Secas en América del Sur”. *Diario Oficial*, 14 de junio de 2012.

Dto. Nº 145 Promulga el Acuerdo sobre la Revisión Sustantiva del Acuerdo con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo sobre el proyecto: “Chile: Remoción de Barreras para la Electrificación Rural con Energías Renovables”. *Diario Oficial*, 14 de junio de 2012.

Dto. Nº 138 Promulga el Acuerdo con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo sobre el Proyecto: “Marco Terminal para la Eliminación Definitiva del Uso de CFC-11, CFC-12 y R-502 (CFC-115) en la fabricación de equipos de refrigeración en Chile - Fase II”. *Diario Oficial*, 16 de junio de 2012.

Dto. Nº 147 Promulga el Acuerdo sobre la Revisión Sustantiva del Acuerdo con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo sobre el Proyecto: “Creación de un Sistema Nacional Integral de Áreas Protegidas para Chile: Una Estructura Financiera y Operativa”. *Diario Oficial*, 21 de junio de 2012.

Ministerio de Salud/Fondo Nacional de Salud

Res. Ex. Nº 2 D/7.358 Modifica denominación de las instancias de participación ciudadana que indica y establece composición y funcionamiento de los Consejos de la Sociedad Civil del Fondo Nacional de Salud. *Diario Oficial*, 04 de enero de 2012.

Ministerio de Salud/Instituto de Salud Pública

Res. Ex. Nº 18 Crea el Departamento de Asuntos Científicos. *Diario Oficial*, 17 de enero de 2012.

Res. Ex. Nº 293 Modifica la Resolución Nº 2.194 Exenta, de 2010, sobre delegación de facultades en el Instituto de Salud Pública de Chile. *Diario Oficial*, 14 de febrero de 2012.

Ministerio de Salud/Subsecretaría de Salud Pública

Dto. Ex. Nº 65 Crea Comisión Técnica asesora sobre enfermedades raras o poco frecuentes. *Diario Oficial*, 17 de marzo de 2012.

Dto. Ex. Nº 448 Aprueba Norma Técnica número 134 que “Establece especificaciones técnicas del isologo que deberán contener los rótulos de los envases de aquellos productos farmacéuticos que hayan demostrado su equivalencia terapéutica ante el Instituto de Salud Pública”, relacionada con el decreto número 13, de 2012. *Diario Oficial*, 22 de mayo de 2012.

Ministerio de Salud/Secretaría Regional Ministerial Región Metropolitana

Res. Nº 2.662 Establece declaración de emisiones de compuestos orgánicos volátiles. *Diario Oficial*, 23 de enero de 2012.

Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones/ Subsecretaría de Telecomunicaciones

Res. N° 3.084 ex. Define áreas sensibles de protección para efectos de la aplicación y cumplimiento de la Ley N° 20.599. *Diario Oficial*, 18 de junio de 2012.

Res. N° 3.091 ex. Establece procedimiento de modificación de concesiones de servicios de telecomunicaciones que indica, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 4° y 5° transitorios de la Ley N° 20.599. *Diario Oficial*, 18 de junio de 2012.

Res. N° 3.103 ex. Modifica Resolución N° 403 Exenta, de 2008, norma técnica sobre requisitos de seguridad aplicables a las instalaciones y equipos que indica, de servicios de telecomunicaciones que generan ondas electromagnéticas, fijando texto refundido de la misma. *Diario Oficial*, 18 de junio de 2012.

Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones/Subsecretaría de Transportes

Dto. N° 78 Aprueba Manual de Señalización de Tránsito. *Diario Oficial*, 17 de mayo de 2012.

Res. Ex. N° 992 Modifica Resolución N° 2.351 Exenta, de 2005, y aprueba nuevo Sistema de Tratamiento de Reclamos y Sugerencias que indica. *Diario Oficial*, 24 de mayo de 2012.

Ministerio de Vivienda y Urbanismo

Dto. Ex. N° 668 Aprueba programa de expropiaciones en la Región de Valparaíso para la ejecución del proyecto de “Mejoramiento de Vialidad Placilla”, comuna de Valparaíso, Región de Valparaíso. *Diario Oficial*, 13 de abril de 2012.

Dto. Ex. N° 689 Aprueba programa de expropiaciones en la Región de Valparaíso para la ejecución del Proyecto Pavimentación calle Papudo, La Ligua, comuna de La Ligua, Región de Valparaíso. *Diario Oficial*, 19 de abril de 2012.

Ministerio de Vivienda y Urbanismo/Subsecretaría de Vivienda y Urbanismo

Res. Ex. N° 9.576 Modifica Resolución N° 1.820 Exenta, de 2003, que fija procedimiento para aplicación práctica del programa de pavimentación participativa. *Diario Oficial*, 3 de enero de 2012.

Res. Ex. N° 9.729 Modifica Resolución N° 6.482 Exenta, de 2010, que fija costos directos de reproducción para atender las solicitudes de acceso a la información y establece mecanismos de cobro y registro de estos costos. *Diario Oficial*, 4 de enero de 2012.

Dto. Ex. N° 1.441 Declara Norma Oficial de la República de Chile la norma técnica que indica. *Diario Oficial*, 7 de enero de 2012.

Dto. N° 73 Deroga decreto número 195, de 2008, que crea Comisión Asesora de Estudios Habitacionales y Urbanos. *Diario Oficial*, 19 de enero de 2012.

Res. Ex. N° 617 Modifica Resolución N° 7.833 Exenta, de 2010, respecto de la estructura del Servicio de Vivienda y Urbanización Metropolitano. *Diario Oficial*, 03 de febrero de 2012.

Dto. EX. N° 567 Aprueba programa de expropiaciones en la Región de Valparaíso para la ejecución del proyecto “Construcción Pavimentación Circuito Concepción-12 de Febrero, Limache”, Código BIP N° 30069746-0, comuna de Limache, Región de Valparaíso. *Diario Oficial*, 28 de marzo de 2012.

Dto. EX. N° 568 Aprueba programa de expropiaciones en la Región de Arica y Parinacota para la ejecución de proyectos habitacionales dentro del Programa Fondo Solidario de Vivienda, modalidad construcción en nuevos terrenos. *Diario Oficial*, 28 de marzo de 2012.

Dto. EX. N° 569 Aprueba programa de expropiaciones en la Región de Valparaíso para la ejecución del proyecto “Mejoramiento de Pavimento Calle Ignacio Carrera Pinto de la comuna de Llay Llay”, Código BIP N° 30085233-0, comuna de Llay Llay, Región de Valparaíso. *Diario Oficial*, 28 de marzo de 2012.

Res. Ex. N° 1798 Aprueba Manual de Procedimientos del Sistema de Calificación Energética de Viviendas en Chile. *Diario Oficial*, 5 de marzo de 2012.

Res. Ex. N° 3.431 Modifica Resolución N° 1.379 Exenta, de 2010, que aprobó Estructura Orgánica del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, en lo referido a la estructura orgánica del Serviu Región de la Araucanía. *Diario Oficial*, 8 de mayo de 2012.

Res. Ex. Nº 3.432 Modifica Resolución Nº 7.833 Exenta 2010, Respecto de la estructura del Servicio de Vivienda y Urbanización Metropolitano. *Diario Oficial*, 8 de mayo de 2012.

Dto. EX. Nº 745 Aprueba programa de Expropiaciones en la Región del Maule para la ejecución de soluciones habitacionales para los damnificados del sector La Poza dentro del plan “Chile Unido Reconstruye Mejor”, comuna de Constitución, Región del Maule. *Diario Oficial*, 22 de mayo de 2012.

Ministerio del Medio Ambiente

Dto. Nº 41 Aprueba y oficializa clasificación de especies, según su estado de conservación, sexto proceso. *Diario Oficial*, 11 de abril de 2012.

Dto. Nº 42 Aprueba y oficializa clasificación de especies, según su estado de conservación, sexto proceso. *Diario Oficial*, 11 de abril de 2012.

Dto. Nº 40 Declara zona latente por material particulado respirable MP10, como concentración anual, a la localidad de Huasco y su zona circundante. *Diario Oficial*, 23 de mayo de 2012.

Extracto de Resolución Nº 478, de 2012, que aprueba Anteproyecto de Normas Secundarias de Calidad Ambiental para la Protección de las Aguas de la Cuenca del Río Valdivia. *Diario Oficial*, 15 de junio de 2012.

Dto. Nº 38 Establece Norma de emisión de ruidos generados por fuentes que indica, elaborada a partir de la revisión del Decreto Nº 146, de 1997, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. *Diario Oficial*, 12 de junio de 2012.

Ministerio del Medio Ambiente/Servicio de Evaluación Ambiental - II Región

Estudio de Impacto Ambiental Proyecto “Ampliación Pampa Blanca”. *Diario Oficial*, 16 de febrero de 2012.

Extracto Estudio de Impacto Ambiental Proyecto “Línea de Alta Tensión S/E Chacaya - S/E Crucero”. *Diario Oficial*, 16 de junio de 2012.

Extracto Estudio de Impacto Ambiental Proyecto “Terminal Marítimo Flotante de GNL”. *Diario Oficial*, 16 de junio de 2012.

Ministerio del Medio Ambiente/Servicio de Evaluación Ambiental V Región de Valparaíso

Extracto de Estudio de Impacto Ambiental: “Proyecto Regularización Cerro Negro”. *Diario Oficial*, 17 de abril de 2012.

Ministerio Secretaría General de Gobierno

Dto. Nº 154 Modifica Decreto Nº 121, de 2010, fijando la nueva integración de los Consejos Regionales del Fondo de Fortalecimiento de Organizaciones y Asociaciones de Interés Público de las regiones de Arica y Parinacota hasta Magallanes y la Antártica Chilena. *Diario Oficial*, 26 de abril de 2012.

Res. Nº 272/565 ex. Aprueba Bases Administrativas, anexo y formato tipo de convenio del concurso público del “Fondo de Iniciativas Locales para Organizaciones Sociales, año 2012” y delega facultades que indica en los Secretarios Regionales Ministeriales de Gobierno. *Diario Oficial*, 05 de junio de 2012.

IV. OTRAS ENTIDADES

Consejo Nacional de Televisión

Modifica concesión de radiodifusión televisiva libre recepción analógica. *Diario Oficial*, 15 de junio de 2012.

Consejo Nacional de la Cultura y las Artes

Res. Ex. Nº 5.650 Aprueba procedimiento de inscripción en Registro Nacional de Organizaciones Culturales del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes. *Diario Oficial*, 6 de enero de 2012.

Consejo para la Transparencia

ACD del Consejo para la Transparencia que complementa la instrucción general N° 10, sobre el Procedimiento Administrativo de Acceso a la Información, en lo relativo a su fiscalización. *Diario Oficial*, 17 de febrero de 2012.

Dirección del Trabajo

Res. Ex. N° 2.001 Complementa y modifica Norma General de Participación Ciudadana. *Diario Oficial*, 3 de enero de 2012.

Res. Ex. N° 55 Deja sin efecto Resolución N° 1.681 Exenta, de 2011, y refunde y sistematiza normas sobre existencia y funcionamiento de las Inspecciones del Trabajo. *Diario Oficial*, 17 de enero de 2012.

Empresa de Correos de Chile

Res. Ex. N° 25 Fija tarifas para los servicios de Encomienda Estándar, Courier de Correos Chile nacional e internacional de salida, EMS, Encomienda Internacional, Carta Certificada Express y los servicios adicionales que indica, y deja sin efecto resoluciones exentas que señala. *Diario Oficial*, 05 de marzo de 2012.

Res. Ex. N° 19 Crea y reglamenta el servicio postal adicional que indica, para el producto de Casilla. *Diario Oficial*, 3 de mayo de 2012.

Res. Ex. N° 45 Modifica Resolución N° 1.094 Exenta, de 1987, que crea y reglamenta el servicio de Correo Acelerado Internacional CAI-EMS. *Diario Oficial*, 10 de mayo de 2012.

Res. Ex. N° 53 Crea y reglamenta el servicio postal denominado "Casilla Internacional Miami" y fija tarifas. *Diario Oficial*, 31 de mayo de 2012.

Instituto Nacional de Propiedad Industrial

Res. Ex. N° 112 Adopta la Clasificación Internacional de Marcas Comerciales para productos y servicios. *Diario Oficial*, 23 de marzo de 2012.

CIR N° 1 Informa normas sobre registro de dibujos y diseños industriales. *Diario Oficial*, 21 de junio de 2012.

Servicio Electoral

Res. N° O-1.039 Determina límite de gasto electoral para candidatos a Alcalde y concejal. *Diario Oficial*, 2 de mayo de 2012.

Servicio Médico Legal

Res. Ex. N° 40 Aprueba procedimiento de toma de muestras para exámenes de alcoholemia en servicio móvil que indica. *Diario Oficial*, 23 de marzo de 2012.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Consulta de la Fiscalía Nacional Económica sobre transferencia de concesiones de radio-difusión a Radiodifusión SpA. *Diario Oficial*, 8 de mayo de 2012.

Gobiernos regionales

Gobierno Regional de Tarapacá

Res. N° 75 Aprueba Reglamento del Fondo Regional de Cultura 2012. *Diario Oficial*, 22 de marzo de 2012.

Gobierno Regional de Valparaíso

Res. Afecta 31/1/2/270 Aprueba Reglamento Regional Fondo de Seguridad Ciudadana del Gobierno Regional de Valparaíso y deja sin efecto Resolución N° 217 afecta, de 2011, por lo que señala. *Diario Oficial*, 17 de enero de 2012.

Res. N° 31/1/2/ 218 Aprueba reglamento para el financiamiento de proyectos con cargo al Fondo Regional de Iniciativa Local (FRIL). *Diario Oficial*, 3 de mayo de 2012.

Gobierno Regional del Biobío

Res. Nº 276 Deja sin efecto Resolución Nº 116, de 2011, y promulga “Modificación del Plan Regulador Metropolitano de Concepción, Zona ZTT - 13 Puerto de Lota”. *Diario Oficial*, 7 de enero de 2012.

