
Revista de Derecho Administrativo Económico

ReDAE

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



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CHILE



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Revista de Derecho Administrativo Económico

ReDAE

:: Doctrina: Estudios e Investigaciones

:: Ensayos

:: Jurisprudencia: Comentarios

:: Bibliografía: Recensiones

Revista de Derecho Administrativo Económico
ReDAE
Pontificia Universidad Católica de Chile

Director

Alejandro Vergara Blanco

Redacción

Sabrina Feher Szanto
Secretaria de Redacción

Karina Negrete
Ayudante de Redacción

Comité Editorial

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

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

Convocatoria

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

Selección de trabajos: arbitraje anónimo

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

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

Indexada en Scopus

Esta revista recibe el apoyo de Bibliotecas UC

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

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

Ventas y suscripciones: redae@uc.cl

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

[Santiago de Chile, 2022]

Índice

Nº 36

I. Doctrina: Estudios e Investigaciones

Derecho Administrativo

ARÁNGUIZ SÁNCHEZ, Alejandra y MILLAR BRUNA, Cristóbal
La caducidad del permiso de edificación: tendencias recientes..... 5

ESIS VILLARROEL, Ivette S.
El análisis de la actuación estatal en supuestos de expropiación indirecta de inversiones foráneas, tras una década de práctica arbitral 41

HUEPE ARTIGAS, Fabián
La falta de servicio como título de imputación en la responsabilidad patrimonial del Estado, ¿es el único que acepta nuestro sistema?
Fundamentos para la admisión de otros títulos de imputación 71

LEPE VERGARA, Joaquín
La formulación de cargos: una institución del debido procedimiento administrativo sancionador 111

QUEZADA VIDAL, Álvaro
Derecho de opción frente al agotamiento previo y obligatorio de la vía administrativa para ejercer acciones especiales de carácter contencioso administrativo..... 135

Derecho de los Recursos Naturales

DE LA RIVA, Ignacio M.
El enigmático dominio originario de los recursos naturales del artículo 124 de la Constitución de la Nación Argentina.
Aportes para su esclarecimiento..... 163

MILKES S., Irit; PIMIENTO E., Julián A. y BAENA C., Samuel
Más allá del reconocimiento como 'sujeto de derechos' a la Naturaleza:
Un análisis práctico para una comprensión semántica 193

Derecho de Bienes Públicos

GUZMÁN SILVA, Sergio
Régimen jurídico de los álveos de corrientes de uso público y de aguas detenidas.
Estudio de las playas de ríos y lagos en Chile 225

II. Ensayos

- ALFARO GONZÁLEZ, Maximiliano y BENAVIDES LEIVA, Martín
*Ejecución satisfactoria e insatisfactoria de los Programas de Cumplimiento
 presentados en procedimientos sancionatorios ambientales*..... 271
- CARRASCO QUIROGA, Edesio; SEPÚLVEDA FIERRO, Carlo; ARRUÉ CANALES, Mario y
 ALFARO GONZÁLEZ, Maximiliano
*Evaluación ambiental y modificación de proyectos: notas para su adecuada
 comprensión*..... 307
- VERGARA BLANCO, Alejandro
*Reglamento autónomo en la fallida propuesta de Constitución de 2022:
 Una isla de despotismo. Análisis basado en el texto, contexto e
 historia fidedigna de su establecimiento*..... 335

III. Jurisprudencia: Comentarios

- VINET VEGA, Javiera
*Procedimiento de fiscalización y sanción de FONASA a prestadores
 privados de salud. Comentario del caso Bertoli García con Ministerio de Salud*..... 369

IV. Bibliografía: Recensiones

- HELFMANN MARTINI, Carolina
 Arancibia, Jaime; Flores, Juan Carlos, y Gómez, Rosa Fernanda (2022)
*Procedimiento administrativo electrónico. Análisis de la reforma
 de la Ley N° 19.880, Santiago: DER Ediciones, 234 páginas*..... 383
- SÁNCHEZ VILLAGRÁN, Camilo
 Díaz Bravo, Enrique (2019) *El recurso en materia de Contratación Pública
 en el Derecho europeo y su aplicación en España, Valencia,*
 Editorial Tirant lo Blanch, 389 páginas. 386

La caducidad del permiso de edificación: tendencias recientes

The expiration of building permits: recent trends

Alejandra Aránguiz Sánchez¹
Cristóbal Millar Bruna²

El presente trabajo aborda una de las figuras más controvertidas del derecho urbanístico reciente: la caducidad del permiso de edificación, analizando las tendencias recientes asentadas por la Corte Suprema, Contraloría General de la República y la doctrina. Se demuestra que en la actualidad puede reconstruirse un estatuto más o menos certero de esta institución, pese a lo cual existe creciente judicialización sobre algunos aspectos que hacen necesario pensar en soluciones de *lege ferenda* que otorguen mayor certeza jurídica frente al desarrollo de proyectos.

Palabras clave: permiso de edificación, urbanismo, construcción, autorización administrativa, revisión judicial.

This paper addresses one of the most controversial elements of recent urban planning law: the expiration of building permits, analyzing recent trends established by the Supreme Court, the General Comptroller's Office and the doctrine. For this purpose, it is shown that nowadays a certain statute of this institution can be reconstructed, in spite of which there is a growing judicialization on some aspects that make it necessary to think of solutions of *lege ferenda* that grant greater legal certainty in the development of projects.

Keywords: building permit, urbanism, construction, administrative authorizations, judicial review.

RESUMEN / ABSTRACT

¹ Profesora de Derecho Urbanístico de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Universidad del Desarrollo y Universidad de los Andes, Chile. Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Magister en Derecho, con mención en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: aaranguiz@bye.cl. Dirección postal: Av. Isidora Goyenechea 2939, Las Condes, Santiago, Chile.

² Abogado de la Universidad Adolfo Ibáñez; Magister en Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Correo electrónico: cmillar@bye.cl. Dirección postal: Av. Isidora Goyenechea 2939, Las Condes, Santiago, Chile.

Artículo recibido el 5 de octubre de 2022 y aceptado el 15 de diciembre de 2022.

Introducción³

La caducidad, pese a ser mayormente ignorada por la doctrina y jurisprudencia urbanística de antaño⁴, se ha transformado probablemente en la figura más controvertida del derecho urbanístico nacional durante los últimos años. Bullados casos han dado –y están dando– que hablar a propósito de esta institución, tales como “Hotel Hyatt Viña del Mar o ex Sanatorio Marítimo”⁵, “Mall 14 Norte de Viña del Mar”⁶, “Casas Enaco”⁷ y “Alto Las Condes 2”⁸, entre otros.

Estos casos concernientes a la caducidad han llevado tanto a la Corte Suprema como a la Contraloría General de la República a delinear los contornos de este medio de extinción de los permisos de edificación y a asentar algunas definiciones.

Dado lo anterior, se hace más necesario que nunca dar cuenta del estado actual de la jurisprudencia y doctrina de los principales aspectos problemáticos de la caducidad.

I. Regulación

1. La caducidad en el ordenamiento nacional

En primer lugar, es menester constatar que la caducidad no ha sido regulada orgánicamente en la normativa nacional, careciendo de un estatuto propio que sirva de antecedente distintivo⁹. En efecto, el Código Civil ni siquiera la menciona, misma omisión que replicó el legislador en el ámbito del derecho administrativo el año 2003 con la dictación de la LBPA, en donde reguló únicamente a la revocación y la invalidación como modos de extinción del acto administrativo, pese a que la CGR ya reconocía a la caducidad desde 1966¹⁰.

Esta baja densidad normativa, desde luego, trae inconvenientes prácticos y genera que el estudio de la jurisprudencia y doctrina sea aún más relevante.

³ Abreviaturas: Constitución Política de la República (CPR); Ley 19.880 de Bases de Procedimientos Administrativos (LBPA), Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (LOCM), Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC); Código de Procedimiento Civil (CPC), Código Orgánico de Tribunales (COT), Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (OGUC); Instrumentos de Planificación Territorial (IPT); Contraloría General de la República (CGR), Corte Suprema (CS), Secretaría Regional del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (Seremi Minvu); División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (DDU); el Director de Obras (el DOM); la Dirección de Obras (la DOM); Plan Regulador Comunal (PRC); resolución de calificación ambiental favorable (RCA); Superintendencia del Medio Ambiente (SMA).

⁴ Salvo algunas excepciones, la doctrina apenas la nombraba. A modo ejemplar, véase FIGUEROA 2016 y FERNÁNDEZ Y HOLMES 2009.

⁵ *Lautaro Ríos Álvarez con I. Municipalidad de Viña del Mar* (2011).

⁶ *Novoa Balmaceda con Reginato y otros* (2016).

⁷ *Constructora Río Colorado S.A. con Municipalidad de Puente Alto* (2018).

⁸ *Cencosud Shopping S.A con Municipalidad de Vitacura* (2022).

⁹ RODRÍGUEZ GREZ 2011, 231.

¹⁰ FLORES 2017, 226.

Desde el derecho civil Alessandri Rodríguez sostenía que la caducidad era *“la extinción ipso iure de la facultad de ejercer un derecho a celebrar un acto, por no haberse ejercido o realizado dentro de un plazo de carácter fatal que la ley establece”*¹¹.

Por su parte, en el ámbito del derecho administrativo ha sido conceptualizada como:

*(...) una especie de modo extintivo natural, que verdaderamente opera como sanción para el destinatario o beneficiario del acto administrativo, por no ejercer sus derechos en cierto tiempo o por no cumplir con ciertas condiciones o modos que se establecen como requisitos necesarios para que el acto surta efectos jurídicos o los mantenga en el tiempo, sea porque ello se encuentra prescrito en la ley o en el propio texto del acto en cuestión*¹².

Así es posible afirmar que la caducidad se erige dentro del género de los medios de extinción de los actos administrativos. Luego, en el derecho público –a diferencia del derecho privado–, es un mecanismo extintivo que tiene por objeto garantizar la correcta satisfacción del interés general¹³. En palabras de la Corte Suprema:

*Es una institución de una definida fundamentación objetiva, que el legislador suele introducir en el ordenamiento cuando razones de conveniencia pública hacen aconsejable que determinadas situaciones jurídicas se consoliden definitivamente en un periodo breve, el que se expresa en un plazo: de carácter fatal*¹⁴.

Tanto la caducidad-plazo, esto es, la caducidad por plazos fatales para el ejercicio de un derecho y la caducidad-sanción, esto es, la caducidad frente al incumplimiento de un deber, se encuentran en diversos cuerpos legales, sobre todo como mecanismo de extinción de autorizaciones administrativas otorgadas en variados mercados regulados¹⁵.

La caducidad en el derecho urbanístico constituye una especie dentro de este género, que tiene sus particularidades y que en la práctica corresponde, como veremos, a una caducidad-plazo y a la vez una caducidad-sanción.

¹¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, 1941, 457.

¹² MORAGA, 2010, 255.

¹³ FLORES 2017, 227.

¹⁴ Kunstmann Carrillo con Fisco de Chile (2004).

¹⁵ Así, a modo ejemplar, lo contempla el artículo 5 de la Ley de Alcoholes como caducidad de la patente de alcoholes, artículos 141 y siguientes de la Ley General de Pesca como término de la concesión acuícola, artículo 7 del D.F.L. N° 340, de 1960, sobre Concesiones Marítimas como caducidad de la concesión marítima, art. 160 del Código de Minería como extinción de la concesión minera, arts. 24 y siguientes de la Ley General de Servicios Sanitarios como caducidad de la concesión sanitaria y el artículo 25 ter de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente en la caducidad de la resolución de calificación ambiental, entre muchos otros.

2. Regulación de la caducidad en el derecho urbanístico

a) *Sentido de la caducidad en el derecho urbanístico: El permiso de edificación y su vigencia temporal.*

El permiso de edificación ha sido definido como:

*acto administrativo de autorización otorgado por la autoridad competente y que tiene por objeto comprobar de forma previa que un proyecto de edificación o uso del suelo se conforma con la normativa urbanística, incorporando en el patrimonio del titular dichas facultades, sujeto a la condición de ejercerlas dentro de un cierto plazo*¹⁶.

Nosotros entendemos al permiso de edificación como un acto de autoridad que otorga el derecho a edificar, el *ius aedificandi*, teniendo un efecto constitutivo¹⁷. No obstante ese derecho a edificar se otorga sujeto a un plazo de tres años¹⁸. Luego, lo que hace la caducidad es verificar la llegada de ese plazo, extinguir el permiso de edificación y, consecuentemente, el derecho a edificar¹⁹.

Así, el sentido de establecer la técnica de la caducidad en el ámbito urbanístico es preservar la función social detrás de los permisos y autorizaciones, las que son aprobadas bajo la vigencia de ciertas normas urbanísticas establecidas en instrumentos de planificación territorial cuya esencia es que vayan mutando con el tiempo a medida que estos proyectos se van desarrollando²⁰.

Luego, el legislador quiere evitar que se mantengan indefinidamente permisos antiguos cuyas normas urbanísticas no están en armonía con la planificación territorial vigente, poniéndoles un plazo para que sean ejecutados *so pena* de perder vigencia y requerir solicitar un nuevo permiso al amparo de las nuevas normas urbanísticas existentes. Así, no debe extrañar su introducción, ya que, como vimos, la técnica de la caducidad atiende a razones de conveniencia pública.

En palabras de la Corte Suprema:

(...) la norma establecida en el artículo 1.4.17 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción, vela por la debida armonía y concordancia

¹⁶ CORDERO QUINZACARA 2021, 39.

¹⁷ PARADA 1999, 98.

¹⁸ Artículo 1.4.17. de la OGUC.

¹⁹ No debe confundirse lo anterior con constatar indudablemente que el permiso de edificación es un acto administrativo y, por ende, posee presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia (Arts. 3 de la LBPA y 1.1.3. de la OGUC.)

²⁰ La Corte Suprema ha señalado "(...) uno de los elementos esenciales en materia de urbanismo, es la *Planificación Urbana*, que busca regular el progreso de las ciudades, de acuerdo a los criterios que, en una época y tiempo determinado, son indispensables para el desarrollo comunal, regional o nacional, aspecto que otorga a esta rama del Derecho una necesidad constante de revisión y rectificación de normas" en Santa Cruz Eyzaguirre Juan y otros con Municipalidad de Vitacura (2020).

cia que debe existir entre las construcciones y el Plan Regulador de la comuna, es por esa razón que se establece la caducidad en caso de paralización de las obras por un espacio de tres años, pues durante el transcurso de ese tiempo puede cambiar el mencionado instrumento de planificación territorial, por lo que resulta lógico que la construcción paralizada se ajuste a él²¹.

A mayor abundamiento, cabe recordar que el derecho urbanístico y sus permisos se encuentran dotados de ciertas prerrogativas que otros sectores regulados no poseen, consistentes en la *invariabilidad normativa*²². Así, las solicitudes serán evaluadas y resueltas conforme a las normas vigentes en la fecha de su ingreso²³. Y luego, aprobado el permiso de edificación, este otorga el derecho a edificar lo señalado en él, no viéndose afectado por alguna postergación de permisos²⁴ o, incluso, modificación al IPT en el intertanto²⁵.

Por lo mismo, se explica que la vigencia del permiso y el alcance de la caducidad adquiera una relevancia colosal, sobre todo en casos de modificaciones de los IPT en donde los permisos "guardan normativa" anterior, y genera que puedan existir casos en los que el permiso de edificación por sí solo tenga incluso más valor que el predio al permitir edificaciones que ahora se encuentran vedadas²⁶.

b) Evolución histórica de la regulación de la caducidad

La relevancia de la caducidad, según se vio, está dada por ser uno de los mecanismos bajo los cuales se puede extinguir el permiso de edificación, junto a la ejecución de la totalidad de las obras contempladas en el permiso de edificación y su recepción, la renuncia²⁷, la invalidación, y la nulidad, afectando la vocación de permanencia de los actos administrativos²⁸, pese a que atienden a supuestos diametralmente diferentes²⁹.

²¹ Zepeda Pardo con Director de Obras Municipales de Independencia (2012).

²² Véase Sonia y otros Araya Tapia con Director de Obras de la Municipalidad de Viña del Mar (2013). En el mismo sentido, *Inversiones Quintalí Limitada con Municipalidad de Pudahuel* (2018).

²³ Artículo 1.1.3. de la OGUC.

²⁴ Artículo 1.4.18. de la OGUC.

²⁵ Artículo 5.2.2. de la OGUC.

²⁶ Piénsese, por ejemplo, en casos de predios localizados en zonas que permiten un uso de suelo residencial con gran altura y densidad y que tras una modificación al IPT quedan localizados en una zona que permite exclusivamente uso de suelo área verde.

²⁷ Conforme al artículo 42 de la LBPA, que aplica supletoriamente al ámbito urbanístico todo interesado puede desistirse de su solicitud de permiso o renunciar a sus derechos una vez otorgado el permiso, cuando no esté prohibido por el ordenamiento jurídico. Véase Circular DDU 350.

²⁸ Véase DÍAZ DE VALDÉS Y ENTEICHE, 2015. Cabe señalar que la revocación no procede frente al permiso de edificación conforme al tenor literal del artículo 61 de la LBPA. Al respecto, véase dictamen N° 49.531 (2008) y dictamen N° 568.880 (2011).

²⁹ La invalidación y la nulidad operan por la voluntad de la administración y tribunales de justicia, respectivamente, y bajo el supuesto de un vicio de legalidad del acto, mientras que la caducidad extingue un acto inicialmente válido por el hecho objetivo consistente en la no verificación

La exigencia del permiso de edificación, a nivel nacional, fue introducida por la Ley N° 4.563 de 1929³⁰. Luego, la institución de la caducidad del permiso de edificación se encuentra reconocida desde 1931 en el DFL 345, entrando en vigencia íntegramente en 1936.

Posteriormente fue reconocida en el DFL 224 del año 1953, el Decreto 880 del año 1963 hasta llegar a la LGUC del año 1976 y la OGUC del año 1992, en la que se regulaba con mayor precisión el procedimiento de la caducidad, exigiendo una inspección personal de la DOM y un acto administrativo terminal.

En la normativa vigente está consagrada expresamente en la LGUC y OGUC. El artículo 120 de la LGUC establece que *“La vigencia, caducidad y prórroga de un permiso, como asimismo los efectos derivados de una paralización de obra (...) se sujetarán a las normas que señale la Ordenanza General (...)”*

Como puede verse, la LGUC apenas se limita a enunciar la existencia de la caducidad del permiso³¹, remitiendo la totalidad de su regulación –tal como en muchas otras materias³²– a la potestad reglamentaria establecida en la OGUC. Esto, por cierto, le ha valido críticas de la doctrina por su falta de densidad legal en un aspecto de gran relevancia³³, e incluso se ha llegado a aducir la inconstitucionalidad del art. 1.4.17 de la OGUC³⁴.

El artículo 1.4.17. fue modificado en 1997³⁵ y luego en 2001³⁶, pasando a contemplar su actual redacción consistente en solamente dos escuetos incisos, el segundo de los cuales detalla los requisitos que deben concurrir para entender que las obras se han iniciado:

“Artículo 1.4.17. El permiso caducará automáticamente a los tres años de concedido si no se hubieren iniciado las obras correspondientes o si éstas hubieren permanecido paralizadas durante el mismo lapso.

de su condición en el plazo de 3 años, lo que se reconduce a la voluntad –omisión– del mismo titular.

³⁰ FERNÁNDEZ RICHARDS 2012, 63.

³¹ Cabe señalar que la caducidad se aplica por igual a los permisos de edificación y urbanización. Véase Circular DDU Específica N° 02/2008.

³² Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado: *“La legalidad urbanística no puede sustentarse en la ley del mismo modo que en otros ámbitos de vigencia de la reserva legal exigida por la Constitución. La tarea de hacer compatible, en el espacio urbano, el ejercicio de un conjunto de derechos e intereses tutelados por el ordenamiento fundamental y asumir las demandas concurrentes de estabilidad y cambio propias de la realidad que le corresponde normar, necesita emplear un conjunto de instrumentos normativos de distinto nivel y dotar a órganos administrativos de atribuciones que permitan poner el ordenamiento jurídico territorial al servicio de la persona humana”* en Sentencia TC Rol N° 2643 (2015)

³³ Véase FERNÁNDEZ y HOLMES 2009.

³⁴ FELIU, 2015.

³⁵ Mediante Decreto N° 173 de 1996 se agregó el vocablo “automáticamente”.

³⁶ El 25 de junio de 2001 se publicó en el Diario Oficial el Decreto 75 del Minvu que modificó el régimen de la caducidad. Respecto a la controversia sobre la vigencia temporal de esta modificación véase *Hernán Ovalle Garcés con Ilustre Municipalidad de Concón* (2012).

Una obra se entenderá iniciada una vez realizados los trazados y comenzadas las excavaciones contempladas en los planos del proyecto”.

Este minimalismo normativo de la caducidad ha generado, como veremos, una serie de inconvenientes por la excesiva discrecionalidad en la interpretación de sus supuestos.

II. Supuestos de la caducidad de un permiso de edificación

1. Los elementos comunes

El artículo 1.4.17. de la OGUC reconoce implícitamente dos hipótesis de caducidad. La primera está constituida por el no inicio de las obras en tres años, y, la segunda, por la paralización de estas durante el mismo lapso. Luego, es posible ver que hay principalmente dos elementos comunes entre ambas.

a) *El no ejercicio de un derecho en un plazo de tres años*

La primera constatación que debe hacerse es que las dos hipótesis de dicho artículo atienden al mero hecho objetivo del simple transcurso del plazo, como ya lo asentaba la Corte Suprema desde 1996³⁷.

En la doctrina, Flores, distinguiendo este plazo de caducidad de la prescripción señala:

En este sentido, este tipo de caducidad se configura dogmáticamente con la existencia de un plazo fatal que no se puede interrumpir ni suspender, por cuanto busca la eficiencia en la actividad administrativa, lo que la distingue de la prescripción, que puede suspenderse, renunciarse e interrumpirse³⁸.

Luego, cabe preguntar ¿podría la DOM conceder un plazo adicional o una prórroga de dicho plazo de caducidad? Esto ha sido expresamente vedado por CGR, que ha señalado *“en derecho público no resulta posible renovar o ampliar plazos de caducidad para el ejercicio o la conservación de determinadas acciones o derechos concedidos a los particulares, a falta de disposición expresa en tal sentido”³⁹.*

Así, esta institución es particularmente dramática porque el plazo comienza a computarse desde su otorgamiento y la caducidad se produce de forma automática por el transcurso del tiempo, sin respecto a otras autorizaciones que deben obtenerse para iniciar las obras como, por ejemplo, si el proyecto requiere una RCA y el titular se encuentra en su tramitación. Ahí, el particular se verá en la difícil disyuntiva de iniciar obras para evitar la caducidad de su permiso de edificación pero arriesgando un procedimiento

³⁷ Flores Urbina con Dirección de Obras Municipales de Las Condes (1996).

³⁸ FLORES 2017, 233.

³⁹ Dictamen N° 38.824 (2006).

sancionatorio de la SMA. Cordero Vega califica esto como una *inconsistencia regulatoria*⁴⁰.

b) *La verificación de los presupuestos dice relación con una cuestión de hecho*

Es relevante asentar que cualquier que sea la causal de caducidad, es decir, tanto el inicio de las obras como la paralización de estas es eminentemente una cuestión de hecho, que deberá ser probado en consecuencia.