Municipalidades

Municipalidad de Antofagasta

Ord. Nº 4/2011 Sobre protección, tenencia responsable y control de la población canina y animales domésticos en general de la ciudad de Antofagasta. *Diario Oficial*, 9 de enero de 2012.

Ord. Nº 6/2011 Reglamenta los permisos otorgados Respecto a los inmuebles ubicados en el Parque Nicolás Tirado de la ciudad de Antofagasta. *Diario Oficial*, 9 de enero de 2012.

Ord. Nº 7/2011 Establece modificaciones a la ordenanza Nº 1/2011, que regula el funcionamiento y explotación comercial de máquinas o juegos electrónicos de destreza en la comuna de Antofagasta. *Diario Oficial*, 9 de enero de 2012.

Ordenanza Nº 2 Ordenanza Municipal sobre “Cierre de Calles o Pasajes Públicos Ciegos de la Comuna de Antofagasta”. *Diario Oficial*, 06 de junio de 2012.

Municipalidad de Cabildo

16 Dto. ALC. Nºs. 2.214 / 2.215 / 2.216 / 2.217 / 2.218 / 2.219 / 2.220 / 2.221 / 2.222 / 2.223 / 2.224 y 2.225, todos de 2011, que dispone expropiación parcial de inmuebles que señala, extractos. *Diario Oficial*, 16 de enero de 2012.

Municipalidad de Cerrillos

Dto. ALC. EX. Nº 202/919/2012 Asigna normas urbanísticas a fajas de vías cuya afectación a utilidad pública por ensanche o apertura caducó. *Diario Oficial*, 28 de mayo de 2012.

Municipalidad de Chiguayante

Dto. ALC. Nº 854 Aprueba enmienda de Plan Regulador Comunal. *Diario Oficial*, 26 de mayo de 2012.

Municipalidad de Concepción

ORD. Nº 1 Modifica Ordenanza Nº 6, de 2011, que fija montos de derechos por extracción de basuras para el año 2012. *Diario Oficial*, 17 de enero de 2012.

ORD. Nº 5 Ordenanza para la ocupación transitoria del espacio público por faenas relacionadas con obras en la propiedad privada e instalaciones de utilidad pública. *Diario Oficial*, 17 de enero de 2012.

Reglamento Nº 1 Reglamento del Consejo Comunal de Organizaciones de la Sociedad Civil. *Diario Oficial*, 17 de marzo de 2012.

Municipalidad de El Quisco

Dto. ALC. Nº 2.715 Posterga permisos de subdivisión, loteo o urbanización predial y de construcciones en comuna de El Quisco, de acuerdo al artículo 117 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. *Diario Oficial*, 3 de enero de 2012.

Municipalidad de Lo Barnechea

Dto. A ALC. Nº 1.529 Asigna nuevas normas urbanísticas a terrenos cuyas declaratorias de utilidad pública caducaron. *Diario Oficial*, 22 de marzo de 2012.

Municipalidad de Los Álamos

Dto. Alc. Nº 732 Dicta ordenanza que regula el uso de estacionamientos en la vía pública para taxis colectivos y servicios de taxis básicos. *Diario Oficial*, 27 de abril de 2012.

Municipalidad de Los Andes

Ord. Nº 1 Aprueba Ordenanza de Uso de Espacios Públicos. *Diario Oficial*, 20 de marzo de 2012.

Ord. N° 2 Aprueba Ordenanza de Trabajos Comunitarios como sanción alternativa. *Diario Oficial*, 20 de marzo 2012.

Ord. N° 3 Aprueba Ordenanza de Tenencia Responsable de Mascotas. *Diario Oficial*, 20 de marzo de 2012.

Municipalidad de Mejillones

Dto. Alc. Ex. N° 3.587 Aprueba fijación de nuevas normas urbanísticas en tramos que indica. *Diario Oficial*, 22 de mayo de 2012.

Municipalidad de Melipilla

Dto. Alc. Ex. N° 597 Promulga “Modificación del Plan Regulador Comunal de Melipilla, Prórroga de Declaratorias de Utilidad Pública de Terrenos Urbanos Consultados en el Plan Regulador Comunal de Melipilla, destinados a vialidad estructurante”. *Diario Oficial*, 2 de marzo 2012.

Municipalidad de Palmilla

Dto. ALC. N° 735 Ordena Expropiación de lotes 7, 8 y 9 de predio que indica. *Diario Oficial*, 2 de enero de 2012.

Municipalidad de Providencia

Ord. N° 115 Modifica “Ordenanza Local Sobre Derechos Municipales”. *Diario Oficial*, 26 de marzo de 2012.

Ord. N° 116 Modifica Ordenanza N° 9, de 2003, sobre estacionamientos controlados en las vías públicas de la comuna. *Diario Oficial*, 19 de abril de 2012.

Municipalidad de Puente Alto

Dto. Alc. Ex. N° 533 Modifica Plan Regulador Comunal. *Diario Oficial*, 15 de mayo de 2012.

Dto. Alc. Ex. N° 534 Modifica Plan Regulador Comunal. *Diario Oficial*, 15 de mayo de 2012.

Municipalidad de Quilpué

Dto. Alc. N° 6.775 Establece Normas Urbanísticas aplicables al área identificada en la Memoria explicativa. *Diario Oficial*, 27 de enero de 2012.

Municipalidad de Rancagua

Dto. Alc. Ex. N° 881 Aprueba modificación al Plan Regulador Comunal. *Diario Oficial*, 28 de marzo de 2012.

Municipalidad de Rengo

Dto. Alc. N° 10 (MD) Aprueba Enmienda N° 3 al Plan Regulador Comunal. *Diario Oficial*, 19 de enero de 2012.

Dto. Alc. N° 123 Aprueba plan regulador de la comuna de Rengo. *Diario Oficial*, 18 de febrero de 2012.

Dto. Alc. N° 268 Aprueba Enmienda N° 4 al Plan Regulador Comunal de Rengo. *Diario Oficial*, 24 de marzo de 2012.

Municipalidad de Santiago

Dto. Alc. N° 375 Sección 2ª Promulga modificación del Plan Regulador Comunal de Santiago. *Diario Oficial*, 26 de marzo de 2012.

Municipalidad de San Fernando

Dto. Alc. N° 24 Ordenanza municipal que regula la autorización y explotación comercial de máquinas de habilidad, destreza o juegos similares. *Diario Oficial*, 21 de enero de 2012.

Municipalidad de San Joaquín

Dto. Alc. N° 2.037 Sección 1ª Aprueba modificación al Plan Regulador Comunal de San Joaquín. *Diario Oficial*, 12 de enero de 2012.

Municipalidad de San Pedro de Atacama

04 Ord. N° 11/2011 Modifica Ordenanza sobre derechos municipales. *Diario Oficial*, 04 de enero de 2012.

Municipalidad de Vitacura

Dto. Alc. N° 3/1.037 Sección 1ª Promulga modificación N° 27 al Plan Regulador Comunal "Sector Av. Juan XXIII". *Diario Oficial*, 19 de abril de 2012.

LEY N° 20.600

CREA LOS TRIBUNALES AMBIENTALES*

TÍTULO I

DE LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

Artículo 1º. *Concepto.* Los Tribunales Ambientales son órganos jurisdiccionales especiales, sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función es resolver las controversias medioambientales de su competencia y ocuparse de los demás asuntos que la ley somete a su conocimiento.

Artículo 2º. *Integración y nombramiento.* Cada Tribunal Ambiental estará integrado por tres ministros. Dos de ellos deberán tener título de abogado, haber ejercido la profesión a lo menos diez años y haberse destacado en la actividad profesional o académica especializada en materias de Derecho Administrativo o Ambiental. El tercero será un licenciado en Ciencias con especialización en materias medioambientales y con, a lo menos, diez años de ejercicio profesional.

Cada ministro será nombrado por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado, de una nómina de cinco personas que, en cada caso, propondrá la Corte Suprema.

La Corte formará la nómina correspondiente de una lista que contendrá un mínimo de seis y un máximo de ocho nombres que, para cada cargo, le propondrá el Consejo de Alta Dirección Pública con sujeción al procedimiento establecido para el nombramiento de altos directivos públicos del primer nivel jerárquico, contenido en el Párrafo 3º del Título VI de la ley N° 19.882, con las modificaciones siguientes:

a) El perfil profesional de competencias y aptitudes del cargo concursado será definido por el Consejo.

b) De no haber a lo menos seis candidatos al cargo que cumplan los requisitos para ingresar en la nómina, el Consejo ordenará que se efectúe un nuevo concurso para conformar o complementar la lista, según corresponda.

La Corte Suprema podrá rechazar todos o alguno de los nombres contenidos en la lista que se le presente. Si el número de nombres restantes fuere inferior a cinco, la Corte comunicará el hecho al Consejo, para que complete la nómina llamando a un nuevo concurso, en el cual no podrán participar las personas que fueron rechazadas.

Para conformar la nómina para el cargo de ministro, los postulantes deberán ser recibidos por el pleno de la Corte Suprema en una audiencia pública citada especialmente al efecto. La Corte establecerá la forma en que se desarrollará esta audiencia.

El Senado adoptará el acuerdo en votación única, por los tres quintos de sus miembros en ejercicio. Si no se aprobare la propuesta, el Presidente de la República deberá presentar a otra persona que forme parte de la misma nómina elaborada por la Corte Suprema. Si se rechazare la segunda proposición se deberá llamar a un nuevo concurso.

Cada Tribunal tendrá dos ministros suplentes. Uno de ellos deberá tener título de abogado, haber ejercido la profesión a lo menos ocho años y haberse destacado en la actividad profesional o académica especializada en materias de Derecho Administrativo o Ambiental. El

* Publicada en el Diario Oficial N° 40.299, de jueves 28 de junio de 2012.

otro deberá ser un licenciado en Ciencias con especialización en materias medioambientales y con ocho años de ejercicio profesional.

Los ministros suplentes serán designados de la misma forma que los titulares.

El Presidente de cada Tribunal será elegido por acuerdo de los ministros del mismo, debiendo recaer dicha designación en un ministro abogado. Quien fuere elegido Presidente permanecerá en tal calidad por el plazo de dos años, no siendo posible su reelección inmediata.

En caso de ausencia o impedimento del Presidente del Tribunal, éste sesionará bajo la presidencia del otro ministro titular abogado. Si faltaren ambos, presidirá el otro ministro titular.

El nombramiento de los ministros se hará por el Presidente de la República mediante decreto supremo suscrito por los Ministros del Medio Ambiente y de Justicia.

Los ministros titulares y suplentes permanecerán seis años en sus cargos, pudiendo ser reelegidos hasta por dos períodos sucesivos. No obstante, se renovarán parcialmente cada dos años.

El Tribunal tendrá el tratamiento de "Ilustre", y cada uno de sus miembros el de "Ministro".

Artículo 3º. Incompatibilidades. No podrá ser elegido ministro titular o suplente quien en los dos años anteriores a su nombramiento se haya desempeñado como Ministro del Medio Ambiente, Subsecretario del Medio Ambiente, Secretario Regional Ministerial del Medio Ambiente, Director del Servicio de Evaluación Ambiental o Superintendente del Medio Ambiente, así como cualquiera que hubiese desempeñado un cargo directivo en las precitadas instituciones en el mismo período.

El cargo de ministro titular de Tribunal Ambiental es de dedicación exclusiva e incompatible con todo otro empleo, cargo, función o comisión, remunerada o no, que se ejerza en entidades privadas o públicas, sean estas últimas fiscales, municipales, fiscales autónomas o semifiscales, en empresas del Estado o en las que éste tenga participación por aportes de capital. Asimismo, es incompatible con todo cargo de elección popular.

Se exceptúan de estas incompatibilidades los empleos docentes hasta un límite máximo de doce horas semanales. Sin embargo, no se considerarán labores docentes las que correspondan a la dirección superior de una entidad académica, respecto de las cuales regirá la incompatibilidad a que se refiere esta norma. En todo caso, los ministros deberán prolongar su jornada para compensar el tiempo que hayan restado a su trabajo con ocasión del desempeño de actividades compatibles.

A los ministros suplentes se les aplicarán las mismas incompatibilidades, prohibiciones, obligaciones e inhabilidades que rigen para los ministros titulares.

Se exceptúan de estas limitaciones los empleos docentes y las funciones o comisiones académicas en establecimientos públicos o privados de la enseñanza superior, media y especial, siempre que no afecten la dedicación prevista en el inciso siguiente.

Los ministros suplentes deberán destinar a lo menos media jornada a las tareas de integración y a las demás que les encomiende el Tribunal.

Artículo 4º. Juramento o Promesa. Los ministros titulares y suplentes deberán prestar juramento o promesa de guardar la Constitución y las leyes de la República ante el Presidente de la Corte Suprema en audiencia especialmente celebrada para tal efecto, en la que actuará como ministro de fe el Secretario de dicha Corte.

El Secretario y los relatores prestarán su juramento o promesa ante el Presidente del respectivo Tribunal Ambiental.

Artículo 5º. Número de Tribunales y Jurisdicción. Créase un Tribunal Ambiental con asiento en cada una de las siguientes comunas del país, con la jurisdicción territorial que en cada caso se indica:

a) Primer Tribunal Ambiental, con asiento en la comuna de Antofagasta, y con competencia territorial en las Regiones de Arica y Parinacota, de Tarapacá, de Antofagasta, de Atacama y de Coquimbo.

b) Segundo Tribunal Ambiental, con asiento en la comuna de Santiago, y con competencia territorial en las regiones de Valparaíso, Metropolitana de Santiago, del Libertador General Bernardo O'Higgins y del Maule.

c) Tercer Tribunal Ambiental, con asiento en la comuna de Valdivia, y con competencia territorial en las regiones del Biobío, de La Araucanía, de Los Ríos, de Los Lagos, de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, y de Magallanes y de la Antártica Chilena.

Artículo 6º. Funcionamiento. Los Tribunales Ambientales funcionarán en forma permanente y fijarán sus días y horarios de sesión. En todo caso deberán sesionar, en sala legalmente constituida para la resolución de las causas, a lo menos tres días a la semana.