De lo anterior se siguen relevantes consecuencias, a saber:

i) Que la simple emisión de actos administrativos tales como aprobación de nuevos propietarios, modificaciones de permisos y de subdivisiones no pueden constituir antecedentes suficientes para determinar la ejecución de obras⁴¹;

ii) Que la autoridad municipal no tiene facultades para calificar la entidad de los trabajos sino solo la de constatar una situación de hecho definida, como es que se hayan realizado los trazados y comenzado las excavaciones⁴²;

iii) Que la mera fecha del permiso de edificación no es antecedente suficiente para dar por acreditado la ausencia de inicio o la paralización de obras⁴³; y

iv) Que las apreciaciones relativas a los derechos adquiridos, la buena fe y la confianza legítima, entre otras, resultan, en sede administrativa, ajenas a los efectos de que la autoridad competente constate si operó o no la caducidad del permiso en cuestión⁴⁴.

2. No haber iniciado obras en tres años

Según lo señalado precedentemente la modificación al artículo 1.4.17. de la OGUC del año 2001 vino a clarificar qué debía entenderse por inicio de obras, por cuanto con anterioridad existía discusión de si, por ejemplo, obras de demolición e instalación de faenas podían constituir un inicio de obras⁴⁵.

Así, en la actualidad hay claridad de que una obra se entenderá iniciada (i) una vez realizados los trazados y (ii) comenzadas las excavaciones contempladas en los planos del proyecto, elementos que analizaremos a continuación.

Dicho lo anterior, cabe tener presente que este concepto de inicio de obras corresponde única y exclusivamente para efectos de la caducidad.

⁴⁰ CORDERO VEGA 2019.

⁴¹ Dictamen N° 95.979 (2014) y Dictamen N° 51.178 (2015).

⁴² *Junta de Vecinos de Recreo con Dirección de Obras Municipales de Viña del Mar* (2008).

⁴³ Dictamen N° 58.011 (2016).

⁴⁴ Dictamen N° 73.004 (2015).

⁴⁵ A modo ejemplar, véase *Flores Urbina con Dirección de Obras Municipales de Las Condes* (1996).

a) *No realizar los trazados contemplados en los planos del proyecto*

En primer lugar, hay que despejar que los trazados de los planos del proyecto son los del permiso de edificación aprobado, requisitos para aprobar el permiso⁴⁶.

Ahora, ¿qué significa realizar los “trazados”? Este concepto no fue definido ni en la LGUC ni en la OGUC, lo que, desde luego, se traduce en un factor de incertidumbre de la actividad inmobiliaria. Luego, hay que estarse a las reglas de interpretación de la ley –o de las normas– del Código Civil, que en lo relevante señala en su artículo 21 que *“las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte”*.

En el caso “Inmobiliaria Ibsen”, la misma Corte de Apelaciones de Valparaíso siguiendo este mismo criterio señaló:

Se trata, en suma, de saber si se realizaron los trazados y comenzaron las excavaciones, o no, en el plazo de tres años a que se refiere el artículo 1.4.17 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones. Ahora bien, esa es una materia que se dilucida conforme a las reglas propias de la construcción y por profesionales y expertos de esa área, no mediante un análisis meramente jurídico administrativo⁴⁷.

Así, en el rubro de la construcción el concepto de “trazar” consiste básicamente en proyectar en un terreno físico las dimensiones de la obra constructiva definida en los planos del proyecto.

Para efectuar lo anterior, existen diversas técnicas para indicar los vértices, tales como, banderines, varillas, estacas, lienzas, cuerdas u otros elementos, o bien, la más común, tizando con cal o polvo de yeso. La elección de alguna de estas técnicas queda sujeto a la libre voluntad del constructor y usualmente dependerá de factores como las condiciones del terreno, la disponibilidad técnica, o incluso factores económicos.

Luego, creemos que no le es lícito a la DOM exigir una técnica específica para constatar la realización de los trazados, toda vez que la norma no le otorga dicha facultad y, a mayor abundamiento, por cuanto dicha exigencia no tendría razonabilidad alguna, ya que lo relevante desde el punto de vista de la normativa urbanística es que efectivamente se efectúen los trazados, independiente del medio empleado.

Lo indispensable, en palabras de la Corte Suprema, es

(...) que el trazado se haya efectuado sobre el suelo tal y como aparezca en los planos, de manera que la realización de algunas marcas o el seña-

⁴⁶ Artículo 5.1.6. de la OGUC.

⁴⁷ *Inmobiliaria Ibsen Limitada con I. Municipalidad de Valparaíso* (2019).

*lamiento de algunos hitos, resulta del todo insuficiente para satisfacer la exigencia de la mencionada norma*⁴⁸.

Finalmente, y como veremos a continuación, cabe advertir que esta realización de todos los trazados va a ser relevante, sobre todo, en los proyectos por etapas.

b) *No haber comenzado las excavaciones contempladas en los planos del proyecto*

A diferencia de los trazados, el artículo 1.4.17. de la OGUC no exige haber realizado totalmente las excavaciones, sino solamente haberlas comenzado, lo que ha sido confirmado por CGR⁴⁹. Lo anterior no solo en el caso de inicio de excavaciones correspondientes a un edificio, sino también en el caso de proyecto de casas⁵⁰.

Esto probablemente se explica porque las excavaciones constituyen un proceso bastante más engorroso y costoso que los trazados, pudiendo tardar bastante. Ahora, cabe dar cuenta de que no debe haberse comenzado cualquier excavación, sino que, nuevamente, las de los planos del proyecto presentados a la DOM para la aprobación del permiso, lo que ha sido determinante en constatar la caducidad en ciertos casos⁵¹.

i) *Acciones que no cuentan como excavaciones*

Comenzar las "excavaciones" constituye nuevamente un concepto jurídico algo indeterminado que debe precisarse casuísticamente y en atención a lo que las técnicas constructivas señalan.

Las acciones que –según la jurisprudencia– no constituyen excavaciones son:

a. *Obras preliminares o instalación de faenas.*

Conforme al artículo 5.1.3. de la OGUC antes del otorgamiento pueden hacerse excavaciones, entibaciones y socialzados mediante un permiso de obras preliminares.

Luego, la jurisprudencia ha sido clara en que dichas obras no suspenden ni interrumpen el plazo del art. 1.4.17. por cuanto éstas deben ser las contempladas en los planos del proyecto, en cambio las de obras preliminares "son anteriores al inicio de las obras de edificación y se vinculan, principalmente, con el acondicionamiento del terreno y del establecimiento de condi-

⁴⁸ Iglesia Bendecidos para Bendecir con Seremi de Vivienda y Urbanismo (2018).

⁴⁹ Dictamen N° 58.928 (2020).

⁵⁰ Dictamen N° 124.211 (2021).

⁵¹ Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A. con Municipalidad de Recoleta y otros (2020) e Inmobiliaria Travesía SpA con Municipalidad de Pudahuel (2020).

*ciones necesarias para asegurar el correcto funcionamiento, almacenamiento y logística de la etapa constructiva*⁵².

Exactamente este razonamiento llevó a la Corte Suprema a declarar la caducidad de los permisos de edificación en los casos “Desarrollo Inmobiliario Bellavista”⁵³ e “Inmobiliaria Travesía”⁵⁴ en el año 2020 en los cuales solo existían obras preliminares o instalaciones de faenas y no ejecución de trazados y excavaciones.

b. Acciones de limpieza, despeje y movimientos de tierra.

Estas acciones también se encuentran dentro de los trabajos preparatorios para el inicio de obras, por lo que mal podría considerarse inicio de obras propiamente tal.

Así, la Corte Suprema expresamente ha señalado que estos trabajos no ameritan ser calificados de excavaciones del proyecto⁵⁵.

c. Excavaciones cuando existen otros elementos que impiden iniciar la construcción.

En el caso “Inmobiliaria Travesía” si bien se habían iniciado excavaciones e, incluso, estaban conforme a los planos del proyecto, la Corte Suprema no las consideró de la entidad suficiente para entender iniciadas las obras por cuanto existía un poste en la mitad de estas, lo que lógicamente impedía iniciar la construcción⁵⁶.

Así, vemos que la determinación de la existencia de excavaciones es una definición casuística pero que de todas formas en la práctica busca que no se burle la intención de que el inicio de obras sea efectivo, de manera tal que se descarta la realización de trabajos meramente superficiales, por cuanto debe existir vocación de efectivamente ejecutar la obra.

3. Paralizar obras durante tres años

El caso de la paralización ha provocado menos dolores de cabeza que el de inicio de obras, pese a que constituye una facultad aún más discrecional del DOM dado que –ante ausencia de definición reglamentaria– tiene más libertad de acción para determinar qué constituye una “paralización” que en el caso del “inicio de obras”.

Creemos que la paralización debe entenderse como la total ausencia del titular en la prosecución de una obra ya iniciada.

⁵² *Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A. con Municipalidad de Recoleta y otros (2020) e Inmobiliaria Travesía SpA con Municipalidad de Pudahuel (2020).*

⁵³ *Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A. con Municipalidad de Recoleta y otros (2020).*

⁵⁴ *Inmobiliaria Travesía SpA con Municipalidad de Pudahuel (2020).*

⁵⁵ *Santander Investment Chile Limitada con Dirección de Obras de la I. Municipalidad de Viña Del Mar (2005).*

⁵⁶ *Inmobiliaria Travesía SpA con Municipalidad de Pudahuel (2020).*

4. Falta de inicio o paralizaciones de obras no imputables al titular

La pregunta es qué sucede cuando el permiso no se puede ejecutar –o seguir ejecutando– por órdenes de la propia autoridad administrativa o judicial.

Como vimos, el plazo de duración del permiso es de caducidad el que, en consecuencia, no se interrumpe ni se suspende y solamente atiende al hecho objetivo del transcurso del plazo. La norma tampoco consagra hipótesis de suspensión del plazo.

Ahora, dicha lectura genera consecuencias que parecen a todas luces irreflexivas, toda vez que en muchos casos la demora en el inicio de las obras o la paralización no es una omisión imputable al titular del permiso. Así, como pasamos a revisar, desde temprano la jurisprudencia ha matizado esta norma.

a) *Orden de autoridad judicial*

En el caso “Supermercados Unimarc con DOM Las Condes”⁵⁷ en 1987 la Corte Suprema afirmaba que la DOM no podía constatar la caducidad de un permiso cuyo destino se encontraba sometido a los tribunales de justicia por cuanto no podía imputársele negligencia al propietario al no realizar inversiones para la continuación de obras pendiente un recurso que de prosperar necesariamente hacía caducar el permiso de edificación y consecuentemente podría llegar incluso a la demolición de todo lo construido.

En el mismo sentido, en el caso “Hotel Hyatt Viña del Mar (Ex Sanatorio Marítimo)” en 2011 la Corte de Apelaciones de Valparaíso señaló que el plazo para iniciar obras no debía computarse durante la vigencia de la suspensión decretada por una orden de no innovar judicial⁵⁸.

La CGR, conociendo del mismo caso en 2015, reafirmó el criterio ya asentado por la Corte Suprema, reconociendo que existen hipótesis que impiden la ejecución, como la existencia de una condición suspensiva y de paralizaciones judiciales, constituyendo elementos que excepcionalmente suspenden el cómputo del plazo para constatar la caducidad⁵⁹.

b) *Orden de autoridad administrativa*

En el año 2012 en el caso “Zepeda Pardo con Director de Obras Municipales de Independencia” la Corte Suprema señaló que “no resulta posible incluir el tiempo en que las obras permanecieron paralizadas por orden de la autoridad edilicia”⁶⁰.

Así, el máximo tribunal restó del plazo de caducidad por paralización el tiempo en que existieron órdenes de paralización de la autoridad adminis-

⁵⁷ *Supermercados Unimarc con Dirección de Obras Municipales de Las Condes* (1987).

⁵⁸ *Lautaro Ríos Álvarez con I. Municipalidad de Viña del Mar* (2011).

⁵⁹ Dictamen N° 84.791 (2015).

⁶⁰ *Zepeda Pardo con Director de Obras Municipales de Independencia* (2012).

trativa, y vuelve a computar desde su inicio el plazo una vez que se vuelve a posibilitar su construcción.

Además, el máximo tribunal tuvo en cuenta un interesante elemento adicional para afirmar la vigencia de los permisos: el sentido de la caducidad es que las edificaciones se adecúen a los nuevos IPT, y en el caso del PRC concerniente no había sido modificado, por ende, no existía un bien jurídico ulterior que proteger.

Finalmente, en 2020 el caso “Inversiones Quintalí Limitada con Municipalidad de Pudahuel” constituye el punto culmine de este fenómeno de matización del plazo de caducidad. La Corte Suprema entró de lleno a analizar la imputabilidad al titular del permiso por la paralización de las obras, afirmando tajantemente:

En tales condiciones no es posible atribuir responsabilidad a la recurrente respecto del tiempo en que las obras se mantuvieron paralizadas, toda vez que ello derivó de actos administrativos, ajenos a la voluntad de aquélla. Que, así las cosas, el referido tiempo de suspensión de las obras (derivados del actuar municipal), debe evidentemente restarse del tiempo establecido en el artículo 1.4.17(...)⁶¹.

Así, es evidente que la Corte Suprema tiene en cuenta un aspecto subjetivo del actor, como la ausencia de negligencia, para verificar la oportunidad de una sanción como la caducidad, y no el simple transcurso del tiempo, al matizarlo tanto ante ordenes de autoridad administrativa como judicial.

En palabras de Cordero Quinzacara, esta línea jurisprudencial implicaría que:

(...) la jurisprudencia en alguna medida muta la naturaleza de esta figura, pues la considera como una sanción que se produce por un hecho que no es atribuible al titular del proyecto, por lo que no es posible sostener respecto de su conducta u omisión un juicio de reproche. En nuestra opinión, este es el criterio que debiera orientar la institución de la caducidad y que le da sentido a su existencia, es decir, pasar desde una caducidad-plazo a una caducidad-sanción, pues esta institución debe representar un mecanismo de disuasión que tenga por objeto castigar al titular de proyecto que no ha sido diligente⁶².

Nosotros compartimos que esta matización jurisprudencial es del todo razonable por cuanto uno de los sentidos de la caducidad es precisamente el sancionar al titular por su inactividad, comportamiento negligente que desaparece si esa inactividad se debe a un impedimento que no le es imputable, como es la orden de autoridad.

⁶¹ *Inversiones Quintalí Limitada con Municipalidad de Pudahuel* (2018).

⁶² CORDERO QUINZACARA 2021, 62.

Aún más, fue este mismo sentido de la caducidad que la propia CGR utilizó para decretar la suspensión de plazos de caducidad del permiso de edificación durante la pandemia-seguida por la DDU⁶³ –al concurrir una hipótesis de caso *fortuito*⁶⁴, esto es, un imprevisto imposible de resistir y que al no ser imputable a los particulares no puede implicar la caducidad del permiso de edificación.

5. Caducidad y proyectos por etapas

a) *Planteamiento del problema*

Muchos proyectos inmobiliarios son concebidos por etapas producto de aspectos de programación técnica, definiciones comerciales o sencillamente para facilitar su administración y dirección, lo que la normativa urbanística permite expresamente⁶⁵.

En estos proyectos contemplados por etapas ha sido sumamente polémica la aplicación de ambas hipótesis de la caducidad.

Cabe recordar que antes del 2001, la OGUC permitía en su artículo 6.1.15. que los proyectos ejecutados en etapas presentaran una solicitud con indicación de los plazos y etapas y con una declaración jurada de compromiso irrevocable de ejecución del proyecto dentro del plazo señalado. Dado esto, en la práctica se hablaba de una verdadera “autonomía” del permiso, no estando el desarrollador sometido a la institución de la caducidad, en la medida que fuese cumpliendo los hitos del proyecto por etapas, sobre todo en casos de grandes extensiones de terreno⁶⁶.

En la actualidad, como vimos, el artículo 1.4.17. exige realizar los trazados y comenzar las excavaciones sin establecer normas especiales para proyectos por etapas. Luego, existen dos opciones: los trazados y excavaciones deben realizarse para todas las etapas dentro del plazo de 3 años o solo para las etapas que se vayan ejecutando.

Al menos, hasta 2018 habría una creencia generalizada de la posibilidad de desarrollar este inicio de obras por etapas. En este sentido, Mendoza y Gillmore:

Con el inicio de obras de cualquiera de las etapas de un proyecto, cesa la inactividad del permisionario, de modo que no es posible sancionar con la caducidad del permiso del proyecto al haberse iniciado las obras (...) La exigencia de trazados exigibles para unidades cuya construcción

⁶³ Véase circulares DDU N° 429, 425 y 445.

⁶⁴ Véase dictamen N° 190.915 (2022).

⁶⁵ La posibilidad de desarrollar proyectos por etapas está reconocida en el artículo 144 de la LGUC, y en los artículos 1.1.2., 3.4.1., 5.1.14 N° 6 y 5.2.5. de la OGUC.

⁶⁶ Véase a modo ejemplar, Dictamen N° 38.824 (2006).

*se iniciará más adelante, además de no contar con sustento normativo, resulta arbitraria y carente de toda razonabilidad*⁶⁷.

La DDU, por su parte, señalaba en 2018 que la normativa reconoce la construcción por partes, por ende, si un permiso contemplado por etapas ya cuenta con obras consolidadas para algunas de las edificaciones estas dan fe del inicio de obras para la aplicación del art. 1.4.17. de la OGUC, el que no contempla la exigencia de que todas sus partes deben iniciar obras dentro del plazo de tres años⁶⁸.

El verdadero *leading case* que marcó un antes y un después en la caducidad de los proyectos por etapas es el de Parque Pumpin.

b) El Proyecto Parque Pumpin

Este proyecto de gran envergadura –compuesto por 23 edificios– fue aprobado un día antes de la modificación del PRC de Valparaíso de 2013 que derechamente impedía su desarrollo al zonificar el predio como área verde.

Tras una visita inspectiva de oficio, la Contraloría Regional verificó que existían trabajos de excavación en solo dos edificios, y que en el resto de los edificios proyectados solo se identifica su emplazamiento con estaca de maderas en los vértices y cintas de PVC en los perímetros. Así, concluyó que el permiso se encontraría caducado, pese a que se trataba de un proyecto judicializado ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso en razón que el alcalde de la comuna había dejado sin efecto el permiso de edificación.

Frente a esto, se presentó una reconsideración en que aducía que el proyecto se construiría por etapas, de modo que no concurrirían en la especie los supuestos de la caducidad dado que solo serían exigibles los trazados y excavaciones relativos a la primera etapa de construcción.

La CGR afirmó que el artículo 1.4.17. de la OGUC al definir qué se entiende por inicio de obra se refiere únicamente a la realización de los trazados y al comienzo de las excavaciones contempladas en los planos del proyecto, sin hacer mención o distinción alguna en función de la envergadura o la modalidad de ejecución de este último. Así, de su tenor literal no cabe sino concluir que no existen elementos de interpretación que permitan fragmentar la ejecución de los trazados en proyectos por etapas⁶⁹.

Así, la CGR concluye que el permiso de edificación de los 23 edificios caducó, y, de forma dramática, al haberse modificado el PRC ya no podía solicitarse un permiso similar al no tener el uso de suelo requerido.

Por lo tanto, a partir de “Parque Pumpin” queda claro que, en todos los proyectos, incluyendo los proyectos por etapas, para el inicio de obras debe

⁶⁷ MENDOZA Y GILLMORE 2019.

⁶⁸ División de Desarrollo Urbano, Ordinario N° 490-2018, 16 de noviembre de 2018.

⁶⁹ Dictamen N° 25.188 (2018) y Dictámen N° 58.928 (2020).

considerarse la ejecución de la totalidad de los trazados y el comienzo de las excavaciones.

A la fecha quedaba la interrogante de si se requería el comienzo de las excavaciones de todas las edificaciones o etapas o basta con el comienzo de cualquiera de estas.

Esto se despejó en “Inmobiliaria Ibsen” en que, en un permiso de edificación para dos edificios, todos los trazados fueron realizados mientras que las excavaciones habían iniciado únicamente respecto de una de las dos torres, lo que la Corte Suprema consideró suficiente para dar por iniciada las obras, tomando en consideración además que era un proyecto desarrollado en etapas⁷⁰.

Cabe señalar que, en este contexto, en 2020 la Corte Suprema entró a conocer el caso “Inmobiliaria Travesía con Municipalidad de Pudahuel” en que afirmó:

*(...) aun cuando esta Corte concordara con el recurrente respecto de que es suficiente que se inicien las obras en los términos del artículo 1.4.7 de la OGUC en una de las torres proyectadas, toda vez que se trata de un proyecto con construcción por etapas, aquello no alteraría lo resuelto en lo dispositivo del fallo (...)*⁷¹.

Así, pese a que la Corte Suprema no adopta una postura clara, enuncia que, en un futuro cercano, podría eventualmente fragmentar el inicio de obras por etapas en este tipo de proyectos, frente a lo cual habrá que estar atento.

III. Cuestiones procedimentales de la caducidad

1. ¿Cómo opera la caducidad? ¿Debe declararse o simplemente constatarse?

a) *La constatación de la caducidad*

Desde el año 1997 la regulación de la caducidad en la OGUC señala que esta se produce “automáticamente”, es decir, por sí sola, lo que sería una característica esencial de este medio de extinción que lo diferencia de la prescripción⁷².

En este sentido, como vimos anteriormente, el permiso de edificación caduca por el solo transcurso del tiempo, al tratarse de un plazo de caduci-

⁷⁰ *Inmobiliaria Ibsen Limitada con I. Municipalidad de Valparaíso* (2020).

⁷¹ *Inmobiliaria Travesía SpA con Municipalidad de Pudahuel* (2020).

⁷² En palabras de la Corte Suprema “Se trata de una sanción a la negligencia en el ejercicio del derecho que le incumbe al interesado realizar, en este caso concluir el proceso en el término de dos años como máximo. En consecuencia, a diferencia de la prescripción, la caducidad opera de pleno derecho, en forma inexorable y automática, entendiéndose extinto el derecho o facultad que no se realiza en el tiempo previsto por el legislador” en BRAVO PERREA con Superintendencia de Educación Escolar (2015).

dad, lo que ha sido confirmado por la doctrina consistente de la Corte Suprema⁷³ y de la CGR⁷⁴.

No obstante, desde el año 2010 la CGR comenzó a entender que, si bien verificados los supuestos de la caducidad esta opera de forma automática, ello no exime a la DOM a que, frente a situaciones en que hay pareceres divergentes acerca de la vigencia de un permiso, deba resolver mediante un acto administrativo la problemática que ha sido sometida a su conocimiento, en virtud del principio conclusivo del artículo 8 de la LBPA⁷⁵.

Luego, en el año 2015 la CGR en una serie de casos va a profundizar este criterio y, va a concluir que es un deber general –y ya no solo excepcional– de la DOM verificar los plazos y, en los casos en que concurren los presupuestos, dictar el acto administrativo pertinente que dé cuenta de aquello⁷⁶.

En efecto, en “Alto Las Condes II” señaló que la DOM se encontraba en el imperativo de resolver la situación y, si corresponde, acorde con el principio conclusivo dictar el acto que la declare, limitándose la resolución respectiva a constatar que tales supuestos se verifiquen⁷⁷.

Así, queda claro que corresponde a una simple constatación de una situación de hecho que ya se habría producido.

b) El acto administrativo de constatación y su relevancia

El acto administrativo que constata la caducidad es un acto administrativo de constancia conforme al art. 3 inciso 6 de la LBPA⁷⁸ y no declarativo, al no crear una situación *ex novo*, sino simplemente constatar una situación preexistente. Asimismo, es un acto desfavorable y de efectos singulares que, para su eficacia, debe ser notificado debidamente a su titular (art. 51 de la LBPA)⁷⁹.

La dictación de un acto administrativo terminal que constate dicha caducidad corresponde a una garantía esencial para el titular, toda vez que operativiza la impugnabilidad del acto (art. 15 de la LBPA) y la garantía de la tutela judicial efectiva (art. 19 N° 3 de la CPR).