El quórum para sesionar será de tres miembros, y los acuerdos se adoptarán por mayoría. En lo demás se estará a lo dispuesto en el párrafo 2º del Título V del Código Orgánico de Tribunales, en cuanto fuere aplicable.

Artículo 7º. Declaración de patrimonio e intereses. Los ministros titulares y suplentes, los relatores y el secretario de los Tribunales Ambientales deberán efectuar una declaración jurada de intereses y patrimonio, en los mismos términos de los artículos 57, 60 B, 60 C y 60 D del decreto con fuerza de ley Nº 1/19.653, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 2000, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

La declaración de patrimonio e intereses deberá efectuarse por los ministros y relatores ante el secretario del tribunal, quien dispondrá su inmediata publicación en el sitio electrónico del respectivo tribunal. El secretario, a su vez, efectuará su declaración ante el Contralor General de la República o ante el Contralor Regional, según corresponda, con igual obligación en cuanto a su publicación.

La no presentación oportuna de la declaración de patrimonio e intereses y la falta de actualización de las mismas, se sancionará respecto de los ministros con la inhabilidad para integrar el Tribunal Ambiental correspondiente, la que se mantendrá hasta que se presente dicha declaración, lo que deberá certificar el secretario del Tribunal. En el caso de este último y de los relatores se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de la ley orgánica constitucional señalada en el inciso primero.

Artículo 8º. Remuneraciones de los ministros. La remuneración mensual de los ministros titulares de los tribunales será la suma equivalente a la remuneración bruta mensualizada de carácter permanente del cargo de Superintendente del Medio Ambiente.

Los ministros suplentes, en su caso, recibirán mensualmente la suma equivalente al cincuenta por ciento de la remuneración mensual de los ministros titulares.

Artículo 9º. Inhabilidades. Serán aplicables a los ministros de los Tribunales Ambientales las causales de inhabilidad contempladas en los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, se entenderá que el ministro titular o suplente, según corresponda, estará especialmente inhabilitado cuando:

a) En una causa que deba conocer, tengan interés su cónyuge o sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad; o personas que estén ligadas al mismo por vínculos de adopción, o las empresas o sociedades en las cuales estas mismas personas sean sus representantes legales, mandatarios, directores, gerentes o desempeñen otros cargos directivos, posean directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas un porcentaje del capital de la sociedad superior al cinco por ciento, o que les permita elegir o hacer elegir uno o más de sus administradores, o ejerzan una influencia decisiva en

la administración o gestión de la sociedad, según lo dispuesto por el artículo 99 de la ley N° 18.045, de Mercado de Valores, y

b) Haya asesorado o prestado servicios profesionales a personas naturales o jurídicas que tengan la calidad de parte en la causa de que se trate, en los dos años anteriores a la fecha de ingreso de aquella o durante el procedimiento sancionador por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente que lo haya originado, así como en el procedimiento de evaluación ante el Servicio de Evaluación Ambiental.

Será causal de inhabilidad que el ministro haya asesorado o prestado servicios profesionales a personas naturales o jurídicas que tengan o hayan tenido, en los dos años anteriores a la fecha de ingreso de la causa en cuestión, la calidad de contraparte de las personas a que se refiere la letra b) del inciso segundo de este artículo, en algún proceso judicial o de negociación comercial que pueda afectar la imparcialidad del ministro.

La causal invocada podrá ser aceptada por el ministro afectado. En caso contrario, será fallada de plano por el Tribunal, con exclusión de aquél, aplicándose una multa a beneficio fiscal de hasta veinte unidades tributarias mensuales al incidentista si la impugnancia o la recusación fuere desestimada, por manifiesta falta de fundamento, en forma unánime.

Artículo 10. Subrogación. Si por cualquier impedimento un Tribunal careciere de ministros titulares o suplentes para formar quórum, se procederá a la subrogación de éstos por ministros suplentes de otros Tribunales Ambientales, debiendo aplicarse al efecto las siguientes reglas:

1.- En el Primer Tribunal Ambiental la subrogación se efectuará por ministros suplentes del Segundo Tribunal Ambiental.

2.- En el Segundo Tribunal Ambiental la subrogación se efectuará por ministros suplentes del Primer Tribunal Ambiental.

3.- En el Tercer Tribunal Ambiental la subrogación se efectuará por ministros suplentes del Segundo Tribunal Ambiental.

La subrogación deberá efectuarse por ministros suplentes que provengan de la misma área profesional que el ministro subrogado.

Si un Tribunal Ambiental careciere de la totalidad de sus miembros titulares y suplentes, será subrogado por otro Tribunal Ambiental, de conformidad a las siguientes reglas:

1.- El Primer Tribunal Ambiental por el Segundo Tribunal Ambiental.

2.- El Segundo Tribunal Ambiental por el Primer Tribunal Ambiental.

3.- El Tercer Tribunal Ambiental por el Segundo Tribunal Ambiental.

Artículo 11. Prohibiciones. Los ministros de los tribunales ambientales no podrán celebrar o caucionar contratos con el Estado ni actuar, ya sea por sí o por interpósita persona, natural o jurídica, o por medio de una sociedad de personas de la que formen parte, como mandatarios en cualquier clase de juicios contra el Fisco, o como procuradores o agentes en gestiones particulares de carácter administrativo, en la provisión de empleos públicos, consejerías, funciones o comisiones de similar naturaleza, ni podrán ser directores de banco o de alguna sociedad anónima, o ejercer cargos de similar importancia en esas actividades.

Tampoco podrán ejercer la abogacía, pudiendo solamente defender causas personales o de sus cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos o pupilos.

Asimismo, no podrán, por el lapso de dos años contado desde que cesaron en el cargo de ministro, asesorar o prestar servicios profesionales a personas naturales o jurídicas en cualquier tipo de gestiones que se realicen en los tribunales ambientales ubicados en la región en la que ejercieron su cargo. Dicho término se reducirá a un año tratándose de los demás tribunales ambientales.

La infracción de estas prohibiciones será sancionada con la inhabilitación absoluta para desempeñar cargos u oficios públicos por el período de cinco años y con una multa de tres a doce remuneraciones mensuales que hubiere percibido en el cargo de ministro. Estas sanciones serán aplicadas por la Corte Suprema, a requerimiento de cualquier interesado.

El requerimiento a que alude el inciso precedente, señalará con claridad y precisión los hechos que configuran la infracción y a él se acompañarán o se ofrecerán, si fuera el caso, los medios de prueba en que se fundaren. Si el requerimiento no cumpliera estos requisitos, el pleno, convocado al efecto, lo declarará inadmisibile en cuenta, sin más trámite.

Admitido a tramitación el requerimiento, el Presidente de la Corte Suprema dará traslado de éste al requerido, el que deberá ser evacuado dentro de los ocho días hábiles siguientes a la fecha de recepción del mismo, el cual le será remitido junto con sus antecedentes por la vía que se estime más expedita.

Evacuado el traslado o transcurrido el plazo previsto en el inciso precedente, el Presidente de la Corte citará a una audiencia en que se recibirá la prueba que se hubiere ofrecido y designará el ministro ante el cual deberá rendirse.

Efectuadas las diligencias o vencidos los plazos sin que se hubieren evacuado, ordenará traer los autos en relación ante el pleno de la Corte Suprema, especialmente convocado al efecto. La Corte sólo podrá decretar medidas para mejor resolver una vez terminada la vista de la causa.

Cualquiera de las partes podrá comparecer ante la Corte Suprema hasta antes de la vista de la causa.

Artículo 12. Causales de cesación. Los miembros de los Tribunales Ambientales cesarán en sus funciones por las siguientes causas:

- a) Término del período legal de su designación.
- b) Renuncia voluntaria.
- c) Haber cumplido 75 años de edad.

d) Remoción acordada por la Corte Suprema en los términos que señala el N° 3 del artículo 332 del Código Orgánico de Tribunales, entendiéndose para estos efectos que el ministro licenciado en ciencias tiene la calidad de letrado.

e) Incapacidad sobreviniente. Se entiende por tal, la que impide al ministro ejercer el cargo por un período de tres meses consecutivos o de seis meses en un año.

Las medidas de las letras d) y e) se harán efectivas por la Corte Suprema, a petición del Presidente del Tribunal o de dos de sus miembros, sin perjuicio de las facultades disciplinarias de dicha Corte.

Si la cesación en el cargo se produjere como consecuencia de las causales señaladas en las letras b), c), d) y e) del inciso primero y faltaren más de ciento ochenta días para el término del período de quien origina la vacante, el reemplazante será elegido conforme al procedimiento señalado en el artículo 2°, manteniéndose en el cargo por el tiempo que restare del período. Si en el mismo caso señalado, faltaren menos de ciento ochenta días para el término del período, el reemplazo corresponderá al ministro suplente de la misma área profesional del reemplazado, por el tiempo que restare del período.

Artículo 13. Planta de personal. La Planta de cada Tribunal Ambiental será la siguiente:

Cargos	Grados	Nº Cargos
Secretario Abogado	4º	1
Relator Abogado	5º	1
Relator Abogado	6º	1
Profesional Universitario del ámbito económico	5º	1
Profesional Universitario del ámbito de ciencias	6º	1
Jefe Oficina de Presupuesto	14º	1
Oficial Primero	16º	1
Oficial de Sala	17º	1
Auxiliar	20º	1
Total Planta		9

Adicionalmente, para servicios específicos referidos a alguna de las causas o materias que esté conociendo, el Tribunal podrá contratar expertos a honorarios, para lo cual se requerirá contar con disponibilidad presupuestaria.

Artículo 14. *Nombramiento de los funcionarios.* El nombramiento de los funcionarios se hará por cada Tribunal, previo concurso de antecedentes o de oposición.

El Presidente de cada Tribunal cursará los nombramientos por resolución que enviará a la Contraloría General de la República para el solo efecto de su registro.

El Secretario Abogado será el jefe administrativo y la autoridad directa del personal, sin perjuicio de otras funciones y atribuciones específicas que le asigne o delegue el respectivo Tribunal.

En caso de ausencia o impedimento, el Secretario será subrogado por el Relator de mayor grado y, a falta de éste, por el relator que tenga el grado inmediatamente inferior a aquél. El subrogante prestará el mismo juramento que el Secretario para el desempeño de este cargo, ante el Presidente del Tribunal.

Artículo 15. *Régimen laboral del personal.* El personal de los Tribunales Ambientales se regirá por el derecho laboral común.

Con todo, en materia de remuneraciones tendrá el mismo régimen remuneratorio, de dedicación e incompatibilidades del personal de la Superintendencia del Medio Ambiente. Asimismo, estos trabajadores estarán sujetos a las normas de transparencia a que se refiere el artículo octavo de la ley N° 20.285 y a las disposiciones del Título III de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, debiendo consignarse en los contratos respectivos una cláusula que así lo disponga. La infracción a las normas de probidad será causal del término del contrato de trabajo.

Artículo 16. *Presupuesto.* La Ley de Presupuestos del Sector Público deberá consultar anualmente, en forma global, los recursos necesarios para el funcionamiento de los Tribunales Ambientales. Para estos efectos el Presidente de cada Tribunal comunicará al Ministro de Hacienda sus necesidades presupuestarias, dentro de los plazos y de acuerdo a las modalidades establecidas para el sector público.

Los Tribunales Ambientales mantendrán una cuenta corriente bancaria a su nombre contra la cual girarán conjuntamente el Presidente y el Secretario.

En la primera quincena del mes de enero de cada año, el Presidente y el Secretario Abogado de cada Tribunal Ambiental presentarán una cuenta anual respecto del funcionamiento del Tribunal, la que contendrá información precisa acerca del número de causas, número de audiencias y de la carga de trabajo que signifique la atención de las mismas. La referida cuenta será pública y se dará a conocer en el sitio electrónico del respectivo Tribunal. Adicionalmente, dicha cuenta considerará una rendición de gastos del Tribunal.

En materia de información financiera, presupuestaria y contable, los Tribunales Ambientales se regirán por las disposiciones de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado.

TÍTULO II

DE LA COMPETENCIA

Artículo 17. *Competencia.* Los Tribunales Ambientales serán competentes para:

1) Conocer de las reclamaciones que se interpongan en contra de los decretos supremos que establezcan las normas primarias o secundarias de calidad ambiental y las normas de emisión; los que declaren zonas del territorio como latentes o saturadas y los que establezcan planes de prevención o de descontaminación, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 de la ley N° 19.300. En el caso de las normas primarias de calidad ambiental y normas de emisión, conocerá el tribunal que en primer lugar se avoque a su consideración,

excluyendo la competencia de los demás. Respecto de las normas secundarias de calidad ambiental, los decretos supremos que declaren zonas del territorio como latentes o saturadas, y los que establezcan planes de prevención o de descontaminación, será competente el Tribunal Ambiental que tenga jurisdicción sobre la zona del territorio nacional en que sea aplicable el respectivo decreto.

2) Conocer de las demandas para obtener la reparación del medio ambiente dañado, en conformidad con lo dispuesto en el Título III de la ley Nº 19.300.

Será competente para conocer de estos asuntos el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado el hecho que causa el daño, o el de cualquier lugar en que el daño se haya producido, a elección del afectado.

3) Conocer de las reclamaciones en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente. Será competente para conocer de estas reclamaciones el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado la infracción.

4) Autorizar las medidas provisionales señaladas en las letras c), d) y e) del artículo 48 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, así como las suspensiones señaladas en las letras g) y h) del artículo 3º de esa ley, y las resoluciones de la Superintendencia que apliquen las sanciones establecidas en las letras c) y d) del artículo 38 de la misma ley, elevadas en consulta. Será competente para autorizar estas medidas el Tribunal Ambiental del lugar en que las mismas vayan a ser ejecutadas.

5) Conocer de la reclamación que se interponga en contra de la resolución del Comité de Ministros o del Director Ejecutivo, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 20 y 25 quinquies de la ley Nº 19.300. Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental del lugar en que haya sido evaluado el proyecto por la correspondiente Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su caso.

6) Conocer de las reclamaciones que interponga cualquier persona natural o jurídica en contra de la determinación del Comité de Ministros o Director Ejecutivo que resuelva el recurso administrativo cuando sus observaciones no hubieren sido consideradas en el procedimiento de evaluación ambiental, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 30 bis de la ley Nº 19.300, en relación con el artículo 20 de la misma ley. Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental del lugar en que haya sido evaluado el proyecto por la correspondiente Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su caso.

7) Conocer de las reclamaciones que se interpongan en contra de los actos administrativos que dicten los Ministerios o servicios públicos para la ejecución o implementación de las normas de calidad, de emisión y los planes de prevención o descontaminación, cuando estos infrinjan la ley, las normas o los objetivos de los instrumentos señalados. El plazo para reclamar será el establecido en el artículo 50 de la ley Nº 19.300. Tratándose de las normas primarias de calidad ambiental y normas de emisión, conocerá el tribunal que en primer lugar se avoque a su consideración, excluyendo la competencia de los demás. Respecto de la aplicación de las normas secundarias de calidad ambiental, de los decretos supremos que declaren zonas del territorio como latentes o saturadas, y de los que establezcan planes de prevención o de descontaminación, será competente el Tribunal Ambiental que tenga jurisdicción sobre la zona del territorio nacional en que sea aplicable el respectivo decreto.

8) Conocer de las reclamaciones en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental. El plazo para la interposición de la acción será de treinta días contado desde la notificación de la respectiva resolución.

Para estos efectos se entenderá por acto administrativo de carácter ambiental toda decisión formal que emita cualquiera de los organismos de la Administración del Estado mencionados en el inciso segundo del artículo 1º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que tenga competencia ambiental y que

corresponda a un instrumento de gestión ambiental o se encuentre directamente asociado con uno de éstos.

Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental que ejerza jurisdicción en el territorio en que tenga su domicilio el órgano de la Administración del Estado que hubiere resuelto el procedimiento administrativo de invalidación.

En los casos de los numerales 5) y 6) del presente artículo no se podrá ejercer la potestad invalidatoria del artículo 53 de la ley N° 19.880 una vez resueltos los recursos administrativos y jurisdiccionales o transcurridos los plazos legales para interponerlos sin que se hayan deducido.

9) Conocer de los demás asuntos que señalen las leyes.

TÍTULO III DEL PROCEDIMIENTO

Párrafo 1º *Disposiciones comunes*

Artículo 18. De las partes. Los organismos de la Administración del Estado y las personas naturales o jurídicas que se señalan, podrán intervenir como partes en los asuntos de competencia de los Tribunales Ambientales, que en cada caso se indican, conforme con la enumeración del artículo 17:

1) En el caso del número 1) cualquier persona que considere que los decretos que tal numeral menciona no se ajustan a la ley N° 19.300 y le causan perjuicio.

2) En el caso del número 2), las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido el daño o perjuicio; las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado.

Deducida demanda por alguno de los titulares señalados no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros coadyuvantes. En el caso del inciso quinto del artículo 43 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, la acción deberá siempre ejercerla el Consejo de Defensa del Estado como parte principal.

3) En el caso del número 3), las personas naturales o jurídicas directamente afectadas por la resolución de la Superintendencia del Medio Ambiente.

4) En el caso del número 4), la Superintendencia del Medio Ambiente.

5) En los casos de los números 5) y 6), las personas naturales y jurídicas que presentaron sus reclamaciones de conformidad a la ley.

6) En el caso del número 7), cualquier persona que considere que los actos administrativos que dicten los Ministerios o servicios públicos para la ejecución o implementación de las normas de calidad, emisión y planes de prevención o descontaminación, infrinjan la ley, las normas y los objetivos de los instrumentos señalados.

7) En el caso del número 8), quien hubiese solicitado la invalidación administrativa o el directamente afectado por la resolución que resuelva el procedimiento administrativo de invalidación.

En los procedimientos que se regulan en esta ley será aplicable lo dispuesto en el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil. Se presumirá que las municipalidades y el Estado tienen el interés actual en los resultados del juicio que dicha norma exige.

Artículo 19. *Amicus Curiae.* El Tribunal dará a conocer la resolución que admite a tramitación la reclamación o la demanda por daño ambiental mediante la publicación de un aviso en su sitio electrónico. El aviso deberá incluir los datos necesarios para identificar la causa.

Dentro de los treinta días siguientes a la publicación de dicho aviso, cualquier persona, natural o jurídica, que no sea parte en el proceso, que posea reconocida idoneidad técnica y

profesional en la materia objeto del asunto sometido al conocimiento del Tribunal Ambiental y que invoque la protección de un interés público, podrá presentar, por escrito y con patrocinio de abogado, una opinión con sus comentarios, observaciones o sugerencias.

La opinión escrita deberá acompañarse de tantas copias como partes litigantes hubiere, y de los antecedentes que acrediten la idoneidad técnica y profesional de quien la emite.

La entrega de la opinión escrita no suspenderá ni alterará la tramitación del procedimiento, pero el tribunal deberá considerarla en la sentencia definitiva.

La presentación de la opinión escrita no conferirá a quien la haya emitido la calidad de parte, ni le otorgará ninguna posibilidad de actuación adicional en el proceso.

Artículo 20. *Presentación de la demanda.* La reclamación, solicitud o demanda se presentará al Tribunal Ambiental competente. Si el domicilio del legitimado se encontrare fuera de la región de asiento del Tribunal, ellas podrán presentarse en el juzgado de letras en lo civil en cuyo territorio jurisdiccional aquél esté domiciliado. En este caso, el juzgado deberá remitir el documento al Tribunal respectivo el mismo día o, a más tardar, el día hábil siguiente al de su recepción.

Artículo 21. *Publicidad del procedimiento y representación de las partes.* El procedimiento será público e impulsado de oficio por el Tribunal hasta su resolución definitiva. Las partes deberán actuar representadas en la forma prevista en la ley N° 18.120, sobre comparecencia en juicio.

Artículo 22. *De las notificaciones.* Las notificaciones se regirán por las reglas generales del Código de Procedimiento Civil. Las partes podrán solicitar que se les notifique por correo electrónico, caso en el cual sólo se les notificará por esa vía.

Artículo 23. *De los incidentes.* Los incidentes que se promuevan no suspenderán el curso de la causa principal y serán resueltos en la sentencia definitiva, a menos que el Tribunal, por razones fundadas, de las cuales dejará constancia, resuelva escuchar previamente a la parte contraria o fallarlos antes de tal sentencia. Si existieren hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos el Tribunal recibirá el incidente a prueba en la primera resolución recaída en él, la que no será impugnable. La prueba se propondrá y producirá junto con la de la causa principal, salvo que el tribunal determine convocar a audiencias especiales para recibir la prueba y las alegaciones del incidente.

Artículo 24. *De las medidas cautelares.* Con el fin de resguardar un interés jurídicamente tutelado y teniendo en cuenta la verosimilitud de la pretensión invocada, el Tribunal podrá decretar las medidas cautelares, conservativas o innovativas, necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento. Son medidas conservativas aquellas que tengan por objeto asegurar el resultado de la pretensión, a través de acciones destinadas a mantener el estado de hecho o de derecho existente con anterioridad a la solicitud de la medida. Son innovativas aquellas que, con el mismo objeto, buscan modificar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de la solicitud de la medida.

El Tribunal podrá decretar estas medidas en cualquier estado del proceso o antes de su inicio y por el plazo que estime conveniente. Podrá decretarlas de oficio o a petición de parte, según corresponda, de acuerdo a las normas generales, debiendo en este último caso resolver mediante resolución fundada, sea de plano o con citación.

Cuando se soliciten estas medidas, el requirente deberá acompañar los antecedentes que constituyan, a lo menos, presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados. El Tribunal podrá exigir caución al actor particular para responder de los perjuicios que podrían originarse.

Deducida oposición o pedido el alzamiento de la medida, deberá adjuntarse a los correspondientes escritos la prueba documental pertinente, debiendo el Tribunal poner las respectivas solicitudes en conocimiento de la parte contraria, citando a una audiencia dentro

de un plazo no superior a diez días, en la que escuchará a las partes y resolverá la mantención, modificación o alzamiento de la medida.

En las controversias cautelares sólo se admitirá prueba documental. Las medidas decretadas se podrán modificar o dejar sin efecto en cualquier estado de la causa.

La cautela innovativa sólo podrá decretarse ante la inminencia de un perjuicio irreparable. Si el Tribunal estimare que no concurren las circunstancias que la hagan procedente podrá, de oficio, decretar la medida cautelar que a su juicio corresponda.

La resolución que conceda o deniegue una medida cautelar se notificará al afectado. Si la medida se hubiere concedido prejudicialmente el solicitante deberá presentar su demanda en el plazo de quince días hábiles contado desde que se concedió la cautela o en el término mayor que fije el Tribunal. Si así no lo hiciere la medida quedará sin efecto de pleno derecho.

Siempre que existiere motivo grave, el Tribunal podrá disponer que las medidas se lleven a efecto antes de notificar a la persona contra quien se dictan. En este caso, transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El Tribunal podrá ampliar este plazo por motivo fundado.

Artículo 25. Contenido de las sentencias. La sentencia de los Tribunales Ambientales se dictará con arreglo a lo establecido en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, debiendo, además, en su caso, enunciar los fundamentos técnico-ambientales con arreglo a los cuales se pronuncia.

Artículo 26. Recursos. En estos procedimientos sólo serán apelables las resoluciones que declaren la inadmisibilidad de la demanda, las que reciban la causa a prueba y las que pongan término al proceso o hagan imposible su continuación. De este recurso conocerá la Corte de Apelaciones en cuyo territorio jurisdiccional tenga asiento el Tribunal Ambiental que haya dictado la resolución apelada.

El plazo para la interposición de la apelación será de diez días contado desde la notificación de la resolución respectiva.

En contra de la sentencia definitiva dictada en los procedimientos relativos a las materias que son de la competencia de los Tribunales Ambientales, establecidas en los numerales 1), 2), 3), 5), 6), 7) y 8) del artículo 17, procederá sólo el recurso de casación en el fondo, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil.

Además, en contra de la sentencia definitiva dictada en los procedimientos señalados en el inciso anterior, procederá el recurso de casación en la forma, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, sólo por las causales de los números 1, 4, 6 y 7 de dicho artículo. Asimismo, procederá este recurso cuando en la sentencia definitiva se hubiere omitido alguno de los requisitos establecidos en el artículo 25 de esta ley; o cuando la sentencia haya sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

El recurso de casación deberá interponerse ante el Tribunal Ambiental que dictó la resolución recurrida para ante la Corte Suprema y tendrá preferencia para su vista y fallo. Para tales efectos, los plazos y procedimientos para el conocimiento del recurso de casación se ajustarán a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

No será aplicable para estos efectos lo dispuesto en los artículos 769 y 775 del mismo Código.

Ante la Corte sólo podrá rendirse prueba documental salvo que ella, de oficio, disponga la práctica de otras pruebas.

Párrafo 2º *De las reclamaciones*

Artículo 27. De la reclamación. Toda reclamación se presentará por escrito, y en ella se indicarán sus fundamentos de hecho y de derecho y las peticiones concretas que se someten

a la resolución del Tribunal. Éste examinará en cuenta si la reclamación ha sido interpuesta en tiempo y forma. Podrá declararla inadmisibles mediante resolución fundada si, en opinión unánime de sus miembros, no hubiere sido interpuesta dentro de plazo, se refiera a materias que estén manifiestamente fuera de su competencia, no esté debidamente fundada o no contenga peticiones concretas. Esta resolución podrá impugnarse, mediante reposición con apelación subsidiaria, dentro de quinto día de notificada.

Artículo 28. Contendas de competencia. Las contendas de competencia que afecten a los Tribunales Ambientales entre sí o con otros tribunales serán resueltas por la Corte Suprema.

Artículo 29. Solicitud de informes y medidas para mejor resolver. Declarada admisible la reclamación se pedirá informe al órgano público que emitió el acto impugnado, que deberá, además, adjuntar copia autenticada del expediente administrativo completo y debidamente foliado que sirvió de base para dictar el acto que se impugna, de conformidad a lo señalado en la ley N° 19.880. El informe, que se limitará a consignar los fundamentos y motivos en los que el acto administrativo se basa, deberá emitirse en el plazo de diez días. Dentro de dicho lapso el órgano requerido podrá pedir, por una sola vez, una prórroga del mismo hasta por un máximo de cinco días.

En caso de que el órgano no presente el informe en el plazo conferido se prescindirá del mismo.

Recibido el informe o vencido el plazo para presentarlo, el Tribunal ordenará traer los autos en relación. La tramitación de la reclamación se ajustará a las reglas para el conocimiento y fallo del recurso de apelación civil, con la salvedad de que no se admitirán prueba testimonial ni confesional. Asimismo, se podrá suspender la vista de la causa en los casos previstos en los números 3°, 4° y 6° del artículo 165 del Código de Procedimiento Civil y también, por una sola vez, cuando lo pidan de común acuerdo las partes.

Concluida la vista de la causa quedará cerrado el debate y el proceso en estado de dictarse sentencia, la que deberá pronunciarse dentro del término de treinta días. Sólo dentro de este plazo el Tribunal podrá dictar de oficio medidas para mejor resolver.

Artículo 30. Sentencia. La sentencia que acoja la acción deberá declarar que el acto no es conforme a la normativa vigente y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o el acto recurrido y dispondrá que se modifique, cuando corresponda, la actuación impugnada.

En el ejercicio de esta atribución el Tribunal no podrá determinar el contenido específico de un precepto de alcance general en sustitución de los que anulare en el caso de los actos de los números 1) y 7) del artículo 17, así como tampoco podrá determinar el contenido discrecional de los actos anulados.

Artículo 31. Publicación de la sentencia. Las sentencias firmes que anulen un acto administrativo de aquellos señalados en los números 1) y 7) del artículo 17 producirán efectos generales desde el día en que se publique la parte resolutive de la sentencia en el Diario Oficial, a costa del Tribunal, lo que deberá efectuarse dentro de quinto día de ejecutoriada.