En efecto, la Corte Suprema ha señalado que pese a ser un acto administrativo de constatación, este siempre se encuentra sujeto el control jurisdiccional de los tribunales de justicia, por cuanto es una constatación que

⁷³ A modo ejemplar, *Flores Urbina con Dirección de Obras Municipales de Las Condes* (1996).

⁷⁴ A modo ejemplar, Dictamen N° 46.092 (2006).

⁷⁵ Dictamen N° 35.166 (2010).

⁷⁶ Véase Dictamen N° 90.257 (2015).

⁷⁷ Dictamen N° 73.004 (2015).

⁷⁸ *Constructora Río Colorado S.A. con Municipalidad de Puente Alto* (2018).

⁷⁹ La Contraloría ya en 1973 señalaba que “acto jurídico que declara caducado el permiso debe ser puesto en conocimiento del afectado (...) si la caducidad no ha sido notificada se entiende que permiso continua vigente” en Dictamen N° 98.596 (1973).

afecta una situación jurídica previamente establecida que generó derechos incorporados al patrimonio del titular⁸⁰.

c) *La motivación del acto administrativo de constatación*

La motivación constituye un requisito esencial de todos los administrativos⁸¹, incluso los de constancia⁸². Ahora, el acto de constatación de caducidad es un acto desfavorable que afecta los derechos del titular, por lo cual dicha motivación debe superar un escrutinio aún más exigente (arts. 11 y 41 LBPA).

Lo anterior implica que el acto de constatación debe, entre otros:

- i) Contener un razonamiento y ponderación adecuada de los antecedentes;
- ii) Basarse en elementos verificables y racionalmente comprensibles⁸³.
- iii) Contener una relación de fundamentos que acredite la coherencia con los hechos determinantes y con el fin público que ha de perseguirle, no bastando la mera cita de normas y hechos⁸⁴; y
- iv) Todo lo anterior con estricta sujeción a los supuestos materiales del art. 1.4.17. de la OGUC.

Así, si el acto de constatación de caducidad carece de una debida motivación el acto adolece de un vicio de nulidad⁸⁵.

Luego, el acto de constancia debe obligatoriamente ponderar todos los antecedentes presentados. En términos de la valoración de la prueba, dada la ausencia de la regulación de la caducidad, debemos estarnos supletoriamente a las reglas de la LBPA. Conforme a lo establecido en el art. 35 de la LBPA cabe señalar:

- i) En cuanto a los medios de prueba a utilizar en el procedimiento, existe absoluta libertad probatoria;
- ii) En cuanto al sistema de valoración de la prueba, la DOM debe hacerlo en conciencia, esto es, conforme a las reglas de la sana crítica, mediante las máximas de la lógica, experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, y no mediante un sistema de prueba legal o tasada⁸⁶.

⁸⁰ *Vigo Inmobiliaria con Seremi de Vivienda y Urbanismo* (2011), confirmada por *Vigo Inmobiliaria con Seremi de Vivienda y Urbanismo* (2012).

⁸¹ *Enel Distribución con Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2022).

⁸² Dictamen N° 13.207 (2010).

⁸³ *Valderas con Dirección de Educación Pública* (2021).

⁸⁴ *Vásquez Castillo con Contraloría Regional del Biobío* (2021).

⁸⁵ *Mondaca Saavedra con Fisco de Chile* (2022).

⁸⁶ Bastante se ha discutido de si el vocablo "apreciándose en conciencia" utilizado en el artículo 35 de la LBPA se debe asimilar al sistema de libre valoración o al de la sana crítica. Nosotros apoyamos la postura mayoritaria que identifica la prueba en conciencia con la sana crítica. Por todos, véase JARA Y MATORANA, 2009.

2. ¿Quién tiene la legitimación activa para constatar la caducidad?

En la versión original de la OGUC de 1992, la caducidad estaba contemplada en el artículo 5.1.20. el que establecía que la caducidad debía ser declarada por resolución del DOM, previa inspección y constancia del estado en que se encuentra la obra.

No obstante, en 1997 se derogó dicha facultad señalando que se produce “automáticamente”, no existiendo actualmente la competencia expresa para constatar la caducidad ni en la LGUC, ni en la OGUC ni en la LOCM, lo que, por cierto, ha traído ciertas discusiones.

En efecto, esto ha llevado a que en casos extremos los tribunales de justicia hayan señalado que el DOM carece de atribuciones para declarar la caducidad de un permiso, toda vez que no existe ninguna norma jurídica que lo faculte y, de hacerlo, transgrediría el principio de legalidad de la CPR⁸⁷. Y lo mismo ha señalado en el caso de la Seremi Minvu⁸⁸.

Ante la ausencia de norma expresa cabe preguntarse ¿quién tiene la potestad de constatar la caducidad?

a) *Director de Obras Municipales*

La respuesta a la pregunta debiese ser sencilla: la DOM en tanto autoridad que dictó el acto administrativo que ha caducado y que corresponde a la unidad que la Ley le encomendó facultades desconcentradas consistentes en “velar por el cumplimiento de las disposiciones de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, del Plan Regulador Comunal y de las Ordenanzas correspondientes” (artículo 24 de la LOCM).

Asimismo, por cuanto la ponderación de aspectos materiales de la caducidad es una tarea que requiere estar dotado de especiales conocimientos técnicos, propios de una disciplina especial, como es la profesión de arquitecto, ingeniero civil, constructor civil, o ingeniero constructor civil, que el legislador dispuso como requisito *sine que non* para el funcionario que ejercer el cargo de DOM (artículo 24 inciso final de la LOCM).

Finalmente, la LGUC en su art. 142 le reconoce al DOM una prerrogativa excepcional consistente en la posibilidad de “libre acceso a todas las obras de edificación y urbanización que se ejecuten en la comuna, para ejercer las inspecciones que sean necesarias”.

Luego, de todo lo anterior fluye naturalmente que es el DOM el que está en mejor posición para verificar la concurrencia de los presupuestos de

⁸⁷ *Inmobiliaria e Inversiones El Rincón Limitada con I. Municipalidad de Lo Barnechea* (2010), confirmada por *Inmobiliaria e Inversiones El Rincón Limitada con I. Municipalidad de Lo Barnechea* (2012).

⁸⁸ *Vigo Inmobiliaria con Seremi de Vivienda y Urbanismo* (2011), confirmada por *Vigo Inmobiliaria con Seremi de Vivienda y Urbanismo* (2012).

hecho de la vigencia o caducidad *in situ*. Lo mismo ha sido reconocido por la CGR en sendos dictámenes⁸⁹.

b) *¿Pueden otros órganos constatar la caducidad?*

Conforme a lo señalado en el apartado anterior y a una interpretación armónica de la normativa de urbanismo y construcciones creemos que la constatación de caducidad es una facultad privativa del DOM.

No obstante, esta constatación se encuentra tensionada por las posibilidades que tienen los interesados de recurrir de las resoluciones del DOM ante el Alcalde, la Seremi Minvu y la Contraloría General de la República.

i) Alcalde

La competencia de los alcaldes fue el punto central en diversos casos.

En Inmobiliaria Ibsen Limitada con I. Municipalidad de Valparaíso (2020) el Alcalde Sharp de Valparaíso acogió un reclamo de ilegalidad interpuesto por vecinos en contra de la resolución de la DOM que descartó la caducidad. Tras el reclamo del titular, la Corte de Apelaciones de Valparaíso señaló que:

El Sr. Alcalde incurre en ilegalidad franca (...) pues de ninguna manera tiene competencia para inmiscuirse en ese terreno, que es netamente técnico, propio de la Dirección de Obras Municipales y, en tanto órgano revisor y resolutor de reclamos, de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo⁹⁰.

Esto fue confirmado por la Corte Suprema⁹¹, la que tuvo una deferencia técnica hacia las autoridades competentes –DOM y Seremi Minvu– por sobre la superioridad jerárquica del Alcalde e incluso administrativa de la CGR, lo que constituye un precedente importante respecto a los legitimados para constatar la caducidad.

No obstante, en casos previos ha señalado que el DOM debe acatar la orden del alcalde conociendo de un recurso jerárquico en contra de la aprobación de un permiso⁹².

Nosotros compartimos que los actos del DOM sí son recurribles mediante el reclamo de ilegalidad municipal, al ser un funcionario municipal, como ha sido zanjado por la Corte Suprema⁹³. No obstante, existen materias técnicas en que el Alcalde debe ser deferente hacia el DOM, el que no se encuentra bajo la exclusiva confianza suya (art. 47 LOCM) y al cual, como vimos, la

⁸⁹ Dictamen N° 39.887 (1999). Similares consideraciones se han repetido en Dictamen N° 95.979 (2014), N° 73.004 (2015), N° 58.928 (2020) y Dictamen N° 190.915 (2022).

⁹⁰ *Inmobiliaria Ibsen Limitada con I. Municipalidad de Valparaíso* (2019).

⁹¹ *Inmobiliaria Ibsen Limitada con I. Municipalidad de Valparaíso* (2020).

⁹² *Furche Guajardo con Director de Obras Municipales de Ñuñoa* (2018).

⁹³ En contra véase CARMONA SANTANDER 2019.

ley le ha encomendado potestades desconcentradas en materias urbanísticas (art. 24 LOCM).

Por ende, en caso de querer revertir un acto de este, el Alcalde poseen un estándar aún más exigente de justificación de dicha decisión, lo que deben verificar los tribunales en el control judicial del acto administrativo. Lo mismo aplica para la Seremi Minvu y CGR.

ii) Seremi Minvu

En el caso de la Seremi Minvu, esta posee la facultad de “supervigilar las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas y técnicas sobre construcción y urbanización” conforme al artículo 4 de la LGUC. Ahora, desde luego esas facultades no alcanzan para que pueda constatar la caducidad directamente⁹⁴.

Sin embargo, en contra de las resoluciones del DOM se puede reclamar ante la Seremi Minvu respectiva⁹⁵, y en principio, lo resuelto por ese órgano es obligatorio para la Municipalidad, no pudiendo la DOM representar la legalidad de dichas decisiones⁹⁶. En este sentido, tendría una potestad de constatar la caducidad indirectamente, pudiendo revertir un acto del DOM que constata la vigencia o caducidad de un permiso.

Esto, ha ocurrido en diversas oportunidades, y la CGR ha reconocido expresamente las facultades de la Seremi Minvu para constatar los presupuestos de hechos que dan lugar a la caducidad⁹⁷.

iii) CGR

La propia CGR ha señalado consistentemente desde 1999 que “no compete a Contraloría ordenar a la dirección de obras municipales la declaración de caducidad del permiso”⁹⁸ y luego, en diversos casos que aquella no ha obligado a constatar la caducidad por cuanto la apreciación de los supuestos materiales corresponde a una ponderación de la administración activa⁹⁹. Es decir, reconoce su propia incompetencia para constatar la caducidad.

El mismo Contralor Bermúdez en el año 2015 señalaba que el órgano contralor no puede disponer la invalidación de un acto administrativo ni declarar su ilegalidad, ya que dicha potestad se encuentra reservada a los jueces¹⁰⁰. Esto en el marco de la institución de la caducidad.

⁹⁴ *Vigo Inmobiliaria con Seremi de Vivienda y Urbanismo* (2011), confirmada por *Vigo Inmobiliaria con Seremi de Vivienda y Urbanismo* (2012).

⁹⁵ Artículo 12 de la LGUC.

⁹⁶ Dictamen N° 72.572 (2014).

⁹⁷ Dictamen N° 35.166 (2010), N° 37.927 (2013) y N° 51.178 (2015).

⁹⁸ Dictamen N° 39.887 (1999).

⁹⁹ A modo ejemplar, Dictamen N° 4981 (2015).

¹⁰⁰ BERMÚDEZ 2015.

Sin embargo, lo anterior se ve tensionado por situaciones en que CGR adopta otras acciones. En primer lugar, casos en donde –a través de sus sedes regionales– ha realizado visitas inspectivas de oficio para verificar si existe inicio de obras o no¹⁰¹.

En segundo lugar, casos en los que CGR insinúa que existe caducidad y ordena a la DOM ponderar dichos supuestos, toda vez que sus dictámenes son obligatorios para los funcionarios públicos, primando por sobre las resoluciones de la DOM y de la Seremi Minvu¹⁰², de modo tal que su inobservancia conlleva responsabilidad administrativa¹⁰³, llegando incluso a abrir sumarios administrativos y sancionar frente a su desacato¹⁰⁴.

Frente a dicho supuesto, en el caso “Inmobiliaria Ibsen”, la Corte de Apelaciones de Valparaíso señaló tajantemente:

Así pues, la orden fue revisar, mediante un procedimiento administrativo. Y el director de obras cumplió: abrió un procedimiento administrativo y revisó. Y concluyó que el permiso estaba vigente. Que eso no era lo que insinuaba el informe de Contraloría como conclusión deseable, puede ser, pero aquí no valen insinuaciones ni tiene Contraloría derecho a insinuar nada. Lo que importa es si hubo una orden que el director de obras trasgrediera, y la respuesta es negativa¹⁰⁵.

Luego, queda claro que CGR no puede constatar la caducidad ni obligar a constatarla, por cuanto ella misma señala que esa ponderación debe hacerla el DOM. Asimismo, debe proceder con deferencia hacia aquella autoridad técnica, y solo podría reprochar el acto terminal de la DOM en casos excepcionales de absoluta falta de fundamento o de evidente arbitrariedad.

3. ¿La cons ón de caducidad requiere un procedimiento administrativo previo?

Como vimos, la caducidad se produce de forma automática, pero en virtud del principio conclusivo debe emitirse un acto administrativo que la constate.

No existe en la LGUC ni en la OGUC la consagración de un procedimiento administrativo para emitir dicho acto, ni tampoco existe alguna Circular de la DDU que lo haya regulado.

Ahora, lo anterior no implica que no sea deseable o, incluso jurídicamente imperativo que dicha laguna deba integrarse con las normas de la LBPA que se aplican supletoriamente a todos los procedimientos administra-

¹⁰¹ Véase, Oficio N° 3908 (2018).

¹⁰² Véase Dictamen N° 93.393 (2021).

¹⁰³ Lo anterior conforme a los artículos 9 y 19 de la Ley N° 10.336 de Contraloría General de la República. Véase Dictamen N° 190.893 (2022)

¹⁰⁴ Resolución Exenta N° 105 de fecha 22 de diciembre de 2017 de Contraloría Regional de Valparaíso en que se sanciona a un DOM y Seremi Minvu.

¹⁰⁵ *Inmobiliaria Ibsen Limitada con I. Municipalidad de Valparaíso* (2019).

tivos, tales como los principios de contradictoriedad (art. 10), imparcialidad (art. 11) e impugnabilidad (art. 15)¹⁰⁶.

a) La lectura restrictiva de la Corte Suprema

Uno de los primeros gérmenes de esta discusión se dio en el año 2016 en el caso “Mall 14 Norte”, en que la Corte de Apelaciones de Valparaíso declaró ilegal la constatación de caducidad, entre otras razones, por cuanto dicha constatación “afecta los derechos que la reclamante había incorporado a su patrimonio, lo que hacía necesario oírlos, es decir, otorgarle la oportunidad que efectuara las alegaciones que estimase convenientes para no ver perjudicados sus derechos”¹⁰⁷.

En el año 2018, en el caso Constructora Río Colorado S.A. con Municipalidad de Puente Alto (2018), la Corte Suprema –en una lectura bastante restrictiva de la supletoriedad de la LBPA– afirmó que:

La resolución impugnada, por su calidad de acto administrativo de certificación, no requería de un procedimiento administrativo previo para certificar la caducidad, que como antes se consignó opera automáticamente una vez cumplido el plazo de 3 años y se ha limitado a constatar que ha operado de pleno derecho, la caducidad establecida en el artículo 120 de la LGUC y 1.4.17 de la OGUC¹⁰⁸.

Mismo razonamiento siguió el máximo tribunal el año 2020 en el caso “Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A. con Municipalidad de Recoleta y otros”, en que ante la falta de notificación del acto de constatación agregó:

(...) si bien la eficacia del acto administrativo queda sujeta a su notificación, lo cierto es que en este caso, la falta de notificación no acarrea ninguna afectación del debido proceso, toda vez que no existe un procedimiento para declarar la caducidad, en el que la actora pudiera hacer efectiva defensas, sino que aquella solo es constatada por la autoridad. Así, el acto administrativo simplemente constata haber operado el plazo contemplado en el artículo 1.4.17 de la OGUC¹⁰⁹.

En suma, es posible ver que la Corte Suprema ha asentado que este acto de constatación de caducidad no requiere de un procedimiento administrativo previo, pues opera automáticamente o de pleno derecho. Por tal razón, además, no estaría sujeto a las garantías del debido proceso administrativo.

¹⁰⁶ Véase Dictamen N° 25.469 (2013). La LBPA, de hecho, ha sido utilizada por la misma Corte Suprema para integrar otras instituciones relevantes del derecho urbanístico tales como la publicidad del permiso de edificación. Véase BOCCHI JIMÉNEZ 2022.

¹⁰⁷ *Novoa Balmaceda con Reginato y otros* (2016).

¹⁰⁸ *Constructora Río Colorado S.A. con Municipalidad de Puente Alto* (2018).

¹⁰⁹ *Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A. con Municipalidad de Recoleta y otros* (2020).

La Corte Suprema ha ampliado esta línea jurisprudencial a propósito de la dictación de otros actos administrativos desfavorables como la declaración de monumento histórico en donde ha señalado que no hay ilegalidad ante la falta de emplazamiento y participación del dueño del inmueble en su calidad de interesado según la LBPA¹¹⁰.

Esta postura es compartida en la doctrina por Carmona, sosteniendo que la OGUC al señalar que la caducidad se produce automáticamente le estaría vedando una competencia facultativa para que el DOM aplique un procedimiento previo¹¹¹.

b) La razonabilidad de un procedimiento previo

En la vereda opuesta se encuentra parte importante de la doctrina que, por diversas razones, considera que sí debe existir un procedimiento previo.

Flores afirma que:

las caducidades automáticas violentan los principios más esenciales de justicia y debido proceso, porque el proceder administrativo de plano, administrativamente, sin forma de juicio, sin recurso alguno, no se aviene con las exigencias dispuestas en la Ley N° 19.880, de 2003. En efecto, la caducidad (...) no puede válidamente emitirse sin la existencia previa de un procedimiento racional y justo¹¹².

En el mismo sentido, Mendoza y Gillmore consideran que la caducidad es una sanción en el derecho administrativo nacional, por lo cual no puede prosperar sin que la Administración le otorgue una audiencia previa al interesado, ya que lo contrario implicaría vulnerar las garantías de un justo y racional proceso frente al *ius puniendi* o potestad sancionatoria del Estado¹¹³.

Finalmente, Cordero Quinzacara señala que el procedimiento administrativo previo es necesario:

(...) porque es evidente que la declaración de caducidad da lugar a un acto desfavorable y que exige de una serie de antecedentes que solo se encuentran en poder del titular del proyecto, quien tiene un interés manifiesto que exige su intervención en el procedimiento administrativo, considerando las normas que garantizan el debido proceso administrativo (artículos 10, 17 y 21 LBPA)¹¹⁴.

A nuestro juicio evidentemente existen casos en que la dictación de dicho acto de constatación no requiere de un procedimiento administrativo previo, sobre todo cuando la caducidad es evidente y no controvertida. A

¹¹⁰ Véase *Inmobiliaria Casa de Italia S.A. con Ministerio de Educación* (2018) y *Constructora e Inmobiliaria Presidente Riesco con Ministerio de Educación* (2018).

¹¹¹ CARMONA SANTANDER 2019.

¹¹² FLORES 2017, 241.

¹¹³ MENDOZA Y GILLMORE 2019.

¹¹⁴ CORDERO QUINZACARA 2017.

modo ejemplar, cuando ha transcurrido con creces el plazo de tres años no existiendo obra alguna o cuando el mismo titular ha manifestado su intención de no perseverar en el proyecto. No obstante, sí parece prudente iniciar un procedimiento administrativo cuando los supuestos de hecho no son evidentes y/o han sido controvertidos por los interesados.

Lo anterior teniendo en consideración que el acto administrativo de constatación es un acto desfavorable que extingue derechos incorporados al patrimonio de su titular, por lo que no parece razonable prescindir de elementos básicos de contradictoriedad y bilateralidad, sobre todo teniendo en cuenta la creciente preocupación por un “debido proceso administrativo”¹¹⁵.

En la práctica algunas DOM frente a la existencia de una legítima controversia en la concurrencia de los supuestos materiales de la caducidad han abierto procedimientos administrativos contradictorios para efectos de constatar la vigencia o caducidad de permisos permitiendo al titular presentar prueba¹¹⁶.

Aquello nos parece una correcta integración de las normas de la LGUC y OGUC con la LBPA, y, como tal, un imperativo jurídico. En efecto, a propósito de la dictación de otro acto administrativo la Corte Suprema recientemente afirmó:

Que, para resolver el asunto en examen, se debe acudir a lo estatuido en la Ley N° 19.880, que regula la actividad de la Administración, estableciendo reglas y principios básicos que se deben aplicar de forma imperativa, los que sirven no solo para colmar vacíos legales en materias carentes de regulación expresa, sino que, además, deben orientar la interpretación que la autoridad efectúe de las normas que rigen la materia propia de su competencia.

*Al respecto, cabe subrayar que los principios normativos elementales consagrados en la referida ley de bases, que constituyen una garantía en favor de los particulares frente a la Administración, deben ser respetados en el procedimiento administrativo*¹¹⁷.

Así, este procedimiento contradictorio debe desarrollarse respetando las garantías de un debido proceso administrativo¹¹⁸ establecidas en la LBPA y en la jurisprudencia administrativa, a saber, contemplando:

i) Resolución que señale claramente el objeto del procedimiento, esto es, al menos la hipótesis de caducidad y periodo de tiempo en que se imputa la hipótesis;

¹¹⁵ Véase CORDERO VEGA 2018.

¹¹⁶ A modo ejemplar véase Resolución DOM N° 288-2018 de la DOM de Vitacura y Resolución DOM N° 117-2015 de la DOM de Puchuncaví.

¹¹⁷ MADRID CON MONJE (2022).

¹¹⁸ Para un trabajo más extenso véase FLORES RIVAS 2021.

ii) Emplazamiento al titular del permiso toda vez que se discute sobre un acto administrativo que le reconoce derechos y le genera efectos favorables¹¹⁹;

iii) Apertura de un término probatorio señalando su duración entre 10 y 30 días y medios de defensas (arts. 10 y 35 y ss LBPA);

iv) El procedimiento no debe sustanciarse en un plazo superior a 6 meses (art. 27 LBPA);

v) El plazo de caducidad debe suspenderse excepcionalmente durante la sustanciación del procedimiento por cuanto existe una orden de autoridad que impide la ejecución de los derechos que otorga el permiso en cuestionamiento; y

vi) El acto terminal del procedimiento debe ser debidamente motivado, como se vio anteriormente.

c) La evidencia empírica de los antecedentes presentados por titulares

Para efectos de acreditar la vigencia o caducidad de un permiso se ha aplicado la libertad probatoria señalada anteriormente, valiéndose los titulares de diversos medios probatorios.

En la práctica, en casi la totalidad de los casos se han utilizado certificaciones notariales para acreditar el inicio de obras o la ausencia de paralización, toda vez que, conforme al artículo 399 y 401 N° 6 del COT, el notario es un ministro de fe y auxiliar de la administración de justicia que da fe respecto de los hechos que le fueran requeridos.

Así, estas actas notariales han sido determinantes para que la Corte Suprema y CGR hayan constatado que no existían obras, y por ende el permiso se encuentra caducado¹²⁰. Y en contraste, en muchos casos que sí se había iniciado obras, por ende, no procede la caducidad¹²¹.

En el caso "Alto Las Condes II" la CGR le entregó valor probatorio a informes de estado de avance de obras protocolizados ante Notario Público. No obstante, respecto al valor de las actas notariales señaló que aquellas "solo dan fe de maquinarias en el predio y trabajos de limpieza, de excavaciones y de algunos niveles y trazados (...) que no resulta suficiente para acreditar que se hubieren realizado los trazados del proyecto"¹²².

Es decir, si bien reconoce que las certificaciones notariales dan fe respecto a ciertos hechos evidentemente una simple certificación no implica

¹¹⁹ *Inmobiliaria Ibsen Limitada con I. Municipalidad de Valparaíso* (2020).

¹²⁰ Véase, a modo ejemplar, *Flores Urbina con Dirección de Obras Municipales de Las Condes* (1996).

¹²¹ Véase, a modo ejemplar, *Inmobiliaria Plazuela Los Toros con Directora de Obras Municipales de Puente Alto* (1993) y Dictamen N° 84.791(2015).

¹²² Dictamen N° 51.178 (2015).

que efectivamente exista un inicio de obras como lo requiere la normativa urbanística, lo que debe ponderarse.

En segundo lugar, el libro de obras es usualmente utilizado como un antecedente esencial. Este es un documento con páginas numeradas que consigna las instrucciones y observaciones de profesionales, inspectores técnicos e inspectores de la DOM que debe existir obligatoriamente en el lugar de la obra y debidamente actualizado¹²³.

Así, en casos se ha utilizado como base para la constatación de la realización de trazados y el inicio de las excavaciones por parte de los equipos profesionales contratados¹²⁴.

En tercer lugar, se han utilizado informes técnicos de inspección en terreno, informes periciales o informes en derecho por profesionales afines.

En el caso “Inmobiliaria Ibsen” la Inmobiliaria acompañó dos nuevos antecedentes consistentes en un Informe Pericial Arquitectónico y un Informe Técnico de una Universidad, los cuales fueron antecedentes claves para que el DOM decidiera mantener firme el señalado permiso. Luego, la misma Corte Suprema validó dicho razonamiento y la valoración de la prueba efectuada por la calidad técnica de dichos antecedentes¹²⁵.

En cuarto lugar, pueden acompañarse fotografías y videos.

Ya desde 1993 la Corte Suprema ha afirmado la existencia de obras mediante fotografías, en ese caso protocolizadas ante notario¹²⁶. Luego, de forma reciente se ha extendido cada vez más la tendencia a acompañar fotografías y videos privados, los que si bien constituyen medios probatorios admisibles generan la dificultad de determinar fehacientemente su fecha, pero que son de gran utilidad práctica.

En cuanto a fotografías de registros satelitales CGR ha señalado que es una herramienta que “*por si sola y dada su naturaleza, no constituye un medio idóneo para hacer fe*”¹²⁷.

En quinto lugar, podrían ser antecedentes relevantes la prueba documental consistente en contratos de construcción, órdenes de compra o facturas de servicios de excavaciones y/o trazados¹²⁸.

Finalmente, nada obsta a que se utilicen elementos probatorios propios del proceso civil como sería la prueba testimonial de los profesionales que in-

¹²³ Artículo 143 de la LGUC y 1.1.2. de la OGUC.

¹²⁴ A modo ejemplar, véase Dictamen N° 84.791(2015).

¹²⁵ *Inmobiliaria Ibsen Limitada con I. Municipalidad de Valparaíso* (2020).

¹²⁶ Véase, a modo ejemplar, *Inmobiliaria Plazuela Los Toros con Directora de Obras Municipales de Puente Alto* (1993).

¹²⁷ Dictamen N° 51.178 (2015).

¹²⁸ *Santander Investment Chile Limitada con Dirección de Obras de la I. Municipalidad de Viña Del Mar* (2005).

tervinieron en su ejecución o que se pida una inspección personal del órgano facultado, es decir, una visita inspectiva de la DOM.

IV. Límites a la constatación de la caducidad

Del hecho de que la DOM se limite a constatar el mero transcurso del tiempo que produce la caducidad no se sigue que esta potestad no tenga límites temporales o sustantivos.

Lo anterior por cuanto para que la voluntad administrativa tenga sentido debe ser manifestada oportunamente. Así con el paso del tiempo, las situaciones de hecho que sirven de fundamento pueden desaparecer o sufrir importantes modificaciones, de manera que puede viciar de ilegalidad al acto administrativo¹²⁹.

Asimismo, tampoco le es posible constatar la caducidad a la DOM cuando:

1. Existan actos administrativos firmes que hayan constatado la vigencia durante el mismo periodo (arts. 3 y 51 LBPA); o
2. Existen resoluciones judiciales firmes y ejecutoriadas que hayan constatado la vigencia durante el mismo periodo (art. 240 CPC y art. 76 CPR);

La existencia de estos actos provocaría una confianza legítima en el titular del permiso¹³⁰ y, en el caso de actos previos de la misma DOM, implicaría desconocer actos propios que viciarían de ilegalidad su actuar como aconteció en el caso “Mall 14 Norte” en que se buscaba caducar un permiso tras 15 años de su otorgamiento, tras haber afirmado su vigencia la misma DOM en actos previos y tras haber construido el titular gran parte de la obra. Aquello evidentemente repugna principios esenciales del estado de derecho¹³¹.

Finalmente, la Corte Suprema en el año 2012 señaló que no procede constatar la caducidad u ordenar constatar la caducidad de un permiso de edificación con posterioridad a la recepción definitiva por cuanto el artículo 20 de la LGUC señala que las acciones prescriben al momento de la recepción¹³².

V. Efectos de la caducidad

El efecto propio de la caducidad es que el permiso de edificación se extingue, por ende, lo que previamente se encontraba autorizado ya no puede construirse.

Así, hay que diferenciar ciertas situaciones:

¹²⁹ FELIU, 2015.

¹³⁰ BERMÚDEZ 2015.

¹³¹ Véase, MARÍN 2015.

¹³² *Vigo Inmobiliaria con Seremi de Vivienda y Urbanismo* (2011), confirmada por *Vigo Inmobiliaria con Seremi de Vivienda y Urbanismo* (2012).

1. Si no existía edificación, el propietario puede presentar otra solicitud idéntica en caso de no haberse modificado las normas urbanísticas del IPT. Si se modificaron las normas, debe ajustarse a las nuevas condiciones urbanísticas;
2. Si existían edificaciones construidas y no recibidas, deben regularizarse. De existir edificaciones que no son regularizables por haberse modificado el IPT, son construcciones que quedan sujetas al decreto de demolición (art. 148 LGUC)¹³³.

Estos tienen en común que –para solicitar un nuevo permiso– deben pagarse nuevamente los derechos municipales, lo que en caso de proyectos de gran envergadura suele ser de un monto considerable¹³⁴.

Lo dramático de la caducidad se deja ver con mayor facilidad cuando el permiso de edificación fue otorgado en virtud de normas urbanísticas más ventajosas que ya no existen por haberse modificado el IPT. Casos como este han existido varios, siendo “Pumpin” y “Alto Las Condes II” los casos insignes¹³⁵.

Ahora, ¿qué pasa en proyectos por etapas en los cuales existen etapas recibidas y otras ejecutadas y/o en trámite de recepción? La doctrina ha señalado que la caducidad solo produce efectos hacia el futuro, no pudiendo afectar situaciones jurídicas consolidadas¹³⁶.

Así, si bien el permiso de edificación jurídicamente se extingue, esto no afecta a las etapas ya recepcionadas, por cuanto aquellas cerraron su ciclo constructivo.

Lo anterior ha sido reafirmado por la DDU¹³⁷, y también fue afirmado recientemente por la Corte Suprema en el caso “Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A.” en que señaló que la caducidad del permiso que contempla tres etapas solo afecta a la tercera aún no iniciada, no afectando a la primera (ya recibida) y a la segunda (en trámites de recepción definitiva parcial)¹³⁸.

Conclusiones

En 2006 la CGR definía a la caducidad como “una norma de derecho público que busca proteger la certeza y confianza jurídica (...)”¹³⁹. Como se pudo apreciar, en la actualidad es posible desprender un estatuto más o menos

¹³³ Véase, a modo ejemplar, Dictamen N° 5537 (2012).

¹³⁴ Conforme al artículo 126 y 130 de la LGUC, los permisos de obra nueva pagan 1,5% del presupuesto de la obra.

¹³⁵ En “Alto Las Condes II” el permiso de edificación N° 121/2000 autorizó la edificación de un edificio de 55 pisos, mientras que, tras la entrada en vigencia del Plan Regulador Comunal de Vitacura, esta zona admitía una altura máxima de 12 pisos.

¹³⁶ FLORES 2017, 226.

¹³⁷ Circular DDU Específica N° 02/2008.

¹³⁸ *Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A. con Municipalidad de Recoleta y otros* (2020).

¹³⁹ Contraloría General de la República, Dictamen N° 38.824-2006, 21 de agosto de 2006.

certero de la caducidad en relación a algunos de sus componentes, tales como:

1. La caducidad se produce por el no ejercicio de un derecho en un plazo de tres años ya sea por no iniciar la obra o paralizarla durante ese lapso.
2. Una obra se entenderá iniciada una vez realizados todos los trazados y comenzadas las excavaciones contempladas en los planos del proyecto.
3. La verificación de estos presupuestos dice relación con una cuestión de hecho, de lo que se siguen variadas consecuencias como que la simple emisión de actos administrativos no son antecedentes suficientes para determinar la ejecución de obras.
4. Existen diversas acciones que no constituyen excavaciones para efectos de la caducidad, tales como la ejecución de obras preliminares o instalaciones de faenas, acciones de limpieza, despeje y movimientos de tierra.
5. La forma de operar automática de la caducidad transcurrido el plazo de tres años ha sido matizada por la Corte Suprema en casos de falta de inicio o paralizaciones de obras no imputables a los titulares producto de ordenes de autoridad administrativa o judicial, teniendo en cuenta un aspecto subjetivo del actor, como la ausencia de negligencia, para verificar la oportunidad de una sanción como la caducidad, y no el simple transcurso del tiempo.
6. En proyectos por etapas, para el inicio de obras debe considerarse la ejecución de la totalidad de los trazados y el comienzo de las excavaciones no admitiendo excepciones en razón de su modalidad de desarrollo.
7. La caducidad opera de forma automática y se constata por la autoridad administrativa mediante un acto administrativo terminal que debe ser motivado.
8. La Dirección de Obras Municipales es el órgano competente para constatar la caducidad, sin perjuicio de las facultades del Alcalde, Seremi Minvu y CGR de conocer reclamaciones en contra de los actos de la DOM.
9. La Corte Suprema ha tenido una lectura restrictiva respecto a la exigencia de un procedimiento administrativo previo, señalando que el acto de constatación de caducidad no lo requiere.
10. Existen ciertos límites a la constatación de caducidad como lo es la existencia de actos administrativos o resoluciones judiciales que hayan constatado la vigencia durante el mismo periodo.
11. El efecto de la caducidad es la extinción del permiso de edificación, lo que no afecta a las etapas ya recepcionadas en proyectos por etapas.

Sin perjuicio de este estatuto más o menos certero de la caducidad del permiso de edificación, de la revisión jurisprudencial es posible ver que su interpretación ha generado bastante incerteza jurídica en diversos proyectos. Lo anterior por cuanto, la discusión sobre qué debe entenderse por “trazados”, “excavaciones” o “paralización”, su aplicación en proyectos por etapas o la procedencia de posibles suspensiones no se encuentran reguladas en los escuetos dos incisos que la OGUC dedica a reglamentar la caducidad.

Cabe señalar que esto genera efectos prácticos relevantes como fue posible analizar precedentemente: la incerteza en la configuración de estos elementos afecta el desarrollo de diversos proyectos y genera una gran cantidad de controversias que terminan ventilándose tanto en sede administrativa como judicial. Luego, es posible pensar soluciones de *lege ferenda* que otorguen más certezas a todos los actores involucrados, las que debiesen hacerse cargo de regular con mayor precisión estos nudos críticos que de la revisión jurisprudencial es posible desprender.

De hecho, el gobierno anterior ingresó a CGR un decreto para modificar el artículo 1.4.17. de la OGUC teniendo como antecedente que la caducidad “ha originado mayores problemas interpretativos (...) derivando en una creciente judicialización de casos e incerteza jurídica”¹⁴⁰ el que, no obstante, que fue retirado por el gobierno entrante el día después de haber asumido.

Es de esperar que pronto se impulse una regulación orgánica de esta relevante institución. Lo anterior, teniendo en consideración que todo hacer presagiar que la caducidad será aún más problemática en los tiempos venideros por los estragos dejados por la pandemia del Covid-19¹⁴¹.

Bibliografía citada

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1941). *Curso de Derecho Civil. Tomo 3. De las Obligaciones*. Editorial Jurídica.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2015). La potestad invalidatoria de la I. Municipalidad de Viña del Mar y su Dirección de Obras Municipales. Informe en derecho presentado en *Novoa Balmaceda con Reginato y otros*, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 31 de mayo de 2016 (Rol N° 1654-2015).
- BOCCHI JIMÉNEZ, Giannina (2022). La publicidad de los permisos de edificación: una incorrecta aplicación supletoria de la Ley N° 19.880. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (35), 275-292.
- CARMONA SANTANDER, Carlos (2019). Algunos aspectos de la caducidad del permiso de edificación otorgado por la Dirección de Obras Municipales. Informe en derecho presentado en *Arturo Fermandois Vohringer por Constructora Riviera Ltda. contra sr. Alcalde Ilustre Municipalidad de Quintero*, 18 de abril de 2019, Corte de Apelaciones de Valparaíso (Rol N° 70/2018).

¹⁴⁰ Decreto N° 2 de 2022 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo de fecha 10 de enero de 2022.

¹⁴¹ A propósito de la emergencia sanitaria surge otra controversia respecto a la caducidad que ha enfrentado a la DDU (circulars N° 429, 436 y 445) y a CGR (dictamen N° 190.915-2022), lo que repercute que ya ha llevado diversos casos a los tribunales (A modo ejemplar, “Inmobiliaria Alto Las Pircas con Municipalidad de Peñalolén”, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol C-63-2022).

- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2017). Sobre la declaración de caducidad de los permisos de edificación y las garantías formales que establece nuestro ordenamiento jurídico. Informe en derecho presentado en la causa de la Corte de Apelaciones de San Miguel Rol N° 135/2016 (y Corte Suprema Rol N° 31170/2017).
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2021). El permiso de construcción desde la perspectiva del Derecho administrativo general. Análisis de sus principales problemas a nivel jurisprudencial. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (33), 33-70.
- CORDERO VEGA, Luis (2018). Villa San Luis y el derecho al Procedimiento Administrativo. *El Mercurio Legal*. <https://www.elmercurio.com/legal/Registro/Login.aspx?urlBack=/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/07/30/Villa-San-Luis-y-el-derecho-al-Procedimiento-Administrativo.aspx>
- CORDERO VEGA, Luis (27 de febrero de 2019).. Sobre los aspectos generales de la evaluación ambiental y la permisología sectorial. *Opinión Legal para Comisión Nacional de Productividad*. https://www.cnep.cl/wp-content/uploads/2019/04/Nota-t%C3%A9cnica-2_Opin%C3%B3n-legal-Comisi%C3%B3n-Nacional-de-Productividad-Luis-Cordero.pdf
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel y ENTEICHE ROSALES, Nicolás (2015). La estabilidad de los actos administrativos urbanísticos. *Revista Actualidad Jurídica* (31), 235-266.
- FELIU SEGOVIA, Olga (2015). Informe en derecho presentado en *Novoa Balmaceda con Reginato y otros*, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 31 de mayo de 2016 (Rol N° 1654-2015).
- FIGUEROA VALDÉS, Patricio y FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo (2016). *Urbanismo y Construcción*. Legal Publishing.
- FERNÁNDEZ RICHARDS, José y HOLMES SALVO, Felipe (2009). *Manual de Derecho Urbanístico*. Editorial Jurídica de Chile.
- FERNÁNDEZ RICHARDS, José (2012). Síntesis de la evolución histórica experimentada por la legislación urbanística chilena. *Revista de Derecho* (28), 51-75.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2017). La caducidad de los actos administrativos. *Revista de Derecho de Valdivia* (XXX - N° 2), 225-249.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2021). La prueba como elemento esencial del debido procedimiento administrativo. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (33), 5-32.
- JARA SCHNETTLER, Jaime y MATURA MIQUEL, Cristian (2009). Actas de fiscalización y debido procedimiento administrativo. *Revista de Derecho Administrativo. Doctrina. Legislación. Jurisprudencia* (3), 1-28.
- MARÍN, Urbano (2015). Situación de proyecto de construcción de Mall de Viña del Mar. Informe en derecho presentado en causa "Novoa Balmaceda con Reginato y otros", Corte de Apelaciones de Valparaíso, 31 de mayo de 2016, Rol N° 1654-2015.
- MENDOZA, Ramiro y GILLMORE, Roberto (2019). Sobre la correcta aplicación de la normativa vigente sobre caducidad de los permisos de edificación. Informe en derecho presentado ante la Corte Suprema causa Rol 29.614-2019.
- MORAGA KLENNER, Claudio (2010). *Tratado de Derecho Administrativo: La actividad formal de la administración del Estado*. Legal Publishing.
- PARADA, Ramón (1999). *Derecho Urbanístico*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2011). La caducidad en el Derecho Civil Chileno, Estudios de Derecho Privado. En Zúñiga Tejos [Coord.], *Libro Homenaje al Jurista al Rene Abeliuk Mansevich* (pp. 231-250). Editorial Jurídica de Chile.

Jurisprudencia citada

- Bravo Perrea con Superintendencia de Educación Escolar* (2015): Corte Suprema, 2 de septiembre de 2015 (Rol N° 7189-2015). Tercera Sala. [Apelación Reclamación].
- Cencosud Shopping S.A con Municipalidad de Vitacura* (2022): Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 238-2022). [Reclamación].
- Constructora e Inmobiliaria Presidente Riesco con Ministerio de Educación* (2018): Corte Suprema, 23 de julio de 2018 (Rol N° 8136-2018). Tercera Sala. [Apelación Protección].

- Constructora Río Colorado S.A. con Municipalidad de Puente Alto* (2018): Corte Suprema, 21 de junio de 2018 (Rol N° 37.170-2017). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 98.596-1973, de 12 de diciembre de 1973.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 39.887-1999, de 18 de octubre de 1999.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 38.824-2006, de 21 de agosto de 2006.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 46.092-2006, de 29 de septiembre de 2006.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 49.531-2008, de 22 de octubre de 2008.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 13.207-2010, de 12 de marzo de 2010.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 35.166-2010, de 29 de junio de 2010.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 568.880-2011, de 7 de septiembre de 2011.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 5537-2012, de 27 de enero de 2012.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 25.469-2013, de 25 de abril de 2013.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 37.927-2013, de 17 de junio de 2013.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 64.073, de 4 de octubre de 2013.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 72.572- 2014, de 22 de septiembre de 2014.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 95.979-2014, de 11 de diciembre de 2014.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 4981-2015, de 22 de mayo de 2015.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 51.178-2015, de 25 de junio de 2015.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 73.004, de 11 de septiembre de 2015.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 84.791-2015, de 26 de octubre de 2015.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 90.257, de 13 de noviembre de 2015.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 58.011-2016, de 5 de agosto de 2016.
- Contraloría Regional de Valparaíso. Oficio N° 3908, de 11 de abril de 2018.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 25.188-2018, de 8 de octubre de 2018.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 58.928-2020, de 11 de diciembre de 2020.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 93.393-2021, de 8 de abril de 2021.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 124.211-2021, de 23 de julio de 2021.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 190.915-2022, de 4 de marzo de 2022.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 190.893-2022, de 4 de abril de 2022.
- Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A. con Municipalidad de Recoleta y otros* (2020): Corte Suprema, 15 de abril de 2020 (Rol N° 29.945-2018). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Enel Distribución con Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2022): Corte Suprema, 18 de febrero de 2022 (Rol N° 30.424-2021). Tercera Sala. [Apelación Reclamación].
- Flores Urbina con Dirección de Obras Municipales de Las Condes* (1996): Corte Suprema, 6 de noviembre de 1996 (Rol N° 3470-1996). Tercera Sala. [Apelación Protección].
- Furche Guajardo con Director de Obras Municipales de Ñuñoa* (2018): Corte Suprema, 21 de agosto de 2018 (Rol N° 8.526-2018). Tercera Sala. [Apelación Protección].
- Hernán Ovalle Garcés con Ilustre Municipalidad de Concón* (2012): Corte Suprema, 15 de noviembre de 2012 (Rol N° 2730-2010). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Iglesia Bendecidos para Bendecir con Seremi de Vivienda y Urbanismo* (2018): Corte Suprema, 30 de agosto de 2018 (Rol 13.205-2018). Tercera Sala. [Apelación Protección].
- Inmobiliaria e Inversiones El Rincón Limitada con I. Municipalidad de Lo Barnechea* (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de julio de 2010 (Rol 8572-2008).
- Inversiones Quintalí Limitada con Municipalidad de Pudahuel* (2018): Corte Suprema, 20 de julio de 2018 (Rol N° 49.911-2016). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Inmobiliaria Casa de Italia S.A. con Ministerio de Educación* (2018): Corte Suprema, 19 de febrero de 2018 (Rol N° 38.745-2017). Tercera Sala. [Apelación Protección].