Párrafo 3° De las solicitudes

Artículo 32. Remisión de las solicitudes. La solicitud de aprobación de medidas provisionales señaladas en las letras c), d) y e) del artículo 48 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente; las suspensiones señaladas en las letras g) y h) del artículo 3° de esa ley, y las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente que apliquen las sanciones establecidas en las letras c) y d) del artículo 38 de la misma ley, elevadas en consulta, deberán remitirse al Tribunal en conformidad a lo dispuesto en dicha ley.

Párrafo 4º
Del procedimiento por daño ambiental

Artículo 33. Inicio del procedimiento. Este procedimiento se iniciará por demanda o por medida prejudicial. En la demanda sólo se podrá pedir la declaración de haberse producido daño ambiental por culpa o dolo del demandado y la condena de éste a repararlo materialmente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la ley N° 19.300. Si la demanda no contiene estas menciones y todas las exigencias del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal ordenará complementarla dentro de quinto día. Si así no aconteciere, se tendrá por no presentada.

Si de los datos aportados en la demanda se desprendiere claramente que la acción se encuentra prescrita, el Tribunal deberá declararlo de oficio y no admitirá a tramitación la demanda.

Si el Tribunal estima que es incompetente para conocer de la demanda deberá declararlo de oficio y señalará en la misma resolución el Tribunal que a su juicio es competente.

Declarada admisible la demanda se conferirá traslado a la demandada por el plazo de quince días. Este plazo, que, en su caso, se aumentará en los términos de los artículos 258 y 259 del Código de Procedimiento Civil, no podrá exceder de treinta días.

Artículo 34. Excepciones dilatorias. Las excepciones dilatorias sólo podrán oponerse como cuestiones principales en el mismo escrito de contestación y se tramitarán conjuntamente con la demanda, sin suspender el procedimiento. No obstante, si se hubiere deducido la excepción de incompetencia, el Tribunal podrá decretar la suspensión del procedimiento y sustanciar y tramitar previamente dicha excepción. En este caso el Tribunal dará traslado al demandante por un plazo de cinco días para que haga valer sus alegaciones.

Artículo 35. De la prueba. El Tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica; al hacerlo deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud le asigne valor o la desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador.

Serán admisibles todos los medios de prueba obtenidos por medios lícitos y que sean aptos para producir fe. El Tribunal podrá reducir el número de pruebas de cada parte si estima que son manifiestamente reiteradas y podrá decretar, en cualquier estado de la causa, cuando resulte indispensable para aclarar hechos que aún parezcan oscuros y dudosos, la práctica de las diligencias probatorias que estime convenientes. No habrá testigos ni peritos inhábiles, lo que no obsta al derecho de cada parte de exponer las razones por las que, a su juicio, la respectiva declaración no debe merecer fe.

En ningún caso se podrá rendir pruebas ante un tribunal distinto que el Tribunal Ambiental.

Artículo 36. Recepción de la causa a prueba e impugnación. Contestada la demanda o vencido el plazo para cumplir con este trámite, el Tribunal recibirá la causa a prueba, si lo estima procedente. En contra de esta resolución podrá interponerse el recurso de reposición dentro de tercero día y, subsidiariamente, el recurso de apelación, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 26 de esta ley.

Si no recibe la causa a prueba convocará a una audiencia, para una fecha no superior a treinta días, y en ella propondrá a las partes bases para conciliación, si ésta es pertinente. Si no lo fuere o no se llegare a acuerdo por las partes en esa misma audiencia, el Tribunal fijará un término con el fin de que cada una formule sus alegaciones orales. A continuación el Tribunal citará a las partes para oír sentencia, la que deberá dictarse en un lapso no superior a treinta días, salvo que, de conformidad con el artículo 42, se hubiese solicitado informe pericial y el plazo para evacuarlo se encuentre pendiente, caso en el cual se procederá según

lo dispuesto en dicho artículo. Este plazo podrá ampliarse hasta por cinco días, por razones fundadas, y si vencido este aumento el fallo no se dictare, los ministros incurrirán en grave incumplimiento de sus deberes.

Artículo 37. Audiencia. Notificada la resolución que recibe la causa a prueba o la que se pronuncia sobre la reposición, si alguna se hubiere interpuesto en su contra, el Tribunal convocará a una audiencia para no antes de veinte ni después de treinta días. Esta resolución se notificará por el estado diario y, si procediere, por correo electrónico. La fecha de la notificación será la de la publicación de la resolución en el estado diario.

Artículo 38. Conciliación y alegaciones. En la audiencia, si es procedente, el Tribunal propondrá bases para la conciliación. Si ésta no se produce se recibirá la prueba de las partes, comenzando con la del demandante. Concluida la prueba cada parte tendrá un lapso de treinta minutos para formular sus alegaciones finales. Esta audiencia no podrá suspenderse por acuerdo de las partes y continuará, ininterrumpidamente, durante los días hábiles siguientes, si en el primero o en uno posterior no se alcanzare a recibir toda la prueba o las alegaciones finales de las partes. Sin perjuicio de lo anterior, si el Tribunal lo estima pertinente para su mejor funcionamiento, podrá fijar una nueva fecha para proseguir la audiencia.

Artículo 39. Prueba documental. La prueba documental podrá presentarse hasta cinco días antes de la celebración de la audiencia.

Artículo 40. Prueba testimonial. Dentro de quinto día de notificada la resolución que recibe la causa a prueba, la parte que desee rendir prueba testimonial presentará una lista con la individualización de sus testigos y la indicación precisa de los hechos acerca de los cuales versará la declaración. Por cada hecho consignado en el auto de prueba las partes podrán pedir la declaración de hasta un testigo experto y dos testigos que no reúnan dicha calidad.

Excepcionalmente y por motivos calificados, de los que se dejará constancia, el Tribunal podrá aumentar tales números. No se recibirá la declaración de quienes no aparezcan en dicha lista, a menos que, de modo excepcional y por concurrir circunstancias calificadas, el Tribunal autorice la declaración de un testigo no mencionado en ella.

La parte que presente testigos expertos señalará, además, las circunstancias que acrediten la idoneidad de ellos. Sin perjuicio de prestar su declaración en la audiencia, el testigo podrá consignar su opinión en un informe escrito que la parte respectiva deberá acompañar hasta cuarenta y ocho horas antes del inicio de la audiencia.

Artículo 41. Oportunidad para pedir la declaración y efectos de la misma. La declaración de la parte contraria la debe pedir el interesado en su demanda o contestación, según corresponda. Ella tendrá lugar en la audiencia indicada en el artículo 37, sobre la base de las preguntas formuladas oralmente por quien pidió la diligencia, las que se referirán a los hechos y circunstancias del proceso. En caso de oposición, resolverá el Tribunal. Si quien debe contestar no comparece se tendrán por reconocidos los hechos que se le atribuyeren en la demanda o en la contestación, según corresponda. Si quien debe responder se niega a hacerlo se tendrá por reconocido el hecho, si la pregunta ha sido formulada de manera asertiva.

Contestada cada pregunta los abogados de las partes podrán pedir las aclaraciones que estimen necesarias.

Concluida la audiencia el tribunal citará a las partes a oír sentencia.

Artículo 42. Informe pericial. Citadas las partes a oír sentencia cualquiera de ellas podrá solicitar al Tribunal que disponga la práctica de un peritaje. El Tribunal podrá decretar la realización del mismo, pudiendo designar para ese efecto a una o más personas

naturales, a Facultades, Institutos o Unidades de Universidades reconocidas por el Estado o a organismos públicos especializados. El reconocimiento de los objetos de la pericia será facultativo y la aceptación y juramento, en el caso de las personas jurídicas, corresponderá a la persona natural que deba emitir el informe o dirigir a quienes lo hagan. La pericia debe evacuarse en el término de quince días y el perito acompañará su informe al tribunal con copias para las partes. Si dentro de este lapso no se acompaña el informe, el Tribunal prescindirá de él y dictará sentencia en un plazo no superior a treinta días.

Esta prueba la puede también decretar el Tribunal en cualquier estado del proceso y, en ese evento, se aplicarán las reglas precedentes.

Los honorarios y demás gastos derivados de la intervención de los peritos mencionados en este artículo corresponderán a la parte que los presente.

Excepcionalmente, el Tribunal podrá eximir a la parte, total o parcialmente, del pago del honorario del perito cuando considere que ella no cuenta con medios suficientes para solventarlo. En este caso, el Tribunal regulará prudencialmente la remuneración del perito, teniendo presente los honorarios habituales de la plaza y el porcentaje de la remuneración que no fuere pagada por el solicitante. La cantidad asumida por el Tribunal será de cargo fiscal. Para lo anterior, el Tribunal requerirá contar con disponibilidad presupuestaria para dichos fines.

Podrá el tribunal condenar al pago de las costas a la parte contra quien se dicte la sentencia como responsable del daño ambiental.

Cada una de las partes podrá designar un perito adjunto, que podrá estar presente en todas las fases del estudio y análisis que sirvan de base a la pericia.

De las observaciones del perito adjunto deberá darse cuenta en el informe definitivo. El costo que represente la labor de estos peritos deberá ser asumido por la parte que lo designe.

Artículo 43. Medidas para mejor resolver. El Tribunal podrá, de oficio y sólo dentro del plazo que tiene para dictar sentencia, decretar medidas para mejor resolver. La resolución que las ordene deberá ser notificada a las partes.

Estas medidas deberán cumplirse dentro del plazo de quince días, contado desde la fecha de la notificación de la resolución que las disponga. Vencido este término las medidas no cumplidas se tendrán por no decretadas.

Artículo 44. Indemnidad de la reparación del daño ambiental. La acción de reparación ambiental no podrá ser objeto de transacción o cualquier otro tipo de acuerdo que exima al autor de implementar medidas de reparación ambiental del daño causado.

Párrafo Final

Artículo 45. Ejecución de las resoluciones. Para hacer ejecutar sus resoluciones el Tribunal podrá impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción que fueran legalmente procedentes.

Artículo 46. Indemnización de perjuicios. Será competente para conocer de la acción de indemnización de perjuicios por la producción de daño ambiental establecida en la sentencia del Tribunal Ambiental, el juzgado de letras en lo civil con competencia en el lugar donde se produjo el daño.

Esta acción por los perjuicios derivados del daño ambiental se tramitará de acuerdo al siguiente procedimiento:

1º Deducida la demanda, citará el tribunal a la audiencia de contestación, conciliación y prueba del quinto día hábil después de la última notificación, ampliándose este plazo si el demandado es notificado en un lugar distinto a aquel en que se sigue el proceso, con el aumento que concede el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil;

2° La audiencia se celebrará con la parte que asista y a ella deberán concurrir las partes con todos sus medios de prueba, la que versará sobre la existencia, naturaleza y monto de los perjuicios, sobre la relación causal entre los perjuicios y el daño ambiental establecido por el Tribunal Ambiental y sobre las otras defensas que el demandado pudiere alegar, con exclusión de aquellas vinculadas a la inexistencia de un ilícito o de culpabilidad, que se considerarán hechos establecidos por la sentencia del Tribunal Ambiental;

3° Todos los incidentes deberán promoverse en la audiencia y se resolverán en la sentencia definitiva, a menos que se trate de excepciones o defectos de procedimiento que impidan entrar a resolver sobre el fondo, los que serán resueltos en la audiencia y, de ser posible, subsanados en ella a efectos de dar curso progresivo. El traslado que pueda recaer sobre los incidentes se deberá evacuar en dicha audiencia;

4° Si el juez lo estima conveniente o alguna de las partes lo solicita para acreditar los hechos pertinentes, oirá el informe de un perito, nombrado en la misma audiencia por los interesados y, a falta de acuerdo, por él. El juez fijará un plazo al perito para que presente su informe, que no podrá exceder de 30 días desde que éste cuente con los antecedentes requeridos para evacuar su informe, los que identificará en el acto de su aceptación o dentro de los tres días siguientes a efectos de que el juez disponga lo conveniente para recabarlos. Dicho plazo podrá ser ampliado por una sola vez por un máximo de 15 días;

5° La sentencia definitiva de primera instancia se dictará dentro de quinto día contado desde la fecha de la audiencia, o de la presentación del informe, en su caso;

6° Dicha sentencia es apelable en el solo efecto devolutivo. Las demás resoluciones son inapelables;

7° La apelación gozará de preferencia para su vista y fallo, y

8° Contra la sentencia definitiva de la Corte de Apelaciones, no procederá recurso alguno.

El tribunal civil competente, al resolver sobre la indemnización de perjuicios se basará en el daño ambiental y la relación causal entre éste y la acción del ofensor establecidas por el Tribunal Ambiental.

La acción de indemnización de perjuicios prescribirá de conformidad a lo dispuesto en el artículo 63 de la ley N° 19.300. Sin perjuicio de lo anterior, la señalada prescripción se suspenderá desde la notificación de la acción de reparación por daño ambiental hasta que se encuentre firme o ejecutoriada la sentencia que ponga término al respectivo proceso o haga imposible su continuación.

Artículo 47. Normas supletorias. A los procedimientos establecidos en esta ley se les aplicarán supletoriamente las disposiciones contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil.

Artículo 48. Contendas de competencia entre órganos administrativos. Las contendas de competencia que se susciten entre el Ministerio del Medio Ambiente; el Servicio de Evaluación Ambiental o la Superintendencia del Medio Ambiente y un Gobierno Regional o una Municipalidad se decidirán de común acuerdo entre los órganos concernidos. Si éste no se produce, resolverá la Contraloría General de la República.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Artículo primero. El Segundo Tribunal Ambiental deberá entrar en funcionamiento dentro del plazo de seis meses contado desde la publicación de esta ley.

Para estos efectos los concursos para el nombramiento de los Ministros de dicho Tribunal deberán realizarse dentro del plazo de dos meses contado desde la publicación de esta ley, en la forma dispuesta en el artículo 2°.

Artículo segundo. La instalación del Primer Tribunal Ambiental y del Tercer Tribunal Ambiental se efectuará en el plazo de doce meses contado desde la publicación de esta ley.

Para estos efectos los concursos para el nombramiento de los ministros de dichos tribunales deberán realizarse dentro del plazo de dos meses contado desde la publicación de esta ley, en la forma dispuesta en el artículo 2º.