- Inmobiliaria Plazuela Los Toros con Directora de Obras Municipales de Puente Alto* (1993): Corte Suprema, 30 de abril de 1993 (Rol N° 20.837-1993). Tercera Sala. [Apelación Protección].
- Inmobiliaria e Inversiones El Rincón Limitada con I. Municipalidad de Lo Barnechea* (2010): Corte Suprema, 20 de enero de 2012 (Rol N° 7660-2010). Tercera Sala. [Apelación Protección].
- Inmobiliaria Ibsen Limitada con I. Municipalidad de Valparaíso* (2019): Corte de Apelaciones, 25 de julio de 2019 (Rol N° 47-2018). [Cont. Adm-ilegalidad].
- Inmobiliaria Alto Las Pircas con Cholasky* (2021): Corte Suprema, 19 de noviembre de 2021 (Rol N° 87.418-2021). Tercera Sala. [Apelación Protección].
- Inmobiliaria Ibsen Limitada con I. Municipalidad de Valparaíso* (2020): Corte Suprema, 18 de marzo de 2020 (Rol N° 24.227-2019). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Inmobiliaria Travesía SpA con Municipalidad de Pudahuel* (2020): Corte Suprema, 7 de agosto de 2020 (Rol N° 29.614-2019). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Junta de Vecinos de Recreo con Dirección de Obras Municipales de Viña del Mar* (2008): Corte Suprema, de 30 de septiembre de 2008 (Rol N° 4.349-2008). Tercera Sala [Apelación Protección].
- Kunstmann Carrillo con Fisco de Chile* (2004): Corte Suprema, 13 de enero de 2004 (Rol N° 5113-2003). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Lautaro Ríos Álvarez con I. Municipalidad de Viña del Mar* (2013): Corte Suprema, 18 de noviembre de 2013 (Rol N° 377-2012). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Lautaro Ríos Álvarez con I. Municipalidad de Viña del Mar* (2011): Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 1612-2010, 11 de noviembre de 2011.
- Mondaca Saavedra con Fisco de Chile* (2021): Corte Suprema, 1 de agosto de 2022 (Rol N° 14.250-2021). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Madrid con Monje* (2021): Corte Suprema, 30 de septiembre de 2022 (Rol N° 92.239-2021). Tercera Sala. [Apelación Protección].
- Novoa Balmaceda con Reginato y otros* (2016): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 31 de mayo de 2016 (Rol N° 1654-2015). [Civil-ilegalidad].
- Santa Cruz Eyzaguirre Juan y otros con Municipalidad de Vitacura* (2020): Corte Suprema, 13 de marzo de 2020 (Rol N° 6.755-2019). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Santander Investment Chile Limitada con Dirección de Obras de la I. Municipalidad de Viña Del Mar* (2015): Corte Suprema, 13 de julio de 2005 (Rol N° 2392-2005). Cuarta Sala. [Apelación Protección].
- Sonia y otros Araya Tapia con Director de Obras de la Municipalidad de Viña del Mar* (2013): Corte Suprema, 5 de agosto de 2013 (Rol N° 11.389-2011). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Supermercados Unimarc con Dirección de Obras Municipales de Las Condes* (1987): Corte Suprema, Rol N° 10.089-1987 en Fallos del Mes N° 340 (marzo 1987), pp. 25 y ss.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Molinera del Norte S.A. respecto de los artículos 62, inciso segundo, y 160 del DFL N° 458, que aprueba la Ley General de Urbanismo y Construcciones, en los autos sobre recurso de casación en el fondo, caratulados "Molinera del Norte con I.M. de A., Rol N° 16.814-2013 (Corte Suprema): Tribunal Constitucional, 27 de enero de 2015 (Rol N° Rol 2643-215). Primera Sala. [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Valderas con Dirección de Educación Pública* (2020): Corte Suprema, 30 de julio de 2021 (Rol 122.215-2020). Tercera Sala. [Apelación Protección].
- Vásquez Castillo con Contraloría Regional del Biobío* (2021): Corte Suprema, 16 de diciembre de 2021 (Rol N° 38.002-2021). Tercera Sala. [Apelación Protección].
- Vigo Inmobiliaria con Seremi de Vivienda y Urbanismo* (2011): Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de agosto de 2011 (Rol N° 7192-2011). Tercera Sala. [Apelación Protección].
- Vigo Inmobiliaria con Seremi de Vivienda y Urbanismo* (2012): Corte Suprema, 1 de agosto de 2012 (Rol N° 3703-2012). Tercera Sala. [Apelación Protección].
- Zepeda Pardo con Director de Obras Municipales de Independencia* (2012): Corte Suprema, 26 de noviembre de 2012 (Rol N° 6969-2012). Tercera Sala. [Apelación Protección].

Normativa citada

- Código Civil [CC]. Decreto N° 1 de 2000 [con fuerza de ley]. 30 mayo 2000 D.O. N° 36.676.
- Código de Procedimiento Civil [CPC]. Ley N° 1.552 de 1902. 30 de agosto de 1902. D.O. N° 7840.
- Código Orgánico de Tribunales [COT]. Ley N° 7.421 de 1943. 15 de junio de 1943. D.O. N° 19.583.
- Constitución Política de la República de Chile [CPR] de 1980. 21 de octubre de 1980.
- Decreto N° 458 de 1975 [Ministerio de Vivienda y Urbanismo]. Ley General de Urbanismo y Construcciones. 18 de diciembre de 1975.
- Decreto N° 47 de 1992 [Ministerio de Vivienda y Urbanismo]. Fija el texto de la Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. 15 de junio de 1992.
- Decreto N° 345 de 1931 [con fuerza de ley]. Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones. 30 de mayo de 1931. D.O. N° 15.984
- Ley N° 19.880 de 2003. Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado. 29 mayo 2003. D.O. N° 37.570.
- Ley N° 10.336 de 1952. Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República. 2 de mayo 1952. D.O. N° 23.460.
- Ley N° 18.695 de 2006. Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. 26 de julio de 2006. D.O. N° 38.523.

El análisis de la actuación estatal en supuestos de expropiación indirecta de inversiones foráneas, tras una década de práctica arbitral*

The analysis of State action in cases of indirect expropriation of foreign investments after a decade of arbitral practice

Ivette S. Esis Villarroel**

A través del estudio de laudos arbitrales dictados en la última década, este trabajo tiene como objetivo determinar la existencia de elementos de análisis comunes de los árbitros para examinar la actuación estatal en litigios de expropiación indirecta de inversiones extranjeras. Utilizando el método inductivo, se revisaron 172 laudos dictados entre los años 2010 y 2021. De ellos, se sistematizaron y analizaron 149. Partimos de la hipótesis inicial conforme a la cual algunos tribunales en la actualidad analizan con más detalle tal actuación. Este estudio arrojó hallazgos de interés. En primer lugar,

Through the study of different arbitral awards issued in the last decade, this work aims to determine the existence of common analytical elements of arbitrators to examine state action in indirect expropriation of foreign investments cases. Using the inductive method and the *case-by-case approach* method, 172 awards issued between 2010 and 2021 were reviewed. Of these, 149 were systematized and analyzed. We start from the initial hypothesis according to which some tribunals currently analyze such action in more detail. This study yielded several

RESUMEN / ABSTRACT

* Este trabajo forma parte del Proyecto ANID/ Fondecyt Iniciación No. 11190168, financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de Chile (ANID), titulado "Protección de la inversión chilena en el exterior frente al riesgo de expropiaciones indirectas", del cual Ivette S. Esis Villarroel es Investigadora Responsable. La autora agradece a María Gabriela De Abreu Negrón y Gabriel Briceño, ayudantes de investigación del referido Proyecto, por su colaboración en la revisión de laudos arbitrales; así como también agradece al Prof. Dr. Jaime Phillips por sus valiosos comentarios y aportes.

** Académica e investigadora. Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae (Santiago, Chile). Doctora en Derecho (Universidad de Valencia, España). Correo electrónico: iesis@uft.cl / ivette.esis@gmail.com Dirección postal: Avenida Pedro de Valdivia 1509, Edificio Pocuro, piso 3. Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae, Santiago de Chile.

Este artículo fue recibido el 5 de enero de 2022 y aceptado el 10 de noviembre de 2022.

se demostró que en 42% de los casos la revisión del acto estatal no fue considerado como un criterio identificador de expropiaciones indirectas. Incluso, en un 2% de los casos fue calificado como un elemento no relevante. Mientras que en 47% de los litigios sí fue analizado. De este porcentaje, en 26% de los casos se consideró un acto legítimo, mientras que en 21% se trató de un acto ilegítimo, vale decir, que constituyeron expropiaciones indirectas. En 9% de los casos, se determinó que la actuación estatal era de *iure gestionis* y no de *iure imperii*. En segundo lugar, se determinó la existencia de cuatro elementos en el examen realizado por los tribunales arbitrales: (a) la identificación de la actuación o conducta atribuible al órgano estatal reclamada por el inversor; (b) la presunción de legitimidad de la actuación del órgano estatal; (c) los supuestos de ilegítima actuación del órgano estatal; y, (d) la carga de la prueba. Consideramos que el examen de la actuación estatal es muy importante dado que permite la realización de un estudio exhaustivo del problema planteado y que su resolución sea mucho más completa y transparente para las partes involucradas y para la colectividad. Si la medida realmente atiende a objetivos públicos estaríamos en presencia de una actuación soberana y legítima del Estado. En cambio, si se demuestra que no ha sido así, podría activarse el sistema de responsabilidad de los Estados por la comisión de actos contra el Derecho Internacional. Bajo este escenario, puede enfrentarse el Estado anfitrión a costosos litigios, al detrimento de la calidad de vida de sus ciudadanos por la generación de deuda pública no financiera externa y al aumento del riesgo reputacional frente a sus pares en la comunidad internacional.

Palabras clave: Derecho internacional, expropiación directa e indirecta, arbitraje de inversiones, carácter de la medida estatal.

findings. In the first place, it was shown that in 42% of the cases the revision of the state action was not considered as an identifying criterion of indirect expropriations. In 2%, it was even classified as a non-relevant element. While in 47%, the state measure was analyzed. Of this percentage, in 26% of the cases it was considered a legitimate act, while in 21% it was an illegitimate act. In 9% of the cases, it was determined that the state action was *iure gestionis* and not *iure imperii*. In second place, the study showed the existence of four common elements that correspond to (a) the identification of the action or conduct attributable to the State organ claimed by the investor; (b) the presumption of legitimacy of the State organ's action; (c) the assumptions of illegitimate action by the State. We believe that the examination of State action is very important since it allows an exhaustive study of the problem raised and that its resolution is much more complete and transparent for the parties involved and for the community. If the measure really meets public objectives, we would be in the presence of a sovereign and legitimate action by the State. However, if this proves not to have been the case, the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts system may be engaged. Under this scenario, the host State may face costly litigation, detriment to the quality of life of its citizens through the generation of external non-financial public debt and increased reputational risk vis-à-vis its peers in the international community.

Keywords: International Investment Law, direct and indirect expropriation, investment arbitration, character of State measures.

Introducción

El Derecho Internacional Económico y, en particular, el régimen jurídico internacional de las inversiones extranjeras y los mecanismos de solución de conflictos inversor-Estado, se ha convertido en un área muy relevante durante las últimas décadas. Convergen en ella tres grandes intereses: los del Estado receptor de la inversión, que requiere atraer la inversión extranjera directa a los fines de mejorar sus condiciones socioeconómicas; los del Estado de origen del inversionista, que desea que su nacional sea tratado conforme a los estándares negociados en el tratado que lo vincula con el Estado anfitrión; y los del inversor, quien asume diversos riesgos para obtener lucro más allá de sus fronteras¹. Esta convergencia de intereses ha dado lugar a la celebración de casi 3000 tratados bilaterales y de capítulos especiales incorporados en tratados de libre comercio, con el propósito de brindar la seguridad jurídica requerida para incentivar el flujo internacional de la inversión extranjera directa².

Buena parte de estos tratados contiene reglas sustantivas como trato justo y equitativo, plena protección y seguridad, tratamiento nacional, cláusula de nación más favorecida, libre transferencia de capitales. Pero, también, cláusulas de resolución de conflictos entre Estados sobre la interpretación y el cumplimiento del instrumento convencional. Y, en muchos casos, se incorporan mecanismos de solución de controversias entre inversores extranjeros y Estados receptores de inversión como la negociación y el arbitraje de inversiones. Este tipo particular de arbitraje se caracteriza por ser un denominado *ternium genus* entre el arbitraje de Derecho Internacional Público y el arbitraje comercial³, toda vez que lo que se ventila en este tipo de litigios se refiere a la violación o no por parte del Estado de un tratado de inversiones.

El interés que ha suscitado el arbitraje de inversiones ha ido en aumento en consideración no solo al número de casos iniciados por inversionistas contra Estados receptores –administrados por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y otras instituciones arbitrales como la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) o el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC, en siglas inglesas)–, sino también debido al interés público que en estos arbitrajes se ventila: (i) desde el escrutinio que realizan algunos tribunales arbitrales sobre las acciones y omisiones del Estado receptor reclamadas por los inversores como violatorias de alguna de las garantías materiales ofrecidas en el tratado de inversión aplicable; (ii) la legitimidad y la transparencia de los procesos arbitrales; y, (iii) hasta la preocupación de los ciudadanos y las autoridades públicas por la deuda externa no financiera de los Estados, derivada de los laudos arbitrales condenatorios⁴.

¹ SALACUSE 2021, 52.

² UNCTAD 2022.

³ RUEDA 2009, 60.

⁴ FEBLES POZO 2020, 1-4; PALUMA, ESIS Y BRICEÑO 2020, 558-577.

Uno de los reclamos más frecuentes en la litigiosidad inversor-Estado se refiere a los casos de expropiación indirecta⁵. Consideradas medidas que –sin mediar un título traslativo de la propiedad del particular al Estado– generan el mismo efecto equivalente a una expropiación directa, su identificación responde al análisis de las circunstancias fácticas y legales de cada caso⁶. En esta tarea, la Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) coinciden en afirmar que deben ser analizados el grado de interferencia de la medida estatal en la propiedad del inversionista (impacto económico, duración de la medida); el carácter del acto estatal en estudio y la vulneración de las legítimas expectativas del inversor⁷. Desde el punto de vista doctrinal, seguido por la práctica de los arbitrajes de inversiones, existen dos grandes tendencias: Una, que considera que el criterio de identificación más importante debe ser la privación sustancial de la propiedad, como efecto o consecuencia de la medida estatal (denominado *sole effect doctrine*). Y, otra que exige el examen de todos los elementos recomendados por UNCTAD y OCDE, incluyendo el examen de la legitimidad de la acción del Estado receptor⁸.

Acogiendo la segunda posición, este trabajo tiene como objetivo determinar, a través del estudio de distintos laudos arbitrales dictados en la última década, la existencia de elementos de análisis comunes por parte de los árbitros para examinar la actuación estatal en los supuestos de expropiación indirecta de inversiones extranjeras. A pesar de la diversidad de tribunales arbitrales *ad hoc* y de la multiplicidad de fuentes aplicables, partimos de la hipótesis conforme a la cual algunos tribunales sí están examinando con detalle si el acto estatal atiende al interés público que el Estado indica proteger. Para cumplir con este propósito, utilizando el método *case-by-case approach* y el método inductivo, fueron identificados 172 laudos arbitrales dictados entre 2010 y 2021. De dicha cantidad, a la fecha de redacción de este trabajo, fueron analizados 149. No se incluyeron en este análisis laudos de jurisdicción ni los relativos a la violación de otras garantías. Excepcionalmente se consideraron algunos litigios sobre trato justo y equitativo y expropiación directa. De ahí que, en primer lugar, este trabajo contiene un breve análisis sobre la denominada *causa expropriandi* como requisito de una expropiación directa y lícita bajo el Derecho Internacional. En segundo lugar, se estudian las nociones generales del poder regulatorio de los Estados y su relación con las expropiaciones indirectas; y, de seguidas, exponemos los hallazgos encontrados en el referido estudio y nuestras reflexiones y conclusiones finales.

⁵ LIM *et al.*, 2019, 346.

⁶ ANTHONY 2017, 325.

⁷ OECD 2004; UNCTAD 2012, 62-63.

⁸ MC.LACHLAN y WEINIGER 2008, 295-296; SORNARAJAH 2015, 210; ZARRA 2017, 101; LÓPEZ ESCARCENA 2020, 118-119; PRISLAN 2021, 187.

I. La *causa expropriandi* como requisito de legalidad de una expropiación bajo el Derecho Internacional

Las reglas atinentes a la adquisición del derecho de propiedad sobre un activo corresponden a la regulación contenida en el derecho nacional (del Estado receptor) bajo el cual se constituye y, una vez adquirido, el Derecho Internacional le otorga la debida protección⁹. Ahora bien, este derecho no es absoluto debido a la existencia de limitantes en atención a su función social. En efecto, el derecho de propiedad está limitado al cumplimiento de objetivos de carácter general y la autoridad competente tiene la obligación de determinar en forma soberana cuál es la causa de utilidad pública o interés social perseguido¹⁰. En el Derecho Internacional, esta exigencia la observamos en el marco del régimen jurídico internacional de protección de derechos humanos y bajo el ámbito del denominado Derecho internacional de las inversiones (DII), entendida como un área especializada del Derecho internacional económico.

En el primer caso, el derecho de propiedad es reconocido en los artículos 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 1º del Protocolo adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Aunque escapa del objetivo de nuestro trabajo, sí debemos puntualizar ciertas consideraciones expresadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH). Por un lado, la CIDH ha expresado que las razones de utilidad pública o interés social constituyen uno de los requisitos para que un Estado pueda justificar válidamente la privación del derecho de propiedad, bajo los términos de la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 21)¹¹. Se considera que la privación o la restricción al derecho de propiedad responden a medidas de carácter excepcional y, por lo tanto, debe analizarse la legitimidad de utilidad pública que acompaña el acto estatal¹². La "utilidad pública" y el "interés social" –refiere la Corte– obedece a los bienes cuyo uso contribuya al desarrollo de una sociedad democrática¹³. Por otro lado, la CEDH también ha afirmado que la toma de una propiedad se justifica solo cuando se demuestra que la expropiación es en beneficio del interés público y conforme a los requerimientos legales correspondientes¹⁴. Aunque se admite el concepto amplio de la utilidad pública y se reconozca plena potestad soberana a las autoridades públicas para dictar legítimamente actos que

⁹ Douglas 2009, 52-53; Esis Villarroel 2018, 174-175; Cox 2019, 311-32. *América Móvil S.A.B. de C.V. v. República de Colombia* (2021), § 319.

¹⁰ QUEZADA RODRÍGUEZ 2018, 92-93. Kulick 2012, 50.

¹¹ *Ivcher Bronstein v. Perú* (2001) § 128, *Salvador Chiriboga v. Ecuador* (2008), § 61. BURGORGUE-LARSEN 2013, 625; LÓPEZ ESCARCENA 2014, 531-576.

¹² *Salvador Chiriboga v. Ecuador* (2008), § 65.

¹³ *Salvador Chiriboga v. Ecuador* (2008), § 73.

¹⁴ *Sharxhi y otros v. República de Albania* (2018), § 166-167. LÓPEZ ESCARCENA 2014, 63-65.

interfieran en el Derecho de propiedad de la persona, se exige también un estudio de proporcionalidad entre el interés general del colectivo y la protección del derecho de propiedad individual¹⁵.

En el segundo caso, bajo el ámbito del DII el Derecho de propiedad es también objeto de protección conforme a diversos tratados especiales en la materia (tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones y capítulos de inversiones contenidos en tratados de libre comercio). Dichos instrumentos convencionales contienen, generalmente, listas enunciativas de activos y de operaciones que califican como inversión¹⁶. Si el activo o la operación realizada por el inversionista foráneo en el territorio del Estado receptor se subsume en la referida lista, calificaría como inversión y, por consiguiente, estaría bajo el marco de protección material del tratado. En efecto, los convenios transfronterizos en materia de inversión reconocen la potestad soberana de los Estados a expropiar activos de nacionales y extranjeros, siempre que se cumplan con ciertos requisitos: (i) que atienda a una causa de interés público o de utilidad pública; (ii) que no se trate de una medida discriminatoria; (iii) que sea respetado el debido proceso y (iv) deba pagarse una compensación por la pérdida de la propiedad¹⁷.

En el marco del arbitraje de inversiones, el artículo 42 de la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Convención de Washington) establece que el tribunal arbitral debe aplicar el derecho elegido por las partes y, en su defecto, el derecho del Estado receptor y las normas de Derecho Internacional. Esto implica la revisión de ambos órdenes jurídicos, particularmente en supuestos cuando el tratado aplicable así lo exija; cuando el derecho interno remita la solución conforme al Derecho internacional; o, cuando no provea solución al respecto¹⁸. Al analizar con detenimiento algunos tratados de inversión, observamos que las nociones de "interés público" y la "utilidad pública o social" corresponden a la denominada *causa expropiandi*¹⁹. Y, en este punto, observamos tres tipos de regulación transfronteriza: (i) tratados que no tienen una definición de los términos "interés público" o de "utilidad pública"²⁰; (ii) otros convenios que indican que el "propósito público" o "*public purpose*"

¹⁵ *Sociedad Anónima del Ucieza v. Reino de España* (2014) § 71-73. Joseph 2013, 860.

¹⁶ MONEBHURRUN 2014, 12-15.

¹⁷ A modo ilustrativo podemos citar el artículo 6 del Convenio sobre promoción y protección recíproca del Reino de Noruega y la República de Chile, así como el artículo 10.9.1. del Capítulo IX del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos. En el caso de la República Popular de China, Chile celebró en 2006 un tratado de libre comercio que posee algunas disposiciones generales en materia de inversiones.

¹⁸ KULICK 2012, 14. HERNÁNDEZ 2016, p. 74. Véase también *América Móvil S.A.B. de C.V. v. República de Colombia* (2021), § 332-340.

¹⁹ LIM *et al.*, 2019, 324; REINISCH Y SCHREUER 2020, 187.

²⁰ Veáanse los artículos 6 del Tratado de promoción y protección de inversiones entre la República de El Salvador y la República de Chile (1996), del Tratado de promoción y protección de inversiones entre la República de Guatemala y la República de Chile (1996) y del Acuerdo de promoción y protección de inversiones entre la República de Cuba y la República de Chile (1996).

se refiere a un concepto del Derecho Internacional consuetudinario²¹; y (iii) tratados que expresamente remiten al orden jurídico de cada Estado involucrado en el tratado²².

El examen realizado por los tribunales arbitrales de la actuación estatal parte del consentimiento del propio Estado al celebrar y ratificar tratados que lo autorizan²³. Hace casi una década se pensaba que en el DII los tribunales arbitrales no examinaban la razón o motivación de una expropiación²⁴. Sin embargo, esto ha ido variando con el tiempo, a pesar de las dificultades que la práctica arbitral evidencia en la apreciación de la *causa expropriandi*. Esto obedece a que, tal como refieren Reinisch y Schreuer, los tribunales gozan de amplia discrecionalidad y han tomado decisiones divergentes en razón a los hechos de cada caso y a las soluciones contenidas en el tratado internacional aplicable²⁵. Como pueden verse en los dos literales que siguen a continuación, observamos en nuestro estudio dos tendencias:

A) Siguiendo lo planteado en el párrafo anterior, la primera tendencia corresponde a la de aquellos tribunales arbitrales que no entraron a analizar o examinar la motivación estatal de causa de utilidad pública o social de la medida expropiatoria. Pero, sin embargo, sí han objetado la falta de pago del Estado al inversor de una compensación²⁶. Varios ejemplos ilustran la situación planteada. En el litigio *Copper Mesa Mining Corp. v. Ecuador*, relacionado con la expropiación de una concesión para la explotación de cobre, el tribunal arbitral expresó que no era su función determinar el interés nacional de la República demandada. Sin embargo, debido a que no se respetó el debido proceso y no fue pagada la compensación correspondiente, declaró ilegal el acto expropiatorio bajo el tratado aplicable (Canadá-Ecuador)²⁷. En el asunto *Tenaris Talta v. Venezuela (I)*, el tribunal arbitral consideró que la nacionalización de los activos de los inversionistas fue ilegal al incumplir con el pago de la compensación convenida en los tratados de inversión aplicables²⁸. Y, en el litigio *Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC v. Bolivia*, el tribunal arbitral no cuestionó la causal de utilidad pública y beneficio social del Decreto de nacionalización de los activos de inversionistas ingleses en la empresa eléctrica Guaracachi, por no ser objeto de debate entre las partes y porque

²¹ Artículo 10.7: Expropiación e Indemnización CAFTA-Dr y el Protocolo Alianza del Pacífico, Capítulo 10, artículo 10.12. MARTÍNEZ-FRAGA y REETZ 2015, 124-125.

²² Acuerdo de Libre Comercio América Central y México (2011). Capítulo XI Inversión. Anexo 11.11.

²³ PÉREZ 2012, 318.

²⁴ JOSEPH 2013, 860.

²⁵ REINISCH Y SCHREUER 2020, 195-196, 204.

²⁶ *Stans Energy Corp. y Kutisay Mining LLC v. República de Kirguistán (II)* (2019), § 613; *Marion y Reinhard Unglaube v. República de Costa Rica* (2012), § 166; *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V. et al v. República Bolivariana de Venezuela* (2014), § 305; *OI European Group B.V. v. República Bolivariana de Venezuela* (2015), § 411.

²⁷ *Cooper Mesa Mining Corp. v. República de Ecuador* (2016), §6.64.

²⁸ *Tenaris S.A. y Talta-Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Ltda. v. República Bolivariana de Venezuela (I)* (2016), § 512.