Artículo tercero. En el plazo que medie entre la entrada en funcionamiento del Segundo Tribunal Ambiental y la instalación del Primer y Tercer Tribunal Ambiental la competencia quedará radicada en el Segundo Tribunal Ambiental.

Las competencias del Primer y Tercer Tribunal Ambiental se radicarán en cada uno de ellos al momento de su respectiva instalación, conforme a lo dispuesto por el artículo 17.

No obstante lo anterior, las causas cuya tramitación se hubiere iniciado en el Segundo Tribunal Ambiental continuarán siendo conocidas en el mismo hasta su término.

Artículo cuarto. El nombramiento de los primeros integrantes de los Tribunales Ambientales se efectuará conforme a las siguientes reglas:

1.- Un ministro titular abogado lo será por dos años y el otro por seis; el ministro titular licenciado en ciencias será nombrado por cuatro años.

2.- Entre los ministros abogados la determinación de quién asumirá el período de dos o seis años se efectuará por sorteo.

3.- Tratándose de los ministros suplentes, el abogado será nombrado por cuatro años y el licenciado en ciencias lo será por seis años.

Artículo quinto. La incompatibilidad establecida en el inciso primero del artículo 3º de esta ley regirá también respecto de quienes se hayan desempeñado como director ejecutivo o directores regionales de la Comisión Nacional de Medio Ambiente.

Artículo sexto. Sustitúyese, en el artículo noveno transitorio de la ley Nº20.417, la locución "Tribunal Ambiental" por "Segundo Tribunal Ambiental".

Artículo séptimo. El gasto que represente la aplicación de esta ley durante el primer año de su vigencia se financiará con cargo a la partida presupuestaria del Tesoro Público.

Habiéndose cumplido con lo establecido en el Nº 1º del artículo 93 de la Constitución Política de la República y por cuanto he tenido a bien aprobarlo y sancionarlo; por tanto, promúlguese y llévese a efecto como Ley de la República.

Santiago, 18 de junio de 2012.- RODRIGO HINZPETER KIRBERG, Vicepresidente de la República.- María Ignacia Benítez Pereira, Ministra del Medio Ambiente.- Julio Dittborn Cordua, Ministro de Hacienda (S).- Cristián Larroulet Vignau, Ministro Secretario General de la Presidencia.- Teodoro Ribera Neumann, Ministro de Justicia.

Lo que transcribo a Ud. para su conocimiento.- Saluda atte. a Ud., Ricardo Irarrázabal Sánchez, Subsecretario del Medio Ambiente.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental. (Boletín Nº 6747-12).

La Secretaria del Tribunal Constitucional, quien suscribe, certifica que el Senado de la República envió el proyecto enunciado en el rubro, aprobado por el Congreso Nacional, a fin de que este Tribunal ejerciera el control de constitucionalidad respecto de las normas que regulan materias propias de ley orgánica constitucional que aquel contiene, y que por sentencia de 17 de mayo de 2012 en los autos Rol Nº 2.180-12-CPR.

Se resuelve:

1º. Que este Tribunal Constitucional no emite pronunciamiento, en examen preventivo de constitucionalidad, respecto de las disposiciones contenidas en los artículos 2º, inciso sexto;

8º; 11, incisos cuarto, hasta el punto seguido, y quinto a octavo; 13; 14, con excepción de su inciso segundo; 15; 16; 18; 19; 20; 21; 22; 23; 24; 25; 26, incisos segundo, quinto, sexto y séptimo; 27, con excepción de su parte final en cuanto alude a la apelación subsidiaria; 29; 30; 31; 32; 33; 34; 35; 36, con excepción de la parte en que alude a la apelación subsidiaria; 37; 38; 39; 40; 41; 42; 43; 44; 46, con excepción de sus incisos primero y segundo, en sus números 6º y 8º, y 47, y en los artículos sexto y séptimo transitorios del proyecto de ley remitido, en razón de que dichos preceptos no son propios de ley orgánica constitucional.

2º. Que las disposiciones contenidas en los artículos 1º, con excepción de su parte final en cuanto alude a los demás asuntos que la ley somete a conocimiento de los tribunales ambientales; 2º, con excepción de la letra a) de su inciso tercero y de su inciso sexto; de la frase “mediante resolución fundada”, contenida en su inciso cuarto, y de su inciso sexto; 3º; 4º; 5º; 6º; 7º; 9º; 10; 11, con excepción de sus incisos cuarto, hasta el punto seguido, y quinto a octavo; 12; 14, inciso segundo; 17, con excepción de su Nº 9º; 26, incisos primero, tercero y cuarto; 27, en su parte final en cuanto alude a la apelación subsidiaria; 28; 36, en la parte en que alude a la apelación subsidiaria; 45; 46, incisos primero y segundo, en sus números 6º y 8º, y 48, y en los artículos primero, segundo, tercero, cuarto y quinto transitorios del proyecto de ley remitido, son constitucionales.

3º. Que las disposiciones contenidas en los artículos 1º, en su parte final, en cuanto alude a los demás asuntos que la ley somete a conocimiento de los tribunales ambientales, y 17, Nº 9, del proyecto de ley remitido, son constitucionales, en el entendido de que la referencia a “la ley” o a “las leyes”, utilizada en las mismas disposiciones, debe entenderse efectuada siempre a una ley orgánica constitucional.

4º. Que las disposiciones contenidas en la primera parte de la letra a) del inciso tercero del artículo 2º, son constitucionales, en el entendido de que la Corte Suprema, al dar el primer impulso al proceso de nombramiento de los jueces de los Tribunales Ambientales, puede señalar a dicho órgano cuáles son aquellos perfiles específicos de aptitudes, habilidades y destrezas que, a su juicio, debieran tener los candidatos que postulen por el sistema de Alta Dirección Pública para que puedan desempeñar adecuadamente el o los cargos de jueces ambientales.

5º. Que las disposiciones contenidas en la parte final de la letra a) del inciso tercero del artículo 2º, y la frase “mediante resolución fundada”, contenida en el inciso cuarto del mismo artículo 2º del proyecto de ley remitido, son inconstitucionales y, en consecuencia, deben eliminarse de su texto.

Santiago, 17 de mayo de 2012.- Marta de la Fuente Olguín, Secretaria.

LETELIER, RAÚL (Coord.):
LA FALTA DE SERVICIO
AbeledoPerrot-Thomson Reuters, Universidad Alberto Hurtado,
Santiago, 2012, 456 pp.

Uno de los objetivos principales de las recensiones de libros es dar noticia a la comunidad jurídica de la aparición de una nueva obra, la que se presenta normalmente con un análisis crítico que permita al lector hacerse una idea de lo que encontrará en el texto comentado. En este caso, esta buena nueva debiera tener un especial sabor: por un lado, porque constituye una obra que hace un esfuerzo notable por abordar el tema de la responsabilidad patrimonial o extracontractual del Estado en términos actuales y depurados; por otro, porque constituye una obra colectiva, que reúne a la mayor parte de los especialistas en Derecho Administrativo de nuestro medio, dando una visión fresca a esta temática, superando las viejas y añejas discusiones que centraron el debate en esta materia las tres décadas precedentes.

Partamos por esto último. Este libro, como lo indica el coordinador del texto, profesor Raúl Letelier W., en su Introducción, es el fruto de un seminario realizado en la Universidad Alberto Hurtado a fines del año 2010. En esa oportunidad, convocados por el profesor Letelier, y en el marco de un proyecto FONDECYT que él dirigía, nos reunimos un grupo de profesores chilenos, más algunos invitados extranjeros, a reflexionar y debatir sobre algunos problemas que presentaba nuestro sistema de responsabilidad del Estado, a partir de la premisa que dicho sistema se construía de modo general sobre el criterio de imputación de “la falta de servicio”.

La circunstancia antes apuntada es muy relevante, ya que el seminario no pretendía discutir nuevamente sobre si el sistema de responsabilidad del Estado en nuestro país

es objetivo o subjetivo, discusión que el coordinador del texto la da por zanjada en su introducción, sino que plantearnos algunas cuestiones, peculiaridades y dificultades a que da lugar este criterio de imputación en nuestro derecho. Es cierto que ello podría ser considerado una exclusión arbitraria de una posición doctrinal que cuenta con gran aceptación todavía en algunas universidades y en un sector muy reducido de la judicatura. Pero ello en esta oportunidad es un gran mérito, ya que permite que los expositores no concentren sus energías en un tema ya muy manido, que desde luego la mayoría de la doctrina nacional y la jurisprudencia uniforme de la Corte Suprema ya ha resuelto desde hace más de una década.

En este contexto, y refiriéndome a la primera cuestión planteada inicialmente, esta obra aborda con gran acierto las principales cuestiones relacionadas con la responsabilidad del Estado por “falta de servicio”, tratando de dar un contenido específico a esta cláusula legal, que nuestro legislador utiliza como criterio general de imputación en varios cuerpos normativos, y que la jurisprudencia trata de llenar de contenido siguiendo indisimuladamente los caminos trazados por el Consejo de Estado francés. Así, el libro, con una sistemática muy elogiada, parte analizando los orígenes de la noción de “falta de servicio” en el derecho francés (José Miguel Valdivia), para luego abordar su recepción en el derecho nacional (Urbano Marín) y principalmente en la jurisprudencia de la Corte Suprema (Luis Cordero). Aquí el texto realiza un interesante contrapunto con el sistema de responsabilidad del Estado en el derecho italiano, el que bajo el

concepto de la “culpa” construye el principal título de imputación.

En la segunda parte, la obra en comento analiza la “falta de servicio” en ciertos ámbitos materiales específicos en el derecho nacional y comparado. Así se analiza la falta de servicio en materia de la responsabilidad sanitaria (Fabián Huepe), en la actuación de las Fuerzas Armadas y de Orden (Alicia de la Cruz), en materia ambiental (Jorge Bermúdez), en los procedimientos competitivos (Silvia Diez), en el sector urbanístico (Enrique Rajevic), en la actividad administrativa formal (Juan Carlos Ferrada) y, en fin, en las situaciones de catástrofes (Raúl Letelier). Como se puede observar, la pluralidad de ámbitos en los que se pone a prueba la “falta de servicio” como criterio de imputación de la responsabilidad estatal es muy amplio, lo que transforma la obra en el texto más completo publicado en Chile sobre esta materia.

Finalmente, en la parte tercera, el texto contiene unos análisis más reflexivos sobre la responsabilidad estatal, cuestionándose el

modelo seguido en nuestro derecho (Santiago Montt), estudiando éste desde la perspectiva del análisis económico del derecho (Gabriel Doménech) y analizando la culpa en el derecho de daños (Luis Medina).

La riqueza del texto está a la vista. Es una obra que satisface plenamente la invitación que hace su título en la portada, conteniendo el análisis más completo y sistemático de la responsabilidad del Estado en nuestro medio, adecuando el análisis doctrinal al desarrollo de la jurisprudencia actual de la Corte Suprema. Desde luego la jurisprudencia sigue avanzando desde el año 2010 a la fecha, profundizando algunos conceptos que se veían en forma incipiente en esa época, pero ello lejos de disminuir el valor de esta obra la afianza, comprometiendo a nuestra comunidad a una nueva reflexión sobre esta materia.

JUAN CARLOS FERRADA BÓRQUEZ
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Valparaíso

MAETZ, OLIVIER:
LES DROITS FONDAMENTAUX DES PERSONNES PUBLIQUES
Fondation Varenne. Clermont-Ferrand, 2011, 417 pp.

Indisociable del pensamiento jurídico contemporáneo, la noción de derechos fundamentales ha sido objeto de múltiples estudios de las más diversas finalidades, perspectivas y calidades. En efecto, pese a la diversidad de las terminologías empleadas –derechos del hombre, derechos humanos, libertades públicas, y muchas más–, resulta indiscutible el acisolamiento de la teoría de los derechos subjetivos en torno a ciertas categorías básicas que constituirían *fundamentalmente* un régimen jurídico.

La noción de los derechos fundamentales parece ligarse intuitivamente a las personas naturales; ha de recordarse, en este sentido, que el título de la célebre Declaración francesa de 1789 era *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*. Así, la sola denominación de la categoría especificaba con claridad quién era el titular del derecho: el hombre y el ciudadano. Es decir, personas *naturales*; y, por lo mismo, se entendía –según su artículo 2º– que “la finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles *del hombre*”.

El transcurso del tiempo haría que, por una de aquellas aparentemente candorosas mutaciones lingüísticas que han engalanado la historia de nuestra disciplina, la noción de derechos *del hombre* deviniese la de derechos *fundamentales*. Resulta evidente un cambio de eje; si antes el énfasis era colocado sobre el *sujeto* titular, ahora pasaba a residir en el mismo *objeto* del que se hablaba.

El libro de cuya reseña se trata está inscrito en un punto crucial en el análisis de esta evolución. *Los derechos fundamentales de las personas jurídicas de derecho público*, de Olivier Maetz, fundado en su tesis doctoral (Estrasbur-

go, Francia, 2010), refleja hasta cierto punto la importancia de un desplazamiento terminológico cuyas consecuencias conceptuales pueden ser radicales. En efecto, es justamente el carácter subjetivamente *indiferente* de la expresión “derechos fundamentales” el que permite un discurso sobre la institución en torno a su atribución a personas jurídicas de derecho público. Un derecho “del hombre” no hubiera sido atribuible a tales entidades, salvo que se hubiese invocado una ficción decididamente perturbadora del lenguaje.

Se trata de una obra dotada de una notable claridad, tanto en el estilo como en el razonamiento, con profundidad suficiente para explorar las líneas principales de este tema sin entrar a analizar en profundidad sus fundamentos históricos o filosófico-jurídicos. Para esto último habrá de consultarse otras obras; pero quepa la prevención de que más de alguna enseñanza se filtra en este sentido, pues un tema transversal como este recoge influencias y arroja esquirlas desde y hacia los más remotos rincones de nuestros ordenamientos.