—en su opinión— su definición y contexto deben seguir los postulados del Derecho interno boliviano²⁹. Lo que se refutó fue la falta de pago de la debida compensación por parte de Bolivia a los inversores.

B) La otra tendencia responde a la de ciertos tribunales arbitrales que examinan el carácter de la medida estatal. Este estudio lo realizan caso-a-caso, conforme a la normativa interna y al tratado aplicable. De esta forma, los árbitros analizan no solo si hubo o no privación del derecho de propiedad, sino también cuál fue el propósito público o causa de utilidad pública que justificó el Estado receptor como motivo para expropiar la inversión foránea. En este escenario, la carga de la prueba recae en el propio Estado para defenderse del alegato contrario del inversionista demandante. Así quedó reflejado en el caso *ADC Affiliate Limited et al v. Hungría*, cuyo tribunal arbitral explicó que la razón de interés estratégico del Estado de expropiar debe ser demostrado sino probado³⁰. Esto fue reiterado en el asunto *Koch Nitrogen International SÁRL v. Venezuela*, cuyo tribunal consideró que las políticas estatales previas al decreto de expropiación de los activos del inversor suizo en unas plantas de amoníaco y urea no violaron el tratado aplicable, debido a que fueron dictadas de buena fe con el propósito de atender a las necesidades alimentarias de la población³¹.

Esta tendencia nos parece adecuada dado que permite comprender qué ocurrió en cada litigio. Los requisitos convencionales exigen el cumplimiento de los requisitos, incluyendo la *causa expropriandi*. Solo tomar en cuenta si hubo o no pago de compensación y no la motivación estatal, hace que el examen de los árbitros no sea suficiente para determinar si la expropiación fue o no conforme al Derecho Internacional. A modo ilustrativo, en *Ioannis Kardassopoulos et al v. Georgia* el tribunal arbitral determinó que la expropiación de los intereses de los inversores —de origen griego e israelí— manifestada a través de la cancelación de una concesión y derechos de un *joint venture* para el desarrollo de un oleoducto— fue legítima en su motivación dado el interés de dicho país de potenciar su economía³².

Asimismo, en dos litigios se mostró la situación contraria: la presencia de un acto ilegítimo y no conforme bajo el DII. En primer lugar, en el asunto *Flughafen et al v. Venezuela*, la intervención y toma del control físico de las instalaciones de un aeropuerto concesionado por inversores de nacionalidad chilena y suiza, además de una serie de decisiones judiciales que avalaron la

²⁹ *Guaracachi America, Inc y Rurelec PLC v. Estado Plurinacional de Bolivia* (2014), § 437-438. También en el asunto *South American Silver Limited v. Estado Plurinacional de Bolivia* (2018), § 875, el tribunal arbitral consideró el incumplimiento de pago de la indemnización como elemento para considerar la ilegalidad de la expropiación. Sin embargo, en el litigio se demostró que el interés de la demandada en la expropiación de las concesiones mineras era evitar la continuidad de un conflicto social en la localidad.

³⁰ *ADC Affiliate Limited; ADC & ADMC Management Limited v. Hungría* (2016), § 431-432; *British Caribbean Bank Limited v. Belice* (2014), § 236.

³¹ *Koch Nitrogen International SÁRL v. República Bolivariana de Venezuela* (2017), § 7.17-7.20

³² *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs v. Georgia* (2010), § 391-392.

actuación de las autoridades administrativas, no lograron ser justificadas por la República demandada durante el arbitraje. En efecto, el tribunal arbitral consideró que las razones de utilidad pública o de “preservación de los derechos de los usuarios” no fueron debidamente probadas³³. Y, en segundo lugar, en el litigio *Vestey Group Limited v. Venezuela*, el tribunal arbitral examinó el interés público perseguido por las autoridades estatales cuando fueron expropiados activos propiedad del inversor inglés. La República argumentaba que la medida dictada obedecía a que la empresa no había demostrado los títulos de propiedad sobre las tierras de uso agrícola y, para asegurar el acceso de la población a los alimentos, ordenó su recuperación por razones de utilidad pública. El tribunal arbitral determinó la inexistencia de un vínculo o nexo entre el objetivo público declarado y la expropiación propiamente dicha, debido a que se evidenció que el inversor contribuía –junto al Estado– a la consecución de la seguridad alimentaria de la población³⁴.

II. La potestad regulatoria de los Estados versus los intereses de los inversionistas: la identificación de una expropiación indirecta

Como indicamos en líneas anteriores, las expropiaciones indirectas se distinguen por la inexistencia del título formal traslativo de la propiedad privada a manos del Estado, pero sus efectos son equivalentes a una expropiación directa³⁵. La práctica arbitral revela un elenco de actuaciones estatales que constituyen ejemplos ilustrativos de esta situación tales como la revocación o la anulación de licencias y permisos previamente otorgados; la imposición de cargas legales y fiscales desproporcionadas y arbitrarias; la ocupación temporal y forzosa de activos (en especial, de bienes inmuebles) por autoridades administrativas del Estado receptor; el dictamen de actos administrativos que interfieren en el manejo y administración de la inversión o que imposibilitan la repatriación de capitales, entre otros.

³³ *Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. v. República Bolivariana de Venezuela* (2014), § 528.

³⁴ En particular, el tribunal arbitral expresó que “(...) la idea es determinar si la medida tenía un nexo razonable con el propósito público declarado o, en otras palabras, era al menos capaz de promover ese propósito”. La República argumentó que el propósito de la toma de posesión de la empresa Agroflore –propiedad de los inversores ingleses– consistía en asegurar el acceso de la población a los alimentos. Sin embargo, durante el arbitraje, aceptó que la empresa fue muy productiva y que la producción de carne se vendía en el mercado nacional a precios regulados. Luego, un experto de la parte demandada testificó ante el tribunal que, para ese entonces, el gobierno venezolano importaba ganado del extranjero a precios más altos que los nacionales y luego subsidiaba su precio para revenderlo en el mercado a un bajo costo. Ante esta situación, el tribunal consideró que el inversionista compartía la carga con la República de satisfacer las necesidades alimentarias de la población. Y por el hecho de expropiarla, no mejoró dicho acceso dado que no se evidenció que la producción de carne aumentara luego del dictamen de la medida o que la población tuviese mayor acceso a ella”. *Vestey Group Limited v. República Bolivariana de Venezuela* (2016), § 293-300.

³⁵ FAYA RODRÍGUEZ 2013, 219-246. Asimismo, ver: *M. Meerapfel Söhne AG v. República Centroafricana* (2011), §354.

La doctrina ampliamente ha descrito dos grandes tipos: por un lado, la expropiación indirecta progresiva o *creeping expropriation* conformada por una serie de actos estatales que, en su conjunto, gradualmente afectan la propiedad y el control de la inversión; y, por otro, la denominada expropiación indirecta de carácter regulatorio, como consecuencia de las acciones del Estado receptor para proteger ciertos intereses colectivos legítimos³⁶. Precisamente esta última es la que más ha generado interés y puntos de inflexión³⁷.

Tal como refiere Montt, la existencia, el contenido y los límites al derecho de propiedad dependen de decisiones soberanas de órganos del Estado. En particular, respecto a los límites e intervenciones en ciertos sectores, cualquier cambio regulatorio sobre derechos económicos y libertades genera ganadores y perdedores³⁸. E, incluso –como explica Levashova– potencialmente puede frustrar expectativas de inversionistas creadas a partir de ese marco ofrecido inicialmente por el Estado receptor³⁹. Estas limitaciones e intervenciones privilegian la protección de ciertos ámbitos de la vida nacional para resguardar intereses tales como el cuidado del medioambiente, la salud pública, la protección de los intereses de los consumidores o la seguridad nacional, por sobre los intereses individuales de los ciudadanos⁴⁰.

Cuando se reclama la existencia de expropiaciones indirectas de inversiones foráneas por causa de una medida regulatoria, nos preguntamos: ¿cómo podemos distinguir si estamos en presencia de una medida estatal que realmente atiende a la protección de los “legítimos intereses” del Estado receptor –y, por tanto, no compensables– de aquéllas que, lejos de atender a esa motivación, constituyan una expropiación indirecta violatoria de los tratados internacionales de inversión, y por ende compensables? En principio, se presume la legitimidad de las medidas estatales cuando tienen como propósito la protección de un objetivo público legítimo, supuesto en el cual se considera que la actuación estatal se ha realizado de buena fe⁴¹.

Como se analiza en el punto 3 de este trabajo, en la práctica arbitral inversor-Estado se ha evidenciado un interesante elenco de casos donde se contrastan los intereses del Estado en preservar y cuidar legítimamente sus objetivos públicos y los del inversor en pro de mantener la operatividad y la viabilidad económica de su inversión⁴². Claramente este último asume una

³⁶ ANTHONY 2017, 327; SUÁREZ RODRÍGUEZ 2020, 648. LEVASHOVA 2019, 238-239.

³⁷ NOVAK 1996, 20-21; LEHMANN 2021, 75; MONTT 2009, 231; LEHMANN 2021, 74.

³⁸ MONTT 2012, 168-169.

³⁹ LEVASHOVA 2019, 153.

⁴⁰ HERNÁNDEZ 2016, 4. RIZO 2020, 73-100; KOLO 2016, 407-408. Véase también *Señor Tza Yap Shum v. República de Perú* (2011), § 145; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA y Vivendi Universal SA v. República Argentina* (2010), § 132-140.

⁴¹ UNCTAD 2012, 78; COX 2019, 152; LEVASHOVA 2019, 25; *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún v. Estado Plurinacional de Bolivia* (2015), § 202.

⁴² *RosInvestCo UK Ltd. v. Federación Rusa* (2010), § 611-621; *Magyar Farming Company Ltd, Kintyre Kft and Inicia Zrt v. Hungría* (2019), § 344-347; *Serafin García Armas y Karina García Gruber v. República Bolivariana de Venezuela* (2019), § 298.

serie de riesgos cuando decide emprender económicamente más allá de sus fronteras y busca mitigarlos, en la medida de lo posible. Además, está consciente que el Estado receptor puede soberanamente modificar su marco regulatorio. Sin embargo, el ejercicio de esta facultad tiene límites establecidos en su propio Derecho interno como también en los tratados de inversión que ratifica con otros países⁴³.

Conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados, los instrumentos convencionales deben ser cumplidos de buena fe y no puede el Estado invocar su propio Derecho interno para intentar desvincularse de sus efectos. Por tanto, en estos supuestos, si bien un Estado puede ejercer legítimamente su potestad regulatoria, le acompaña también el deber de conducir sus actuaciones en armonía conforme a su orden jurídico interno, en diálogo a lo convenido en los tratados internacionales⁴⁴. El incumplimiento de una obligación internacional y, en nuestro caso, el dictamen de una medida arbitraria o desproporcional, que no atienda a un objetivo público legítimo y que acarree la pérdida del derecho de propiedad al inversionista foráneo, puede activar el sistema de responsabilidad internacional de los Estados. En efecto, conforme al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Ilícitos (2001), la actuación o la omisión del Estado contrarios a las obligaciones contraídas con otros Estados puede originar reclamaciones contra el primero⁴⁵. En nuestro caso, esto ocurre cuando no se cumplen los requerimientos exigidos bajo los tratados de inversión⁴⁶. A ello también se agrega el aumento del riesgo reputacional de este Estado frente a sus pares en la comunidad internacional y las consecuencias que se generen para la ciudadanía. La experiencia latinoamericana evidencia la afectación económica para los Estados cuando actúan en forma contraria al Derecho internacional, debido a la deuda pública no financiera generada por laudos arbitrales dictados en su contra⁴⁷.

Frente a toda esta situación, la delimitación entre las medidas estatales legítimas y las de carácter indirecto se ha puesto de relieve en los recientes tratados de inversión. Los equipos negociadores de los Estados se han preocupado por incorporar en estos instrumentos convencionales: (i) la definición general de una expropiación indirecta; (ii) los criterios para determinarla –incluyendo el análisis del carácter de la medida estatal–; y, (iii) la aclaratoria

⁴³ MONTT 2010, 234; *ADC Affiliate Limited; ADC & ADMC Management Limited v. Hungría* (2006), § 423.

⁴⁴ MONTT OYARZÚN 2015, 154-156. En efecto, la potestad legislativa de los Estados y el poder de policía que les asiste debe ejercerse conforme a las obligaciones contraídas a través de tratados internacionales relativos a inversiones. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ 2020, 11. Véase *Magyar Farming Company Ltd, Kintyre Kft and Inicia Zrt v. Hungría* (2019), §347.

⁴⁵ Véase artículos 1 al 4 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas, AG en su Resolución 56/83.

⁴⁶ MARBOE 2017, 6-10. ESIS VILLARROEL 2018, 380. JOSEPH, 2013, 844.

⁴⁷ ESCOVAR, CARRASQUERO Y CAMPOS 2021, 2-7.

conforme a la cual una medida estatal que atienda a un interés público legítimo no es considerada una expropiación indirecta, salvo que sea desproporcional o discriminatoria⁴⁸. Esto último ha sido una reiterada recomendación de la UNCTAD a los países⁴⁹.

III. El análisis de la medida estatal en supuestos de expropiación indirecta

No es tarea fácil identificar una expropiación indirecta de inversiones foráneas⁵⁰. Tal dificultad viene dada por las distintas circunstancias fácticas y legales de cada caso y que cada tribunal arbitral es discrecional a la hora de tomar sus decisiones. De los tres criterios esgrimidos por la OCDE, UNCTAD y algunos tratados, examinamos en este trabajo el referente al análisis de la actuación estatal. El objetivo de nuestra investigación consistió en determinar, a partir del análisis de casos, la existencia de ciertos elementos comunes considerados por los tribunales arbitrales para comprender si la medida estatal atendió o no a la protección de un legítimo objetivo público. Partimos este análisis con la hipótesis de que, en la práctica reciente, algunos tribunales arbitrales analizan con más detalle tal actuación.

Con este propósito, se hizo una revisión de laudos arbitrales de inversión dictados entre 2010 y 2021. No fueron considerados laudos sobre jurisdicción como tampoco los referentes al reclamo de inversionistas por violación de otras garantías materiales. Utilizando el método inductivo y método *case-by-case approach*, se revisaron litigios donde los inversores reclamaban a los Estados anfitriones la expropiación indirecta de su inversión y algunos referentes a expropiación directa y al trato justo y equitativo. En total fueron identificados 172 laudos arbitrales. De dicha cantidad, a la fecha de redacción de este trabajo, sistematizamos y estudiamos 149. Es decir, 87% del universo de laudos. Con ello, podemos afirmar que los resultados aquí expuestos tienen poca probabilidad de modificación o variación.

Luego de varios meses de revisión, lectura y análisis, tal como puede verse en el Gráfico N. 1, se demostró que en 42% de los casos la revisión de la medida estatal no fue considerada como un criterio identificador de expropiaciones indirectas. Incluso, en un 2% de los casos fue calificado como un elemento no relevante. Mientras que en 47% de los litigios sí fue analizada la medida estatal. De este porcentaje, 26% se consideró un acto legítimo, mientras que en 21% se trató de un acto ilegítimo (por discriminación, arbi-

⁴⁸ FERNÁNDEZ MASIÁ 2020, 125-126. En efecto, Chile ha seguido esta línea incorporando estos tres elementos en los tratados celebrados durante las últimas dos décadas. Así está contemplado en el Anexo 10-D, Capítulo 10 del Acuerdo de Libre Comercio Chile-Estados Unidos (2004); el Anexo 11-D, Capítulo 11 del Acuerdo de Libre Comercio Chile-Perú (2009); el Anexo 9-C, Capítulo 9 del Acuerdo de Libre Comercio Chile-Colombia (2009); el Anexo 10-B Capítulo 10 del Acuerdo de Libre Comercio Australia-Chile (2009); el Anexo 10-12 Capítulo 10 del Protocolo del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (2014); y el Capítulo 8 del Acuerdo de Libre Comercio entre Argentina y Chile (2019).

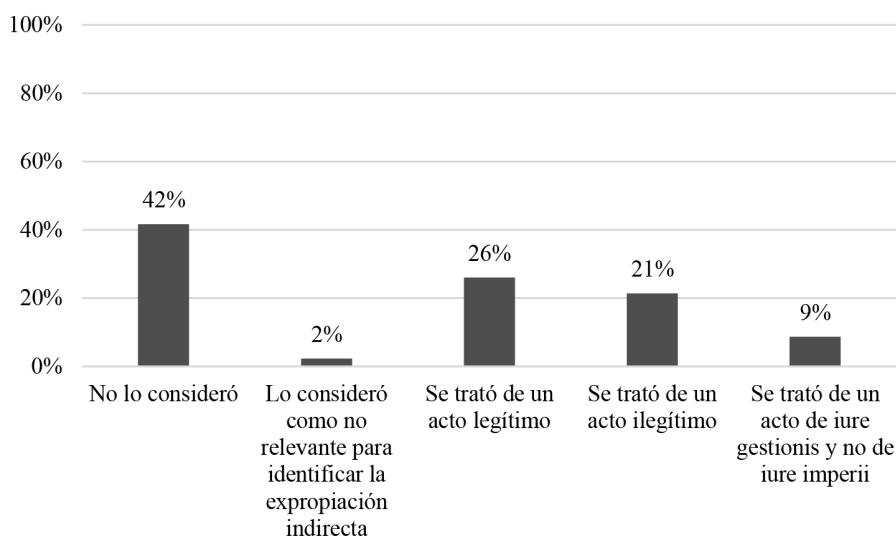
⁴⁹ UNCTAD 2022, 20.

⁵⁰ Cox 2019, 99.

trariedad y falta de proporcionalidad). En 9% de los casos, se determinó que la actuación estatal era de *iure gestionis* y no de *iure imperii*.

Asimismo, atendiendo a la forma como los tribunales arbitrales analizaron la actuación del Estado, se evidenció la existencia de cuatro criterios de análisis comunes: (a) la identificación de la actuación o conducta atribuible al órgano estatal reclamada por el inversor; (b) la presunción de legitimidad de la actuación del órgano estatal; (c) los supuestos de ilegítima actuación del órgano estatal: (i) discriminación; (ii) arbitrariedad y (iii) falta de proporcionalidad; y, (d) la carga de la prueba.

Gráfico N° 1. Análisis del acto estatal en litigios de expropiación indirecta⁵¹



Fuente: elaboración propia.

1. Identificación de la actuación o conducta atribuible al órgano estatal reclamada por el inversor

Conforme al artículo 25 de la Convención de Washington, los tribunales arbitrales pueden tener jurisdicción *ratione materiae* sobre un litigio siempre que verse sobre un problema jurídico relacionado con una inversión (y no un asunto meramente comercial). Esta previsión obliga al panel de árbitros a examinar el caso y determinar si hubo o no incumplimiento de una obligación contenida en el tratado aplicable⁵². Pero también, en el ámbito que nos ocupa, el tribunal arbitral debe analizar el carácter de la actuación del órgano estatal que ha dado origen al reclamo del inversor. En tal sentido, debemos

⁵¹ En la organización de la estadística, la autora agradece a la cientista social Francisca Ávila Celis por su valioso apoyo.

⁵² DE BRABANDERE 2015, 27.

distinguir entre los actos de soberanía (*de iure imperii*) y los actos de gestión (*iure gestionis*). Los primeros responden a actos ejecutados por los Estados para atender asuntos de carácter oficial o público; mientras que los segundos corresponden a los actos de naturaleza civil o comercial⁵³.

Como regla general, las actuaciones de carácter soberano de órganos estatales (judiciales, administrativos o legislativos) conforme al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Ilícitos, son que las que pueden originar reclamaciones cuando no se cumplen los requerimientos exigidos bajo el Derecho Internacional y, en nuestro caso, bajo los tratados de inversión. De ahí que se examine la conducta (acto u omisión) de *iure imperii* desarrollada por el ente estatal que sea capaz de generar responsabilidad transfronteriza⁵⁴. A modo ilustrativo, en el caso *Abaclat et al v. Argentina*, ante el reclamo de los inversionistas italianos por la falta de pago de capital e intereses causados por bonos de deuda pública emitidos por la República Argentina, el Tribunal Arbitral consideró que el problema no se trató de un reclamo contractual⁵⁵.

Sin embargo, esta regla admite una excepción. Nos referimos a la potencial existencia de una cláusula paraguas en el instrumento convencional de inversiones aplicable. Aunque escapa del objetivo principal de este trabajo, debemos indicar que esta cláusula obliga a los Estados a cumplir no solo las obligaciones convencionales, sino también aquéllas de carácter contractual asumidas frente al inversor foráneo⁵⁶. Se abre la posibilidad de “elevar” un reclamo de carácter contractual a este ámbito. Aunque no existe una opinión uniforme sobre su procedencia, recomendamos el análisis de la redacción de la cláusula, así como de las negociaciones que dieron lugar a su inclusión en el tratado aplicable al caso, siguiendo las pautas establecidas en la Convención de Viena de Derecho de Tratados⁵⁷.

En efecto, a lo largo de los años los tribunales arbitrales han estudiado el carácter de la actuación del ente estatal reclamada por el inversor extranjero en los supuestos de expropiaciones. Varios laudos arbitrales coinciden en afirmar que la calificación de un acto como una expropiación, responde al ejecutado en ejercicio de poderes soberanos, tal como ha ocurrido en los casos *Señor Tza Yap Shum v. Perú*⁵⁸, *Iberdrola v. Guatemala*⁵⁹, *Crystallex v. Venezuela*⁶⁰, *OAO Tatneft v. Ucrania*⁶¹, *Getma International et al v. Guinea*⁶²

⁵³ CASANOVAS 2017, 159; CASANOVAS 2013, 324.

⁵⁴ GONZÁLEZ DE COSSIO 2013, 351.

⁵⁵ *Abaclat et al v. República Argentina* (2011), § 318.

⁵⁶ MEREMISKAYA 2009, 13-15.

⁵⁷ MALLICK 2020, 1-2. *Carlos Ríos y Francisco Ríos v. República de Chile* (2021), § 259.

⁵⁸ *Señor Tza Yap Shum v. República de Perú* (2011), § 171 y ss.

⁵⁹ *Iberdrola Energía S.A. v. República de Guatemala* (2012), § 323.

⁶⁰ *Crystallex International Corporation v. República Bolivariana de Venezuela* (2016), § 707.

⁶¹ *OAO Tatneft v. Ucrania* (2014), § 464.

⁶² *Getma International et al v. República de Guinea (II)* (2016), § 374.

y *Serafín García Armas y Karina García Gruber v. Venezuela*⁶³. No obstante lo anterior, frente a las circunstancias de cada asunto, cuando el inversionista reclama como expropiatorias ciertas medidas estatales consistentes en la modificación o de terminación de contratos, licencias o concesiones, los tribunales verifican la actuación contractual o soberana ejercida por la autoridad pública. Como referimos al inicio de este apartado, el estudio realizado reflejó que en 9% de los casos los tribunales determinaron que la actuación estatal era de *iure gestionis* y, por tanto, se consideró que el problema planteado respondía a un asunto contractual y no a la violación de una obligación contenida en el tratado de inversión invocado por el demandante.

A modo ilustrativo, lo planteado ocurrió en los asuntos *Convial Callao v. Perú*⁶⁴ y *Ulyseas v. Ecuador*⁶⁵. En ambos casos, los inversores reclamaban la expropiación indirecta de sus activos por causa de una serie de actuaciones de las autoridades de los Estados receptores en el marco de contratos de inversión. Los tribunales arbitrales estudiaron los actos ejecutados por los funcionarios y, en particular, lo determinante era conocer el carácter con el cual actuaron: como mera parte contractual o como ente soberano. Dado que los contratos facultaban a las autoridades a declarar su caducidad y que la actuación de dichos órganos obedeció a la voluntad de las partes, se consideró que dichos funcionarios estaban actuando de *iure gestionis* y no ejercieron actos de soberanía. Ahora bien, el tribunal arbitral del litigio *Vigotop v. Hungría* determinó que, en estos supuestos de análisis de la conducta estatal, no existe expropiación cuando: (i) la terminación del contrato se dé por las causales en él establecidas y no por acto soberano (ley o acto administrativo) –lo que confirma que los actos de *iure imperii* serían susceptibles de generar responsabilidad internacional de los Estados–; y, (ii) el propio contrato establezca las reglas de actuación de buena fe contractual por parte del órgano estatal y así sea probado⁶⁶.

2. La presunción de legitimidad de la actuación del órgano estatal

Como indicamos en el punto 2 de este trabajo, la autoridad estatal puede ejercer ciertas acciones (u omisiones) en pro de su consecución la protección de intereses públicos legítimos. Gracias a su poder regulatorio, el Estado puede intervenir en la economía (especialmente en los supuestos de fallos del mercado o de externalidades negativas que ciertas actividades generan) así como en otras áreas de la vida nacional⁶⁷. No es casual, por tanto, que las

⁶³ *Serafín García Armas and Karina García Gruber v. República Bolivariana de Venezuela* (2019), § 279.

⁶⁴ *Convial Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. v. República de Perú* (2013), §504-540.

⁶⁵ *Ulyseas, Inc. v. República de Ecuador* (2012), § 178-179.

⁶⁶ *Vigotop Limited v. Hungría* (2014), § 331. Ver también *Muhammet Çap & Sehil Inaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistán* (2021), §858.

⁶⁷ HUIDOBRO SALAS 2010, 249. Ver también *Getma International et al v. República de Guinea (II)* (2016).

medidas estatales tengan una motivación especial para proteger no solo a la ciudadanía, sino también las grandes materias que atañen al colectivo.

Como indicamos en líneas superiores, en 26% de los laudos analizados se consideró como legítima la actuación estatal y, por tanto, la inexistencia de una expropiación indirecta. Ahora bien, si contabilizamos todos los intereses públicos comunes que han esgrimido las autoridades públicas para justificar su actuación en los litigios de expropiación indirecta de esta última década observamos: (i) la protección de la salud colectiva⁶⁸; (ii) la protección del medioambiente⁶⁹; (iii) la preservación y organización del sistema financiero⁷⁰; (iiii) la preservación de la conectividad aérea⁷¹; (iv) la seguridad nacional⁷²; (v) la seguridad alimentaria de los ciudadanos⁷³; (vi) el desarrollo socioeconómico e intereses del Estado⁷⁴; y, (vii) la protección de la población en periodos especiales⁷⁵.

3. Los supuestos de ilegítima actuación por parte del órgano estatal

El poder regulatorio de los Estados no es ilimitado. Tanto la doctrina como la práctica arbitral coinciden en afirmar que las medidas estatales dictadas sobre la base de la discriminación, la arbitrariedad o la desproporcionalidad, no son legítimas y, por ende, implican la violación de un tratado internacional –en nuestro caso, al configurarse como expropiaciones indirectas–. Bajo este supuesto, al actuar en forma contraria al Derecho Internacional debe el Estado reparar los daños y perjuicios causados al inversor⁷⁶. De la revisión realizada, en 21% de los casos analizados fue considerada la medida estatal como un acto ilegítimo. Veamos a continuación las principales causas:

⁶⁸ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. v. República Oriental del Uruguay* (2016), § 286; *Chemtura Corporation v. Canada* (2010), § 266; *Olympic Entertainment Group AS v. Ucrania* (2021), § 95.

⁶⁹ *Chemtura Corporation v. Canadá* (2010), §138-184; *Abengoa S.A. y COFIDES S.A. v. Estados Unidos Mexicanos* (2013), § 619; *Burlington Resources Inc. v. Ecuador* (2012), § 486; *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. República de Ecuador (II)* (2012), §450; *Bear Creek Mining Corporation v. República de Perú* (2017), § 430-432; *Infinito Gold Ltd. v. Costa Rica* (2021), § 699; *Eco Oro Minerals v. Colombia* (2021), § 629-637.

⁷⁰ *Marfin Investment Group v. República de Chipre* (2018), § 830-905; *Señor Tza Yap Shum v. República de Perú* (2011), § 129; *Valeri Belokon v. Kirguistán* (2014), § 204-209.

⁷¹ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. República Argentina* (2017), § 968.

⁷² *Gemplus S.A., SLP S.A., Gemplus Industrial S.A. de C.V. v. Estados Unidos Mexicanos* (2010), § 8-28.

⁷³ *UP y CD Holding Internacionale v. Hungría* (2018), §379; *Koch Minerals Sàrl y Koch Nitrogen International Sàrl v. República Boliviana de Venezuela* (2017), § 7.17-7.18; *Serafin García Armas y Karina García Gruber v. República Bolivariana de Venezuela* (2019), § 280.

⁷⁴ *Yukos Universal Limited (Isla de Man) v. Federación Rusa* (2014), § 581; *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH et al v. Ucrania* (2012), §303-304.

⁷⁵ *UAB E energija (Lithuania) v. República de Letonia* (2017), § 1080-1092.

⁷⁶ *Philip Morris Brands Sàrl, Phillip Morris Products, S.A. y Abal Hermanos S.A. v. República Oriental del Uruguay* (2016), § 286.

A) Arbitrariedad

La arbitrariedad, bajo el Derecho internacional, se considera como un acto que incumple el sentido corriente de la razón, y que pretende esquivar algún requerimiento legal⁷⁷. En el conocido caso *Elsi*, decidido por la Corte Internacional de Justicia, el alto tribunal explicó que dicho concepto se refiere a una actuación deliberada que intenta alejarse del debido proceso⁷⁸. En este sentido, los inversionistas locales y foráneos –pero en especial estos últimos– esperan del Estado receptor una actuación cónsona conforme a su propio orden jurídico y las normas internacionales en materia de inversiones⁷⁹. En nuestro estudio, los tribunales arbitrales que analizaron la justificación de la actuación estatal reconocieron plenamente el poder regulatorio que el Estado receptor posee pero se exige también límites de razonabilidad y el cumplimiento del debido proceso⁸⁰.

En nuestro análisis, varios casos llamaron nuestra atención. Así, en el asunto *Deutsche Bank v. Sri Lanka*, se evidenció una actuación arbitraria, poco transparente y violatoria del debido proceso de las autoridades del Estado receptor. No solo incumplió Sri Lanka las obligaciones pactadas en un contrato de futuro de petróleo a favor de la institución bancaria demandante, sino que –además– el Banco Central y la Corte Suprema de ese país, a través de actos administrativos y decisiones judiciales, avalaron el incumplimiento del contrato; expropiaron sin justificación la inversión de Deutsche Bank, sin probar la protección de un interés público sustancial ni legítimo⁸¹.

En el caso *Burlington v. Ecuador* el tribunal arbitral analizó varias actuaciones realizadas por las autoridades ecuatorianas en el sector petrolífero: la modificación legislativa de la alícuota del impuesto a las ganancias extraordinarias (del 50 al 99%), el juicio seguido por las autoridades ecuatorianas contra el inversor por el cobro de impuestos por pagar, la ocupación física de los activos y la declaratoria de caducidad del contrato de participación de exploración y explotación de petróleo. Las primeras dos actuaciones se consideraron legítimas, pero no así las segundas. Aunque se reconoció el poder de policía de Ecuador para proteger el medioambiente, la República demandada no demostró que la ocupación física de las instalaciones ni la orden de caducidad del contrato, con la consecuente paralización de las actividades de los pozos petroleros, lograrían mitigar el riesgo de daños al ambiente de la zona. Al contrario, la toma constituyó una expropiación indirecta dado que el inversor no pudo controlar ni ocupar su inversión desde que la medida fue dictada⁸². En el litigio *Bear Creek Mining v. Perú*, el tribunal arbitral consideró

⁷⁷ VADI 2018, 132.

⁷⁸ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos de América v. República de Italia)* (1989), § 128.

⁷⁹ SCHREUER Y REINISCH 2020, 164-165.

⁸⁰ *Valeri Belokon v. República de Kirguistán* (2014), § 211-212.

⁸¹ *Deutsche Bank AG v. República Democrática Socialista de Sri Lanka* (2012), §521-524.

⁸² *Burlington Resources Inc. v. República del Ecuador* (2012), § 529-545.

no justificado el Decreto 032 que revocó las concesiones para explotar unas minas de plata en dicho país. Se concluyó que la actuación estatal no tuvo un propósito público en particular (ni por asuntos medioambientales ni por la conflictividad social existente en el lugar de operaciones), sino que revocó arbitrariamente el derecho al inversor de origen canadiense a ejercer sus actividades previamente otorgado⁸³.

Asimismo, en el asunto *Gemplus et al. v. México*, la orden de requisa y posterior orden de intervención administrativa dictadas por la autoridad mexicana contra las operaciones de la concesión del registro nacional de vehículos por razones de “seguridad nacional”, sin explicar su justificación ni las circunstancias que dieron lugar a tal medida, condujeron a la expropiación indirecta de los intereses del inversionista francés en dicho país⁸⁴. En el caso *Serafín García Armas y Karina García Gruber v. Venezuela*, se cuestionó seriamente la legalidad de una serie de acciones ejecutadas por las autoridades de dicho país contra la propiedad de los inversores. La expropiación indirecta se concretó con las medidas preventivas de decomiso, ocupación y operatividad temporal que condujeron al cese de las actividades de la empresa dedicada a la distribución y comercialización de alimentos. El tribunal consideró que dicha actuación excedió los objetivos mencionados en los actos administrativos dictados por las autoridades para asegurar el acceso de alimentos a la población, lo que configuró el ejercicio ilegítimo de su poder regulatorio o de “preservación del orden público nacional”⁸⁵.

B) Falta de proporcionalidad

Otro elemento analizado por los tribunales arbitrales se refiere a la proporcionalidad de la medida estatal reclamada como el inversor como expropiatoria⁸⁶. Derivado de las decisiones de la CEDH⁸⁷, este concepto atiende a la búsqueda de un balance entre los intereses del Estado anfitrión a través de la medida dictada en pro de proteger intereses públicos versus el grado de daño a los derechos del inversor foráneo que se generan como consecuencia de esta⁸⁸. El examen de la proporcionalidad exige probar el nexo causal entre la privación alegada por el inversor y la justificación estatal de las medidas⁸⁹.

⁸³ *Bear Creek Mining Corporation v. República de Perú* (2017), § 415-423.

⁸⁴ *Gemplus S.A., SLP S.A. y Gemplus Industrial S.A. de C.V. v. Estados Unidos Mexicanos* (2010), § 8-27.

⁸⁵ *Serafín García Armas y Karina García Gruber v. República Bolivariana de Venezuela* (2019), § 279-291.

⁸⁶ *Getma Internacional et al v. República de Guinea (II)* (2016), § 386; *Señor Tza Yap Shum v. República de Perú* (2011), § 148; *Marfin Investment Group v. República de Chipre* (2018), § 830; *Philip Morris Brands Sàrl, Phillip Morris Products, S.A. y Abal Hermanos S.A. v. República Oriental del Uruguay* (2016), § 286.

⁸⁷ LÓPEZ ESCARCENA 2020, 112-137.

⁸⁸ ZARRA 2017, 97; MARTÍNEZ FRAGA Y REETZ 2015, 58.

⁸⁹ *Infinito Gold Ltd. v. República de Costa Rica* (2021), §717-718.

La doctrina afirma que en este estudio deben ser cumplidos tres requerimientos⁹⁰: (i) el análisis de la idoneidad de la medida: vale decir, que exista una relación causal entre la medida y su propósito. Por lo tanto, debe tratarse de un acto motivado por un legítimo interés estatal y que, a través de este, el Estado pueda conseguir su protección; (ii) la identificación de la necesidad de la medida. Esto quiere decir que el acto estatal sea el único recurso disponible para poder afrontar la protección del interés público, generando las consecuencias menos gravosas posibles. Y, (iii) la determinación de la proporcionalidad *strictu sensu* o propiamente dicha, donde se examina si el sacrificio exigido al inversor realmente es acorde con los objetivos públicos que el Estado legítimamente pretende proteger⁹¹. Si el estudio de las circunstancias del caso demuestra que ha sido desproporcional el sacrificio del inversor foráneo frente a la discrecionalidad estatal, la medida podría ser considerada no legítima y, por ende, podría el primero solicitar indemnización al Estado por los daños causados. Veamos a continuación tres ejemplos:

En el caso *Occidental v. Ecuador*, se discutió ampliamente la proporcionalidad del decreto de caducidad de un contrato de participación para la exploración y explotación de petróleo y la toma física de las instalaciones petroleras, propiedad de los inversores de origen estadounidense, por parte de las autoridades ecuatorianas. Considerando el uso del criterio de la proporcionalidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como aplicable también en el ámbito del DII, el tribunal arbitral determinó que el decreto ecuatoriano fue desproporcional. Ecuador usó su potestad regulatoria para declarar la caducidad del contrato sin tener un fin legítimo, por lo que su actuación violó disposiciones del derecho local, del derecho internacional y del propio tratado de inversiones⁹².

En el asunto *Mohamed Abdel Raouf Bahgat v. Egipto*, relacionado con la expropiación indirecta de activos de un inversor de doble nacionalidad (finés y egipcio) en una empresa de extracción de hierro y producción de acero, el tribunal arbitral revisó el carácter de las medidas adoptadas por la República demandada. En particular, estimó la importancia de entender cuál fue el propósito de Egipto con su actuación para poder calificarla como legítima bajo el Derecho Internacional, y si las medidas estatales fueron proporcionales considerando ese objetivo. Bajo el argumento del ejercicio de su poder regulatorio y con el propósito de evitar que el inversor incumpliera ciertos compromisos con el Estado con ocasión de la compra de acciones de una planta de acero, Egipto ordenó: la detención del inversor, la congelación de sus cuentas bancarias, la incautación de sus propiedades, la prohibición de entrada de los empleados a las áreas del proyecto, entre otras medidas. Aunque el inversor mantuvo la propiedad de sus acciones en la referida empresa,

⁹⁰ LÓPEZ ESCARCENA 2020, 123; RAJPUT 2018, 165; CRAIG 2016, 611-617.

⁹¹ ZARRA 2017, 105.

⁹² *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. República de Ecuador (II)* (2012), § 403-404; 450-456.

la inversión sufrió un grave perjuicio en un lapso de 6 años dado que todas las actuaciones estatales comprometieron la viabilidad económica del proyecto. El tribunal arbitral determinó que, a pesar de que las medidas tenían un propósito legítimo, fueron desproporcionales respecto al fin perseguido por las consecuencias significativas e irreversibles causadas en la inversión del demandante⁹³.

Finalmente citamos el asunto *Olympic Entertainment Group v. Ucrania*, relativo al reclamo por expropiación indirecta de las acciones de un inversor estonio en la empresa Olympic Casino, dedicada al sector de juegos de azar. Debido a la ocurrencia de un grave accidente de una de sus salas, las autoridades estatales ordenaron la suspensión de sus actividades por un mes y, posteriormente, fue promulgada una ley que prohibió dichos juegos en el país. Como consecuencia de dichas actuaciones, Olympic Casino se declaró en quiebra. El tribunal arbitral analizó el carácter de las medidas estatales en atención a varios elementos: la buena fe, no discriminación, debido proceso y la proporcionalidad. Llamó la atención al panel de árbitros la promulgación de la ley especial en la materia ante la falta de pruebas y evidencias suficientes, que cambió radicalmente de legal a ilegal la actividad económica. Sin embargo, no consideró que la actuación legislativa fue de mala fe, toda vez que habían sido sometidos previamente a la discusión parlamentaria otros proyectos de leyes en este ámbito. También tomó en cuenta que las medidas adoptadas tuvieron como objetivo proteger la salud pública y la moral del país. Sin embargo, el panel de árbitros determinó que eran desproporcionales porque la legislación eliminó la inversión y destruyó el sector económico en que se desenvolvía, conociendo que estos efectos eran previsibles para el momento de dictar las medidas⁹⁴.

C) Discriminación

Existe discriminación cuando el Estado receptor tiene un trato diferenciado de una inversión respecto de otras existentes en el mismo sector económico donde se desarrollan. Así fue afirmado por el tribunal arbitral del caso *Teinver v. Argentina*. En este asunto, a pesar de que las partes habían llegado a un acuerdo para que la demandada comprara las acciones de la demandante, Argentina tomó el control de las aerolíneas al nombrar un gerente general y no reportar tal hecho. Si bien no hubo evidencia de discriminación y que el tribunal consideró válido el argumento conforme al cual la actuación estatal tenía como propósito preservar la conectividad aérea, se consideró finalmente ilegal dado que Argentina no pagó la indemnización correspondiente a los inversionistas⁹⁵. De igual forma, en *Eco Oro Minerals v. Colombia*, la actuación de las autoridades estatales de limitar el área de explotación de oro en

⁹³ *Mohamed Abdel Raouf Bahgat v. República Árabe de Egipto* (2019), § 226-232.

⁹⁴ *Olympic Entertainment Group AS (Estonia) v. Ucrania* (2021), §85-101.

⁹⁵ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. República Argentina* (2017), § 951, 984-985.

el páramo de Santurbán en pro del cuidado del frágil medioambiente de la zona, no fue considerada una medida discriminatoria toda vez que afectó a todos los operadores mineros que allí actuaban⁹⁶.

Una situación distinta se presentó en los litigios *Quiborax v. Bolivia* y *RosInvest v. Rusia*. El primero, relacionado con la revocación de una concesión para la explotación de ulexita en la región de El Gran Salar de Uyuni (Potosí, Bolivia), se demostró el trato diferenciado brindado al inversionista chileno en razón de su nacionalidad sin justificación⁹⁷. Mientras que, en el segundo litigio, se evidenció también el trato discriminatorio que recibió el inversor por parte de las autoridades fiscales rusas frente a las otras empresas en el mismo sector petrolero, que terminó con la expropiación indirecta de sus activos en ese país⁹⁸.

Otro caso sobre discriminación ocurrió en el asunto *UP and C.D. Holding Internationale v. Hungría*. Los demandantes eran propietarios de una empresa especialista en tickets (vouchers) de alimentos y entraron en el mercado húngaro a través de una subsidiaria en 1996, con tickets para comida fría y otros para comida caliente. En 2011, Hungría impuso una serie de reformas tributarias incluyendo al sector alimenticio y, posteriormente, creó unas tarjetas alternativas a las producidas por los inversionistas, prohibiéndoles a estos últimos a emitir las suyas. En el laudo arbitral, el tribunal indicó que aun cuando las acciones se mantenían legalmente en manos de sus propietarios, las acciones estatales generaron la pérdida de su valor económico. Además, no se demostró el propósito público de las medidas de asegurar una mejor nutrición y suministro de comida a los trabajadores húngaros, toda vez que el verdadero objetivo de la actuación estatal consistió en la exclusión de los emisores de tarjetas extranjeros del mercado⁹⁹.

4. La carga de la prueba

Finalmente, otro de los aspectos analizados por los tribunales arbitrales se refiere a la carta de la prueba: ¿quién debe demostrar que el carácter de la medida estatal fue o no legítimo? Al respecto, UNCTAD explica que es el inversor foráneo quien tiene la carga de la prueba de demostrar que la medida fue dictada arbitrariamente por parte del Estado anfitrión, o que es discriminatoria o que se trata de una medida irregular¹⁰⁰. En el análisis observamos dos tendencias: una que exige al Estado receptor demostrar que su medida atiende a objetivos legítimos y que sus actuaciones tienen como propósito

⁹⁶ *Eco Oro Minerals v. Colombia* (2021), § 640.

⁹⁷ *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún v. Estado Plurinacional de Bolivia* (2015), § 202 -256.

⁹⁸ *RosInvestCo UK Ltd. v. Federación Rusa* (2010), § 620-632.

⁹⁹ *UP (formerly Le Chèque Déjeuner) and C.D Holding Internationale v. Hungría* (2018), § 412-417.

¹⁰⁰ UNCTAD 2012, 93.

último responder a su protección¹⁰¹. Y, otra por la cual los tribunales arbitrales refieren que es el inversor quien debe demostrar con un razonamiento claro y concreto cuáles actos estatales que, según el Derecho Internacional, pueden constituir una expropiación, tal como ocurrió en *Iberdrola Energía v. Guatemala*¹⁰², *Koch Minerals v. Venezuela*¹⁰³ y *Les Laboratoires Servier et al v. Polonia*¹⁰⁴.

Reflexiones y consideraciones finales

El derecho de propiedad sobre activos en un determinado Estado se constituye conforme a su propio ordenamiento jurídico y, una vez creado, goza protección bajo el Derecho Internacional. En efecto, se trata de un derecho humano reconocido por los principales tratados transfronterizos en esta materia. Como no se trata de un derecho absoluto dada su función social, se reconoce también que su expropiación –como medida excepcional– debe ser debidamente fundamentada por una causa de utilidad pública o de interés del colectivo, tal como refieren la CIDH y la CEDH. En el marco del DII, también se reconoce el derecho de propiedad, pero de una forma distinta. Esto quiere decir que el activo o la operación desempeñada por el inversor extranjero debe calificar como “inversión” bajo los términos del tratado aplicable. En caso afirmativo, goza de las garantías procesales y materiales contenidas en el instrumento convencional especial.

Una de las garantías sustantivas responde a la expropiación. Bajo el Derecho internacional los Estados tienen plena soberanía para regular sus asuntos internos y, de ellos, decidir si privan del derecho de propiedad a nacionales y extranjeros sobre determinados activos. A esta facultad estatal le acompaña el deber de justificar la causa o la motivación de dicho acto, que se trate de una medida no discriminatoria, sea respetado el debido proceso y se pague una debida compensación al propietario afectado. Estos requisitos deben ser cumplidos para considerar la medida expropiatoria directa como lícita bajo el DII. En particular, respecto a la *causa expropriandi* observamos tres tipos de regulación transfronteriza: tratados que no tienen una definición de los términos “interés público” o de “utilidad pública”; los que indican que el “propósito público” o “*public purpose*” se refiere a un concepto del Derecho Internacional consuetudinario; y los que expresamente remiten al orden jurídico del Estado en cuestión.

El sistema de resolución de controversias inversor-Estado –y, en particular, el arbitraje de inversiones– ha sido un espacio clave en la interpretación y en la aplicación de las garantías contenidas en los tratados de inversión. Las

¹⁰¹ *Abengoa S.A. y COFIDES S.A. v. Estados Unidos Mexicanos* (2013), § 619-624. *Chemtura Corporation v. Canadá* (2010), §138-184.

¹⁰² *Iberdrola Energía S.A. v. República de Guatemala* (2012), § 323.

¹⁰³ *Koch Nitrogen International SÁRL v. República Bolivariana de Venezuela* (2017), § 7.23.

¹⁰⁴ *Les Laboratoires Servier, S.A.A., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres S.A.S. v. República de Polonia* (2012).

cláusulas de expropiación no han sido la excepción a la regla. A diferencia de lo que se consideraba hace una década atrás, donde se pensó que los tribunales arbitrales no analizaban la motivación de la medida estatal reclamada por el inversor como expropiación indirecta, el panorama actual ha cambiado.