La obra está dividida en dos partes complementarias: el reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas de derecho público (pp. 23-202) y la protección de los derechos fundamentales de las personas jurídicas de derecho público (pp. 203-360), siendo, como es evidente, la primera el presupuesto indispensable de la segunda.

En la primera parte –que es la que más interés guarda para los lectores chilenos– el autor expone de qué forma la noción de derechos fundamentales es susceptible de una apertura a las personas jurídicas de derecho público, y con qué consecuencias específicas. El cimiento de la atribución de estos derechos

es, según el autor, la personalidad jurídica. Esta declaración, poco sorprendente pues se sujeta al marco principalmente positivista seguido por el autor, resulta matizada de modo muy adecuado por una serie de observaciones ajustadísimas a la realidad del derecho público, y que deja de manifiesto la claridad de los objetivos planteados. Por una parte, O. Maetz está plenamente consciente de que la actividad de las personas jurídicas de derecho público se ejercen “no en el campo infinito de la libertad, sino que [en el] finalizado de la competencia” (p. 25); por otra, sostiene con claridad que “la personalidad pública es el respaldo *de* [derechos fundamentales] y no *de los* derechos fundamentales” (p. 26). En otros términos, el autor, *desde el inicio de sus explicaciones*, asume que las personas jurídicas de derecho público están sujetas a una *carga ontológica* que no permitirá un transplante sin más ni más de la categoría de los derechos fundamentales tal como es entendida respecto de las personas naturales.

Despejada la base anterior, el autor se aboca a examinar un problema de peso dentro del funcionamiento del Estado como conjunto de personalidades jurídicas: la forma en que ellas podrían coexistir como titulares de derechos fundamentales, los que podrían ser opuestos por una entidad de naturaleza estatal contra otra u otras (pp. 48-60).

En este sentido, cabe preguntarse cómo es que las diversas entidades estatales podrían tener posiciones diversas —que pueden llegar a litigios— si es que todas persiguen el interés general (que es la finalidad que se le reconoce al Estado y a la Administración en Francia; en Chile hablaríamos del bien común). En efecto, la invocación contenciosa de los “derechos fundamentales” resulta más fácil de concebir al existir al menos un particular en la relación (sea ella de derecho privado, particular-particular, o de derecho público, particular-Estado), pues siempre habrá un interés particular comprometido, evitándose una coincidencia o superposición. Por el

contrario, tratándose de una relación Estado-Estado, se genera una aparente contradicción, que el autor resuelve resumidamente en los siguientes términos: “ciertamente competentes para perseguir misiones de interés general, las personas jurídicas de derecho público son igualmente reconocidas por el orden jurídico en tanto que sujetos de derecho, jurídicamente libres para defender intereses públicos particulares” (p. 75).

El enmarañamiento de la cuestión es indiscutible, porque entendiéndose la distinción entre interés general e interés público particular, la manera de resolver el problema dependerá no de la *existencia* de la relación —que aparece de suyo— sino que de la *naturaleza* de la relación, asumiendo que dichos intereses no pueden ser contrapuestos, sino que complementarios. Pero las formas de construir dicha complementariedad pueden ser múltiples, y de ellas dependerá el mayor o menor centralismo existente en la Administración (desde el punto de vista de la ciencia administrativa) y la forma de concebir los contenciosos interadministrativos (que es el tema jurídico relacionado con los derechos fundamentales). En nuestro país, la relación se daría entre el bien común, reconocido como finalidad a nivel constitucional (art. 1º inciso 4º) y las finalidades específicas, detalladas a través de las *funciones* que desempeñan los órganos u organismos correspondientes.

En seguida, el autor especifica de qué forma los derechos fundamentales pueden dar lugar a una protección de las personas jurídicas de derecho público (pp. 77-112). En esta sección resulta particularmente interesante el análisis de las distintas posibilidades de invocación de derechos fundamentales, tanto por el Estado-Fisco (*État*) como contra el Estado-Fisco (pp. 93-100), concluyéndose que lo que se ha observado en Francia es la invocación de derechos fundamentales por parte de personas jurídicas públicas *secundarias* contra el Estado-Fisco, y no al revés, al menos en derecho in-

terno. Pero sí cabría una titularidad activa del Estado-Fisco relativa a los contenciosos de nivel europeo ante los jueces comunitarios.

De especial interés resulta la exposición sobre el catálogo de derechos fundamentales invocables por las personas jurídicas de derecho público (pp. 115-199). Nuevamente, quien pretendiera extrapolarles irrestrictamente el uso y práctica constatados respecto de las personas naturales se daría de bruces con la realidad: así, se excluye la posibilidad de aplicarles el principio del respeto de la persona humana (pp. 120-122), o la libertad ambulatoria (pp. 122-123). Por el contrario, sí se aplican el honor (pp. 123-124), el nombre (p. 125), la libertad de asociación, con especificidades propias (pp. 128-131), la libre administración, principio de gran relieve en la organización administrativa francesa (pp. 133-145), la propiedad (pp. 146-155), y la libertad contractual (pp. 156-164), que el autor cuida de distinguir de la libertad empresarial, la que “no les es reconocida a las personas de derecho público” (p. 164). Luego trata de los llamados “derechos-garantías”, es decir, los derechos fundamentales de procedimiento y la categoría de la igualdad (pp. 169-197).

En este sentido, es importante ver de qué forma los conceptos más abstractos parecen tener una mayor resistencia a la asimilación. Así, con dificultad se puede ligar la libertad al funcionamiento de las personas de derecho público, dada la importancia de la juridicidad; de hecho, el propio autor la enlaza en otro momento con el concepto de la discrecionalidad (p. 69). Pero la discrecionalidad no es la libertad a secas; estas personas jurídicas están sometidas a sus competencias y a sus funciones: nos parece, por lo tanto, que su “libertad” consiste más bien en un *rango de flexibilidad en el ejercicio de atribuciones preestablecidas*.

Similares prevenciones pueden anticiparse respecto de la igualdad. ¿Cómo podría defenderse una supuesta igualdad de las personas de derecho público, si sus funciones y atribuciones

son específicas? ¿Si, en jerga francesa, el interés general debe prevalecer sobre los intereses públicos específicos, o al menos éstos adecuarse a él? Estas dificultades aparecen de la sola lectura de la obra: si bien en el acápite se habla de “un derecho a la no discriminación” entre las personas jurídicas públicas (p. 189), el autor no puede sino objetar no la “no discriminación”, sino que la “discriminación arbitraria” (p. 190). A nuestro juicio, la realidad de los vínculos jurídicos existentes al interior del Estado se vería desfigurada con una invocación simplista de la igualdad entre las personas jurídicas de derecho público, si hemos de tener en cuenta su sistema de supremacías y subordinaciones, de obediencias y finalidades, de prevalencias normativas, de centralizaciones y descentralizaciones, de funcionalidades y territorialidades, de relaciones internas y externas, y tantas otras distinciones y subdistinciones que probablemente harían que la insurgente realidad se rebelara dichosa en contra de una igualdad que no la reflejara adecuadamente. Que haya igualdades, sí, y habrá que discernirlas criteriosamente; pero no parece razonable *la* igualdad a rajatabla en el seno de la Administración del Estado.

En síntesis, del catastro de derechos fundamentales logrado magníficamente por O. Maetz se desprende que no todas las personas, naturales o jurídicas, de derecho privado o de derecho público, gozan de todos los derechos fundamentales. Si quisiera hacerse una paráfrasis literaria, podría sostenerse que “todos los derechos fundamentales son fundamentales, pero algunos son más fundamentales que otros” (e incluso algún crítico más ácido podría argüir, sobre la base de lo anterior, que no todos los derechos fundamentales son fundamentales).

La segunda parte del libro guarda menor interés para los lectores nacionales, salvo que desearan efectuar un análisis comparativo de la protección de los derechos fundamentales de las personas jurídicas de derecho público. En su primer título (pp. 207-279) se analiza la relación entre mecanismos impugnatorios de

base y estos derechos, a través del estudio del *excès de pouvoir*, el control de constitucionalidad de las leyes, el *référé-liberté*, la vía de hecho, y los procedimientos comunitarios y europeos. Sí podría interesar más a los especialistas el título segundo (pp. 281-358), por cuanto allí se analiza la lógica judicial de protección en este ámbito, girando en torno al concepto de *ingerencia*. En particular, pueden ser de provecho las páginas consagradas al principio de proporcionalidad (pp. 323-339).

Se trata, en suma, de un libro muy destacable, a la vez síntesis del estado de la cuestión en Francia y anuncio de perspectivas y desarrollo de la institución. La apertura de la noción de

los derechos fundamentales a un área menos habitual, como ésta, puede resultar beneficiosa si se efectúa en aras de la paz y de la justicia; pero requerirá siempre de un resguardo de los equilibrios, que frecuentemente se han visto sobrepasados, tanto en la teoría como en la práctica. Será interesante constatar en los años venideros de qué forma los franceses plasmarán —o modificarán— las tendencias observadas en esta muy meritoria obra.

GABRIEL BOCKSANG HOLA
Profesor de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica de Chile
gbocksan@uc.cl

LIBROS DE DERECHO
ADMINISTRATIVO EDITADOS EN CHILE
(2012/1)*

- CANNONI MANDUJANO, Leslie y CORVALÁN DURÁN, Pablo (abril 2012): *Responsabilidad del Estado Legislador* (Santiago, AbeledoPerrot) 344 pp.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (mayo 2012): *Manual práctico de Jurisprudencia Administrativa* (Santiago, Contraloría General de la República) 896 pp.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (mayo 2012): *Compendio de normas urbanísticas y de la construcción* (Santiago, AbeledoPerrot-Thomson Reuters) 936 pp.
- CORDERO VEGA, Luis (junio de 2012): *Anuario de Derecho Público Económico* (Santiago, Thomson Reuters) 860 pp.
- CORDERO VEGA, Luis [Coordinador] (abril 2012): *Derecho Público Económico. Tratado de jurisprudencia y doctrina*, 2 tomos, (Santiago, PuntoLex) 1550 pp.
- FERNÁNDEZ RICHARD, José y HOLMES SALVO, Felipe (abril 2012): *Derecho Urbanístico Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 392 pp.
- LIRA OVALLE, Samuel (junio 2012): *Curso de Derecho de Minería* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 382 pp.
- OSSA BULNES, Juan Luis (marzo 2012): *Tratado de Derecho de Minería*, 2 tomos (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 862 pp.
- PANTOJA BAUZÁ, Rolando (febrero 2012): *Estatuto Administrativo Interpretado*, 2 tomos (Santiago, AbeledoPerrot-Thomson Reuters) 1219 pp.
- TOBAR LEIVA, Manuel (marzo 2012): *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho y Administración Regional* (Santiago, Abeledo Perrot) 736 pp.
- TOBAR LEIVA, Manuel (marzo 2012): *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II* (Santiago, AbeledoPerrot) 714 pp.
- VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael (abril 2012): *Derecho Ambiental, presente y pasado* (Santiago, Editorial Jurídica del Chile) 448 pp.

* Los trabajos contenidos en los volúmenes colectivos se ofrecen en la sección “El Derecho Administrativo en Revistas y obras colectáneas chilenas”, de esta Revista. Sección a cargo de Rosa Gómez González y Valeria Moya Aquije, Programa de Derecho Administrativo Económico (PDAE), Pontificia Universidad Católica de Chile.

EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN REVISTAS Y OBRAS COLECTÁNEAS CHILENAS^{1*} (2012/1)

- AGOSTINI, Claudio y JIMÉNEZ, Johanna (2012): “La incidencia distributiva del impuesto a las gasolinas en Chile”, en *Estudios Públicos*, N° 125, Centro de Estudios Públicos, pp. 53-85.
- ARROYO MATTEUCCI, Marcela (2012): “Innovación, investigación y desarrollo (I + D), y propiedad industrial”, en *Actualidad Jurídica*, N° 25, Universidad del Desarrollo, pp. 469-480.
- AYUSO, Miguel (2012): “Sobre la Ética Pública: una visión problemática”, en *Ius Publicum*, N° 28, Universidad Santo Tomás, pp. 43-54.
- BOCKSANG HOLA, Gabriel (2012): “Las fuentes del Derecho Administrativo chileno antes del Código Civil”, en *Ius Publicum*, N° 28, Universidad Santo Tomás, pp. 89-101.
- BOETTIGER PHILIPPS, Camila (2012): “Del Catastro Público de Aguas: A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional”, en *Actualidad Jurídica*, N° 25, Universidad del Desarrollo, pp. 557-570.
- BORETTO M., Mónica (2012): “Reflexiones sobre el futuro del derecho de autor”, en *Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O’Higgins Ars Boni et Aequi*, N° 1, Universidad Bernardo O’Higgins, pp. 17-38.

¹ Relación ordenada alfabéticamente según el apellido de sus autores, de artículos relativos a Derecho Administrativo, publicados el año 2011, en distintas obras colectáneas o Revistas jurídicas nacionales. Las revistas consultadas para este fin fueron:

- Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo
- Estudios Constitucionales, Universidad de Talca
- Estudios Internacionales, Universidad de Chile
- Estudios Públicos, Centro de Estudios Públicos
- Ius et Praxis, Universidad de Talca
- Ius Publicum, Universidad Santo Tomás
- Jurisprudencia al día, Itma. Corte Suprema
- La Semana Jurídica, LegalPublishing
- Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile
- Revista de Derecho Administrativo (ReDAd)
- Revista de Derecho Ambiental, Justicia Ambiental, Fiscalía del Medio Ambiente FIMA
- Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado
- Revista de Derecho de la Empresa, Universidad Adolfo Ibáñez
- Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile
- Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
- Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte
- Revista de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción
- Revista de Derecho, Universidad de Concepción
- Revista de Derecho Público, Universidad de Chile
- Revista del Abogado, Colegio de Abogados de Chile
- Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O’Higgins Ars Boni et Aequi
- Sentencias Destacadas, Instituto Libertad y Desarrollo

* Sección a cargo de Rosa Gómez González, Valeria Moyano Aquije, Geraldina Martínez, Programa de Derecho Administrativo Económico (PDAE), Pontificia Universidad Católica de Chile.

- CARRASCO QUIROGA, Edesio (2012): "Evaluación ambiental estratégica y procedimiento administrativo: legalidad, supletoriedad y funcionalidad", en *Actualidad Jurídica*, N° 25, Universidad del Desarrollo, pp. 421-438.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl (2012): "Pronunciamiento del tribunal Constitucional en materia de contenido ambiental", en *Actualidad Jurídica*, N° 26, Universidad del Desarrollo, pp. 279-300.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl y FAHRENKRUG, Conrad (2012): "Régimen jurídico de la propiedad intelectual a través de los tratados de libre comercio suscritos por Chile", en *Actualidad Jurídica*, N° 25, Universidad del Desarrollo, pp. 531-553.
- DEL PICÓ RUBIO, Jorge (2012): "Derecho Eclesiástico del Estado. Régimen especial de reconocimiento de la personalidad de derecho público en la Ley N° 19.638", en *Ius et Praxis*, N° 1 año 18, Universidad de Talca, pp. 37-60.
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás (2012): "Ley N° 20.322: avances y desafíos respecto de la inspección y sanción de infracciones administrativas en materia tributaria", en *Actualidad Jurídica*, N° 26, Universidad del Desarrollo, pp. 259-278.
- GOLDENBERG SERRANO, Juan L. (2012): "El problema temporal en el inicio de los procedimientos concursales", en *Ius et Praxis*, N° 1 año 18, Universidad de Talca, pp. 315- 345.
- HUEPE ARTIGAS, Fabián (2012): "¿Es procedente fundar la responsabilidad del Estado en el artículo 2314 del Código Civil respecto de las instituciones excluidas de la falta de servicio?", en *Ius Publicum* N° 28, Universidad Santo Tomás, pp. 121-149.
- JUPPET EWING, María Fernanda (2012): "¿El orden de los factores altera el producto?: Nuevos riesgos de la expropiación en América Latina", en *Actualidad Jurídica*, N° 26, Universidad del Desarrollo, pp. 421-436.
- MORENO, Jorge; MORENO, Rodrigo; RUDNICK, Hugh y MOCARQUER, Sebastián (2012): "Licitaciones para el abastecimiento eléctrico de clientes regulados en Chile: Dificultades y oportunidades", en *Estudios Públicos*, N° 125, Centro de Estudios Públicos, pp. 139-168.
- OSBERG YÁÑEZ, Héctor (2012): "Otra innovación en la protección de los derechos de los consumidores (Sernac Financiero)", en *Actualidad Jurídica*, N° 26, Universidad del Desarrollo, pp. 323-337.
- OCHOA TOBAR, Fernando (2012): "Entre la redención y el castigo. Un análisis a la potestad sancionatoria de la Administración en el marco de nueva institucionalidad ambiental", en *Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins Ars Boni et Aequi*, N° 1, Universidad Bernardo O'Higgins, pp. 105-134.
- OLIVARES GUZMÁN, Isabel (2012): "Los proveedores frente al Estado a la luz de la Ley de Compras Públicas", en *Actualidad Jurídica*, N° 25, Universidad del Desarrollo, pp. 481-487.
- OÑATE VERA, Emilio (2012): "La importancia del control de la Administración del Estado", en *Actualidad Jurídica*, N° 25, Universidad del Desarrollo, pp. 343-358.
- PEÑA NEIRA, Sergio (2012): "La división de poderes y su control por medio de la prensa", en *Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins Ars Boni et Aequi*, N° 1, Universidad Bernardo O'Higgins, pp. 205-214.
- REYES GARCÍA-HUIDOBRO, Juan Pablo (2012): "Espacio costero marino de pueblos originarios y la suspensión de las concesiones marítimas", en *Actualidad Jurídica*, N° 26, Universidad del Desarrollo, pp. 437-442.

- SOTO KLOSS, Eduardo (2012): “¿Es la falta del servicio el régimen francés de la responsabilidad del Estado Administración?”, en *Ius Publicum*, N° 28, Universidad Santo Tomás, pp. 103-120.
- THOMAS, Vicent (autor) y HECKER PADILLA, Carlos (traductor) (2012): “La entrada, contrato de acceso al estadio en el derecho francés”, en *Actualidad Jurídica*, N° 26, Universidad del Desarrollo, pp. 479-493.
- VARELA DEL SOLAR, Jorge (2012): “Evaluación ambiental estratégica: instrumento sustantivo de regionalización”, en *Actualidad Jurídica*, N° 26, Universidad del Desarrollo, pp. 301-305.
- VARELA DEL SOLAR, Jorge (2012): “Fundamentos de la relación entre ambiente y energía. Derecho Ambiental: el factor de equilibrio entre ambos”, en *Actualidad Jurídica*, N° 25, Universidad del Desarrollo, pp. 513-529.
- WINTER DEL RÍO, Federico (2012): “La regulación sectorial de la energía geotérmica en Chile. Problemas y propuestas”, en *Actualidad Jurídica*, N° 25, Universidad del Desarrollo, pp. 315-342.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

I. ENVÍO DE COLABORACIONES

1. TEMAS DE INTERÉS. La *Revista de Derecho Administrativo* publica trabajos de investigación originales e inéditos relacionados con la especialidad dogmática del Derecho Administrativo y todas sus disciplinas conexas. Los interesados pueden enviar: estudios (monografías o artículos doctrinarios), comentarios de jurisprudencia y reseñas o recensiones o reseñas bibliográficas.

2. ENVÍO DE ORIGINALES. Los trabajos se enviarán en lengua castellana, en soporte electrónico, escritos en Microsoft Word o en formato compatible por correo electrónico.

Los estudios y comentarios de jurisprudencia deberán ser escritos a espacio sencillo; su extensión total no deberá superar las 30 páginas tamaño carta, incluidas notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. Incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica y resumen, tanto en castellano como en inglés, de máximo doscientos caracteres y tres a cinco palabras clave, todos también en idioma inglés.

Las demás filiaciones académicas, agradecimientos y dedicatorias, o referencias a proyectos científicos patrocinados institucionalmente, deberán incluirse como nota al pie de página, antes de las notas con numeración correlativa.

La fuente debe ser Garamond, tamaño 13, con uso de caja amplia, sin uso de negritas o subrayados para destacar.

3. COMPROMISO CON EL EDITOR Y COPYRIGHT. El envío de un original supone el compromiso por parte del autor de no someterlo simultáneamente a la consideración de otras publicaciones periódicas, y que el autor o los autores de las colaboraciones ceden a la *Revista* los derechos de reproducción de los textos admitidos.

Los editores decidirán la publicación de los trabajos, requiriendo dos informes de evaluadores anónimos.

II. NORMAS SOBRE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

El autor de un trabajo debe citar sus fuentes de información identificando el autor y fecha de publicación de los libros, revistas, tesis y otros documentos utilizados, mencionando apellido, año de publicación y página o páginas que corresponden. Este método de citar en el texto mismo por autor-fecha [apellido y fecha de publicación] permite al lector localizar la fuente de información en orden alfabético, en la lista de referencias al final del trabajo, se debe incorporar el número total de páginas del artículo o texto referido en la cita.

Las referencias bibliográficas de los trabajos enviados a la *Revista* deben respetar las siguientes, normas o estándares:

- NCh1143.Of1999 Documentación – Referencias bibliográficas – Contenido, forma y estructura; equivalente a norma ISO 690: 1987 (*Information and documentation – Bibliographic references – Content, form and structure*).
- NCh1143/2.Of2003 Información y documentación – Referencias bibliográficas 2: Documentos electrónicos o partes de ellos; equivalente a norma ISO 690-2 (*Information and documentation – Bibliographic references – Part 2: Electronic documents or parts thereof*).

III. RESUMEN EXPLICATIVO Y EJEMPLOS

1. Referencias completas de bibliografía, normas y jurisprudencia. Deben incorporarse, al final del trabajo, un listado con las referencias completas de bibliografía, normas y jurisprudencia citadas.

1. “*Bibliografía citada*”. Todas las referencias a libros, artículos de revista, capítulos y formatos electrónicos efectivamente citados se deberán listar al final del trabajo, los que se ordenará alfabéticamente por el primer apellido de su autor. En este listado, la cita de los libros hará indicación del número total de páginas; y la cita de los artículos de revista y de capítulos de libros, hará indicación de los números de página de inicio y final. En toda citación el o los apellidos del autor se escribirán en Versales y el nombre en redonda. Ejemplos de cita:

a) de libro: CASSAGNE, Juan Carlos (2006): *Derecho Administrativo* (Buenos Aires, Editorial LexisNexis) T II, 847 pp.

b) de traducciones: MODERNE, Franck (2005): *Principios generales del derecho público* (Comp. y trad., Alejandro Vergara Blanco, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 301 pp. c) de capítulos de libros: CARMONA SANTANDER, Carlos (2006): “Dos nuevas potestades del Presidente de la República”, en: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto [coord.], *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Librotecnia) pp. 149-243. d) de artículo de revista: VILLAR ROJAS, Francisco (2007): “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, en *Revista*

de *Administración Pública*, N° 172, pp. 141-188. e) de documentos en formato electrónico: Ejemplo: RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio (2005). La Responsabilidad Patrimonial por Acto Administrativo. Comentario a una reciente monografía española. [en línea]: Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado en Internet [fecha de consulta: 20 Noviembre 2006]. Disponible en: <http://www.cde.cl/revista.php?id=201>

2. “*Normas citadas*”. Se deberá considerar al final del trabajo, en un listado, todas las referencias legales o normativas efectivamente citadas o referidas. Se indicarán, en el caso de una ley: Número de la ley y denominación oficial si la tiene/Título de la publicación en que aparece oficialmente/Fecha (día, mes y año). Ejemplo:

Ley N° 19.880, Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 29 mayo 2003.

Sólo se admiten abreviaturas de normas si el autor ofrece un listado alfabético. Ejemplo para la Ley señalada: LBPA.

3. “*Jurisprudencia citada*”. Se deberá considerar al final del trabajo, en un listado, todas las referencias jurisprudenciales, *efectivamente citadas o referidas. Dicho listado se limitará a las sentencias* Las sentencias se ordenarán cronológica y alfabéticamente por el nombre de las partes. En este listado final, la cita de las sentencias hará indicación a: las partes / al tribunal / a la fecha / y a la sede de edición. Las sentencias se citarán así: a) el nombre de las partes en *cursiva* y el año de la sentencia (entre paréntesis), seguido de dos puntos (:); y b) la referencia del tribunal que la haya dictado: Corte Suprema; Corte de Apelaciones de (...); Juzgado de Letras de (...); Tribunal Constitucional; Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; en seguida: la fecha, señalando día y año en números arábigos, y mes en letras minúsculas. Se debe indicar la sede en que ha sido publicada la sentencia, con las indicaciones de título, volumen, año, secciones y página.

Ejemplo: *Tamaya con Atocha* (1999): Corte Suprema 6 abril 1999, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T 96 (1999) II, sección 7ª, pp. 65-73.

Los dictámenes de la Contraloría General de la República se citarán de acuerdo a su número y año.

II. Referencias abreviadas en las notas (al pie de página)

Todas las notas irán al pie de la página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice, en que se incluirán las referencias o citas abreviadas a obras, normas y jurisprudencia, y solo excepcionalmente se admitirán textos de desarrollo. Opcionalmente, todas las referencias abreviadas pueden incluirse entre paréntesis en el texto principal en cuyo caso no habrá notas al pie de página.

1. *Referencia abreviada de Obras*. En las referencias abreviadas a libros, artículos de revista y demás formatos se señalará en la nota al pie: solo el primer apellido del autor (en VERSALES), el año (entre paréntesis) y el número o números de la página o de las páginas precisas en que aparece la referencia citada. *Se recomienda no efectuar citaciones de trabajos que no han sido confrontados directamente por el autor, ya sea críticamente o siguiendo sus planteamientos.*

a) *Obras con un autor*: CASSAGNE 2006, 52. / MODERNE 2005, 113. b) *Obras con dos autores* (los apellidos se unen por medio de la conjunción y): GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2006 tomo I, 392 c) *Si una obra tiene tres, cuatro o cinco autores*, se citan todos los autores en la lista de referencias final. En las referencias se escribe solamente el apellido del primer autor seguido de *et al.* [del latín *et alii*: y otros], año de publicación y página respectiva: EMBID *et al.* 2002, 94. d) *En el caso que se citen dos o más obras por diferentes autores en una misma referencia*, se escriben los apellidos y respectivos años de publicación separados por un punto y coma dentro de un mismo paréntesis: “Varios autores (ALSANA, 1984, 51; COLODRO, 1986, 41; LÓPEZ y MUÑOZ, 1994, 32) concluyeron que...”. e) *Citas textuales*: El material que es citado directamente [palabra por palabra] de otro autor requiere un trato diferente para incluirse en el texto. Al citar textualmente, se representa la cita palabra por palabra y se incluye el apellido del autor, año de publicación y la página en donde aparece la cita: “El perjuicio virtual es aquel que existe en potencia en el acto incriminado, que conlleva en sí todas las condiciones de su realización” (LE TOURNEAU, 2004, 67).

Si se citan dos o más obras de un determinado autor, publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: GUZMÁN 2005a y GUZMÁN 2005b.

2. *Referencia abreviada de Normas*. Se deberá indicar, en su caso, el número de la ley y su año. Los lectores podrán verificar los datos completos de la ley citada en el listado de “NORMAS CITADAS”, al final del trabajo (que se describe más arriba).

Ejemplo: Ley N° 19.880, de 2003.

3. *Referencias abreviadas de Jurisprudencia*. Todas las citas a pie de página de jurisprudencia deben indicar solo el nombre de las partes, en *cursiva*; en caso que se trate de sentencias del Tribunal Constitucional llevarán el título o número de la ley o artículo de ley que se haya discutido y el rol. Además, se indicará el año de dicha sentencia (entre paréntesis en redondas). De este modo, los lectores podrán verificar los datos completos de la sentencia citada en el listado de “JURISPRUDENCIA CITADA”, al final del trabajo (que se describe más arriba).

Ejemplo: *Tamaya con Atocha* (1999).