Durante esta última década, el análisis realizado por los tribunales arbitrales de la utilidad pública en las expropiaciones directas revela dos grandes tendencias: la primera, donde no se estudia la justificación estatal sino solo si hubo pago de una compensación al propietario. Y, la segunda, donde sí se analiza dicha causa o motivación alegada por el Estado. Consideramos conveniente esta última tendencia porque permite comprender la verdadera motivación que orientó a un Estado a tomar una medida excepcional como esta. Además, conlleva a que los tribunales arbitrales hagan un análisis más exhaustivo y que la resolución del litigio sea mucho más completa y transparente no solo para las partes involucradas (inversor-Estado), sino también para la ciudadanía en su interés en conocer si la actuación de su propio Estado fue o no contraria al Derecho Internacional.

Respecto a las expropiaciones indirectas, la situación es un poco más complicada para el operador jurídico. Al tratarse de situaciones donde no media un título formal de la propiedad, sino la afectación a este derecho con efectos semejantes a una expropiación directa, se recomienda el análisis caso-a-caso de cada litigio, sus circunstancias fácticas y la normativa aplicable. Dada la diversidad de litigios, donde cada asunto ha sido resuelto por tribunales arbitrales diferentes, el desafío consiste en identificar algún tipo de criterio orientador respecto a cómo son resueltos estos casos. Y, en efecto, luego del estudio realizado, se obtuvieron resultados interesantes.

Del estudio realizado podemos concluir que nuestra hipótesis se confirma parcialmente. Es decir que, en casi la mitad de los casos analizados (47%), los tribunales arbitrales sí examinaron la actuación estatal. De este porcentaje, 26% la consideró legítima, mientras que en 21% de los casos se trató de un acto no legítimo. Y, en el 42% de los litigios analizados, la revisión de la medida estatal no fue considerada como un criterio identificador e, incluso, en 2% de los litigios fue calificado como un elemento no relevante. A pesar de las diferencias legales y fácticas y de la discrecionalidad de cada tribunal arbitral, sí fue posible identificar criterios de orientación sobre cómo los tribunales arbitrales analizan los actos estatales considerados como expropiaciones indirectas. Este hallazgo es de interés no solo para abogado litigante en estos casos y académicos, sino también una guía para aquellos dedicados a la negociación de los tratados.

El primero de ellos consiste en el estudio de la actuación del Estado como ente soberano, recordando que bajo el Derecho internacional se analiza si la autoridad pública competente ha actuado de *iure imperii* y, a su vez, si tal actuación dialoga o no con las reglas contenidas en el tratado de inversiones. En 9% de los casos analizados se determinó que la actuación estatal era de *iure gestionis* y, por tanto, se consideró que el problema planteado

respondía a un asunto contractual y no a la violación de una obligación contenida en el tratado de inversión invocado por el demandante.

El segundo aspecto nos remite a la legitimidad de los actos estatales. No se discute el poder regulatorio del Estado y se comprende que los cambios que se realicen pueden traer consecuencias que potencialmente podrían afectar los intereses y hasta las legítimas expectativas del inversor foráneo. Bajo el Derecho internacional se presume que la actuación del Estado anfitrión atiende a la protección de objetivos públicos. El análisis de los laudos evidenció como objetivos generalmente esgrimidos por los Estados la preservación de la salud colectiva, el cuidado al medioambiente, el mantenimiento del sistema financiero nacional, la seguridad nacional, el acceso de los ciudadanos a la alimentación o al desarrollo socioeconómico del propio Estado anfitrión.

Sin embargo, esta potestad tiene límites y esto nos conlleva al tercer aspecto detectado. La práctica arbitral inversor-Estado evidencia varios litigios en los cuales el Estado argumenta el ejercicio de su poder de policía como defensa frente al reclamo del inversor. Pero si se demuestra que la autoridad ha actuado en forma discriminatoria, si ha ejercido actos arbitrarios o si se evidencia desproporcionalidad en su actuación generando un grave perjuicio a la inversión extranjera, podemos estar en presencia de una expropiación indirecta y no de una medida legítima. Y, como cuarto aspecto, aunque se argumenta que quien tiene la carga de la prueba es el inversor a la hora de demostrar estas situaciones en el curso de un arbitraje de este tipo, lo cierto también que corresponde a los Estados mostrar que su actuación es totalmente legítima y conforme al Derecho Internacional.

En nuestra opinión, en el examen de los árbitros de una potencial situación de expropiación indirecta de inversión extranjera, el criterio del grado de privación o de afectación de la medida estatal en el derecho de propiedad del inversor es muy importante. Sin embargo, este estudio debe complementarse con el análisis de la actuación de los funcionarios públicos involucrados en cada caso, tomando en cuenta el objetivo público que el Estado legítimamente pretende proteger versus el sacrificio exigido al inversor foráneo.

Las consecuencias del accionar de las autoridades estatales tienen importantes implicaciones para el propio Estado receptor y su colectividad. Conforme al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Ilícitos, un acto estatal de *iure imperii* contrario al Derecho Internacional y, en nuestro caso, contrario a los preceptos de los tratados de inversión, puede activar el sistema de responsabilidad transfronteriza de los Estados. Bajo este panorama, puede enfrentarse el Estado anfitrión a costosos litigios y al aumento del riesgo reputacional frente a sus pares en la comunidad internacional. La experiencia latinoamericana evidencia la afectación económica para los Estados debido a la deuda pública no financiera generada por laudos arbitrales dictados en su contra. Pero, muy particularmente, afecta a los ciudadanos quienes, en definitiva, terminan asumiendo la

obligación de pago de dicha deuda (muchas veces por vía impositiva), lo que genera un detrimento importante de su calidad de vida.

Bibliografía citada

- ANTHONY, Yvette (2017). The evolution of indirect expropriation clauses: lesson's from Singapore's BITs/FTAs. *Asian Journal of International Law*, 7, 319-336.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence (2013). Economic and Social Rights. En: Úbeda de Torres, Ama-ya y Burgorgue-Larsen, Laurence, Ed. *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary* (613-639). Oxford University Press.
- CASANOVAS y LA ROSA, Oriol (2013). La Inmunidad del Estado, En Diez de Velazco Vallejo, Manuel (Ed.), 18° ed., *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Tecnos, 324-343.
- CASANOVAS, Oriol (2017). *Compendio de Derecho Internacional Público*. Editorial Tecnos.
- COX, Johanne (2019). *Expropriation in investment treaty arbitration*. Oxford University Press.
- DE BRABANDERE, Eric (2015). *Investment treaty arbitration as public international law*. Cambridge University Press.
- DOUGLAS, Zachary (2009). *The international law of investment claims*. Cambridge, Cambridge University Press.
- ESCOVAR ALVARADO, Ramón; CARRASQUERO STOLK, Andrés y CAMPOS VILLALBA, Mariana (2021). *Deuda externa venezolana por demandas arbitrales*. Caracas, Cedice Libertad - Centro de Difusión del Conocimiento Económico, 1-25.
- ESIS VILLARROEL, Ivette (2018). *La expropiación en el sistema internacional de protección de inversiones extranjeras*. Tirant lo blanch.
- FAYA RODRÍGUEZ, Alejandro (2013). ¿Cómo se determina una expropiación indirecta bajo los tratados de inversión? Un análisis contemporáneo. En Sonia Rodríguez Jiménez y Herfried Wöss (Coords.), *Foro de arbitraje en materia de inversión: tendencias y novedades* (pp. 219-246). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México.
- FEBLES POZO, Nayiber (2020). La transparencia y el interés público en el arbitraje de inversiones. *Vniversitas* (69), 1-13.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique (2020). La situación del arbitraje de inversiones en Latinoamérica: base jurídica, evolución y situación presente. En Carlos Esplugues Mota (Ed.), *Tratado de inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones en Iberoamérica* (pp. 111-136). Tirant lo blanch.
- GARCÍA DE ENTERRÍA y MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2008). *Curso de Derecho administrativo* (11ª ed.). Thomson Civitas.
- GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco (2013). ¿Cuándo pacta es servanda?: Las cláusulas paraguas en arbitraje de inversión. En Carlos Soto Coaguila y Delia Revoredo Marsano de Mur (Coord.), *Arbitraje Internacional: Pasado, presente y futuro. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains* (T II, pp. 327-357). Instituto Peruano de Arbitraje.
- GRAIG, Paul (2016). *Administrative law*. 8ª ed. Sweet & Maxwell - Thomson Reuters.
- HERNÁNDEZ, José Ignacio (2016). Balance y perspectivas del arbitraje internacional de inversiones. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* (10), 69-94.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio (2020). El derecho administrativo global como fuente de derecho en el arbitraje internacional de inversiones. Hacia un ius constitutionale comune, 3/20. *Pre-prints series of the Center of European Studies Luis Ortega Alvarez y Jean Monnet Chair of European Administrative Law in Global Perspective* (3/20). https://www.academia.edu/43832674/EL_DERECHO_ADMINISTRATIVO_GLOBAL_COMO_FUENTE_DE_DERECHO_EN_EL_ARBITRAJE_INTERNACIONAL_DE_INVERSIONES_Jos%C3%A9_Ignacio_Hern%C3%A1ndez_G
- HUIDOBRO SALAS, Ramón (2010). Orden público económico y regulación (notas de la actividad comercial por vía electrónica. *Revista de Derecho Público* (73), 243-260.
- JOSEPH, Sara (2013). Trade law and investment law. En: Shelton, Dinah (Ed.). *The Oxford Handbook of International Human Rights* (pp. 845-870). Oxford University Press.

- KOLO, Abba (2016). Expropriatory Taxation in the Latin American Experience/Impuestos expropiatorios en la experiencia latinoamericana, en Tanzi, Attila; Asteriti, Alessandra; Polanco Lazo, Rodrigo y Turrini, Paolo (Eds.) *International Investment Law in Latin America / Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina: Problems and Prospects / Problemas y Perspectivas*. Brill Editores, 400-436.
- KULICK, Andreas (2012). *Global public interest in international investment law*. Cambridge University Press.
- LEHMANN, Thomas (2021). Police powers doctrine: a reliable State defense in times of Covid-19? *Revista de Direito Internacional*, 18(2), 72-89.
- LEVASHOVA, Yulia (2019). *The Right of States to Regulate in International Investment Law: The Search for Balance Between Public Interest and Fair and Equitable Treatment*. Kluwer Law International.
- LIM, Chin Leng; HO, Jean y PAPIRINSKIS, Martins (2019). *International investment law and arbitration*. Cambridge University Press.
- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (2014). La propiedad y su privación o restricción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. *Revista Ius et Praxis*, 1, 531-576.
- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (2018). Contextualizando el Derecho administrativo global. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 11, 259-305.
- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (2020). Más allá del efecto y de la intención: la proporcionalidad en los arbitrajes de inversión. *Revista de Derecho* (22), 112-137.
- MARBOE, Irmgard (2017). *Damages in Investor-State Arbitration*. Brill NV.
- MALICK, Arpit Kumar (August 12, 2020). *Interpretation of the Umbrella Clause in Bilateral Investment Treaties* (pp. 1-2). <https://ssrn.com/abstract=3859323>
- MARTÍNEZ FRAGA, Pedro y RYAN REETZ, Clement (2015). *Public Purpose in International Law. Rethinking regulatory sovereignty in the global era*. Cambridge University Press.
- MEREMISKAYA, Elina (2009). La cláusula paraguas: lecciones de convivencia para los sistemas jurídicos. *Revista Internacional de Arbitraje* (julio-diciembre), 13-59.
- MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Laurence & WEINIGER, Matthew (2008). *International investment arbitration: Substantive principles*. Oxford University Press.
- MONTEHURRÚN, Nitish (2014). Crónicas do Direito Internacional Privado. *Revista de Direito Internacional*, N° 11, Vol. I, 10-18.
- MONTT OYAZÚN, Santiago (2005). Aplicación de los tratados bilaterales de protección de inversiones por tribunales chilenos, responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 32, N° 1, enero-abril, 19-78.
- MONTT OYARZÚN, Santiago (2009). *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*. Hart Publishing.
- MONTT OYARZÚN, Santiago (2015). Codificación y enseñanza del derecho administrativo en Chile. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (21), 131-170.
- MUCI BORJAS, José Antonio (2010). Control judicial y arbitraje internacional conforme al Derecho administrativo global. *Revista de Derecho Público* (122), 71-85.
- NOVAK, William (1996). *The people's welfare: Law & regulation in nineteenth-century America*. The University of North Carolina Press.
- OECD (2004). Indirect Expropriation and the Right to Regulate. *International Investment Law. OECD Working Papers on International Investment* (4). OECD Publishing.
- ONU (2001). *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas, AG. Resolución 56/83*.
- PALUMA, Thiago; ESIS, Ivette y BRICEÑO, Gabriel (2020). El (largo) camino de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales de inversión. *Revista de Direito Internacional*, 17(3), 558-577.
- PÉREZ PACHECO, Yaritza (2012). Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Marzo, Vol. 4, N° 1, 316-333.
- PRISLAN, Vid (2021). Judicial expropriation in International Investment Law. *International and Comparative Law Quarterly*, 70, 165-195.

- RAJPUT, Aniruddha (2018). *Regulatory Freedom and Indirect Expropriation in Investment Arbitration*. Kluwer Law International.
- REINISCH, August y SCHREUER, Christoph (2020). *International protection on investment: the substantive standards*. Cambridge University Press.
- RIZO MASSU, Catalina Sofía (2020). International Investment Law and right to health. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 47, N° 1, 73-100.
- RUEDA GARCÍA, José Ángel (2009). *Las medidas cautelares en el Arbitraje de Inversiones*. Tesis Doctoral presentada por su autor para optar al título de Doctor en Derecho. Universidad de Alcalá, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público.
- SALACUSE, Jeswald (2021). *The law of investment treaties*. Oxford University Press.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2009). *Principios de derecho administrativo general II* (2ª ed.). lustel.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy (2015). *Resistance and change in the International Law of Foreign Investment*. Cambridge University Press.
- SUÁREZ RODRÍGUEZ, Tahimi (2020). Aproximación a la expropiación indirecta en Latinoamérica y España: Dos caras de una misma moneda. *Revista Boliviana de Derecho* (30), 640-675.
- UNCTAD (2012). Expropriation: a sequel. *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. United Nations.
- UNCTAD (2021). Recent developments in the IIA regime: accelerating IIA reform. *IIA Issues Notes* (3). United Nations.
- UNCTAD (2022). Review of 2020 investor-State arbitration decisions. IIA Reform issues at a glance. *IIA Issues Notes* (2). United Nations.
- VADI, Valentina (2018). *Proportionality, Reasonableness and standard of review in International Investment Law and Arbitration*. Elgar International Investment Law.
- ZARRA, Giovanni (2017). Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in light of Philip Morris v. Uruguay. *Revista de Direito Internacional*, 14(2), 94-120.

Normativa citada

- Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Chile y la Mancomunidad de Australia. Anexo 10-B Capítulo 10. 6 de marzo de 2009.
- Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Chile y la República de Argentina. Capítulo 8 1 de mayo de 2019.
- Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Chile y los Estados Unidos de América. Anexo 10-D, Capítulo 10. 1 de enero de 2004.
- Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Chile y la República de Colombia. Anexo 9-C, Capítulo 9. 8 de mayo de 2009.
- Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Chile y la República de Perú, Anexo 11-D, Capítulo 11. 1 de marzo de 2009.
- Acuerdo sobre promoción y protección recíproca del Reino de Noruega y la República de Chile 4 de noviembre de 1994.
- Acuerdo de Libre Comercio entre América Central, Estados Unidos y República Dominicana 10 de agosto de 2014.
- Acuerdo de Libre Comercio entre América Central y México, 22 de noviembre de 2011.
- Acuerdo de promoción y protección de inversiones entre la República de Cuba y la República de Chile, 30 de septiembre de 2000.
- Convención Americana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969
- Convención de Viena sobre Derecho de Tratados. 23 de mayo de 1969.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948.
- Protocolo adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. 20 de marzo de 1952.
- Protocolo de la Alianza del Pacífico. 10 de febrero de 2014.
- Tratado de libre comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos (CAFTA-Dr), 5 de agosto de 2004.

Tratado de promoción y protección de inversiones entre la República de El Salvador y la República de Chile, 18 de noviembre de 1999.

Tratado de promoción y protección de inversiones entre la República de Guatemala y la República de Chile, 10 de diciembre de 2001.

Jurisprudencia citada (laudos arbitrales y sentencias judiciales internacionales)

Abaclat et al v. República Argentina, CIADI. Caso No. ARB/07/5. Laudo arbitral (04 de agosto de 2011).

Abengoa S.A. y COFIDES S.A. v. Estados Unidos Mexicanos, CIADI. Caso No. ARB(AF)/09/2. Laudo arbitral (18 de abril de 2013).

ADC Affiliate Limited; ADC & ADMC Management Limited v. Hungría. Caso No. ARB/03/16. Laudo arbitral (02 de octubre de 2006).

América Móvil S.A.B. de C.V. v. República de Colombia, CIADI. Caso No. ARB(AF)/16/5. Laudo arbitral (07 de mayo de 2021).

Bear Creek Mining Corporation v. República de Perú, CIADI. Caso No. ARB/14/21. Laudo arbitral (30 de noviembre de 2017).

British Caribbean Bank Limited v. Belice, CPA. Caso No. 2010-18. Laudo arbitral (19 de diciembre de 2014).

Burlington Resources Inc. V. República de Ecuador, CIADI. Caso No. ARB/08/5. Laudo arbitral (14 de diciembre de 2012).

Carlos Ríos y Francisco Ríos v. República de Chile, CIADI. Caso No. ARB/17/16. Laudo arbitral (11 de enero de 2021).

Chemtura Corporation v. Canadá, UNCITRAL. Laudo arbitral (02 de agosto de 2010).

Convial Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. v. República de Perú, CIADI. Caso No. ARB/10/2. Laudo arbitral (21 de mayo de 2013).

Copper Mesa Mining Corp. V. República de Ecuador, CPA. Caso No. 2012-2. Laudo arbitral (15 de marzo de 2016).

Crystallex International Corporation v. República Bolivariana de Venezuela, CIADI. Caso No. ARB(AF)/11/2. Laudo arbitral (04 de abril de 2016).

Deutsche Bank AG v. República Democrática Socialista de Sri Lanka, CIADI. Caso No. ARB/09/2. Laudo arbitral (31 de diciembre de 2012).

Eco Oro Minerals Corp. V. República de Colombia, CIADI. Caso No. ARB/16/41. Laudo arbitral (09 de septiembre de 2021).

Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), Estados Unidos de América v. República de Italia. No. 76 (20 de julio de 1989).

Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. v. República Bolivariana de Venezuela, CIADI. Caso No. ARB/10/19. Laudo arbitral (18 de noviembre de 2014).

Guaracachi America, Inc y Rurelec PLC v. Estado Plurinacional de Bolivia, CPA. Caso No. 2011-17. Laudo arbitral (31 de enero de 2014).

Gemplus S.A., SLP S.A., Gemplus Industrial S.A. de C.V. v. Estados Unidos Mexicanos, CIADI. Caso No. ARB(AF)/04/3. Laudo arbitral (16 de junio de 2010).

Getma International et al. v. República de Guinea, CIADI. Caso ARB/11/29. Laudo arbitral (16 de agosto de 2016).

Iberdrola Energía S.A. v. República de Guatemala, CIADI. Caso No. ARB/09/5. Laudo arbitral (17 de agosto de 2012).

Infinito Gold Ltd. V. Costa Rica, CIADI. Caso No. ARB/14/5. Laudo arbitral (03 de junio de 2021).

Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH et al v. Ucrania, CIADI. Caso No. ARB/08/8. Laudo arbitral (01 de marzo de 2012).

Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs v. Georgia, CIADI. Caso No. ARB/05/18. Laudo arbitral (03 de marzo de 2010).

Ivcher Bronstein v. República de Perú. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C No. 74, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas (6 de febrero de 2001).

- Koch Nitrogen International SÁRL v. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI. Caso No. ARB/11/19. Laudo arbitral (30 de octubre de 2017).
- Les Laboratoires Servier, S.A.A., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres S.A.S. v. República de Polonia, CPA (reglas de arbitraje UNCITRAL)*. Laudo arbitral (14 de febrero de 2012).
- LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. Y LG&E International, Inc. V. República Argentina*, CIADI. Caso No. ARB/02/1. Decisión sobre responsabilidad (03 de octubre de 2006).
- Magyar Farming Company Ltd, Kintyre Kft and Inicia Zrt v. Hungría*, CIADI. Caso ARB/17/27. Laudo arbitral (13 de noviembre de 2019).
- Marion y Reinhard Unglaube v. República de Costa Rica*, CIADI. Caso No. ARB/ ARB/08/1 y ARB/09/20. Laudo arbitral (16 de mayo de 2012).
- Marfin Investment Group v. República de Chipre*, CIADI. Caso No. ARB/13/27. Laudo arbitral (26 de julio de 2018).
- M. Meerapfel Söhne AG v. República Centrafricana*, CIADI. Caso No. ARB/07/10. Laudo arbitral (12 de mayo de 2011).
- Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd. Y Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. V. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI. Caso No. ARB/07/27. Laudo arbitral (09 de octubre de 2014).
- Mohamed Abdel Raouf Bahgat v. República Arabica de Egipto, CPA*. Caso No. 2012-07. Laudo arbitral (23 de diciembre de 2019).
- Muhammet Çap & Sehil In_aat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. V. Turkmenistán*, CIADI. Caso No. ARB/12/6. Laudo arbitral (15 de mayo de 2021).
- OAO Tatneft v. Ucrania, CPA*. Caso No. 2008-8. Laudo arbitral (29 de julio de 2014).
- Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. Republica de Ecuador (II)*, CIADI. Caso No. ARB/06/11. Laudo arbitral (05 de octubre de 2012).
- OI European Group B.V. v. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI. Caso No. ARB/11/25. Laudo arbitral (10 de marzo de 2015).
- Olympic Entertainment Group AS v. Ucrania, CPA*. Caso No. 2019-18. Laudo arbitral (15 de abril de 2021).
- Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. v. República Oriental del Uruguay*, CIADI. Caso No. ARB/10/7. Laudo arbitral. 08 de julio de 2016.
- Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún v. Estado Plurinacional de Bolivia*, CIADI. Caso No. ARB/06/2. Laudo arbitral (16 de septiembre de 2015).
- Salvador Chiriboga v. República de Ecuador*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Excepción Preliminar y Fondo, Serie C No. 179 (6 de mayo de 2008).
- Sharxhi y otros v. República de Albania*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso No. 10613/16, Sentencia Sección Primera (11 de enero de 2018).
- Stans Energy Corp. Y Kutisay Mining LLC v. República de Kirguistán (II)*, CPA. Caso No. 2015-32. Laudo arbitral (20 de agosto de 2019).
- Señor Tza Yap Shum v. República de Perú*, CIADI. Caso No. ARB/07/6. Laudo arbitral (07 de julio de 2011).
- Serafín García Armas y Karina García Gruber, CPA*. Caso No. 2013-3. Laudo arbitral (26 de abril de 2019).
- Sociedad Anónima del Ucieza v. Reino de España*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso No. 38963/08. Sentencia Sección Tercera (04 de noviembre de 2014).
- South American Silver Limited v. Bolivia, CPA*. Caso No. 2013-15. Laudo arbitral (22 de noviembre de 2018).
- Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA y Vivendi Universal SA v. República Argentina*, CIADI. Caso No. ARB/03/19. Laudo arbitral (30 de julio de 2010).
- RosInvestCo UK Ltd. V. Federación Rusa, SCC*, Caso No. V079/2005. Laudo arbitral (12 de septiembre de 2010).
- Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. República Argentina*, CIADI. Caso No. ARB/09/1. Laudo arbitral (21 de julio de 2017).

- Tenaris S.A. y Talta-Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Ltda. V. República Bolivariana de Venezuela (I)*, CIADI. Caso No. ARB/11/26. Laudo arbitral (29 de enero de 2016).
- Ulysseas, Inc. V. República de Ecuador, Corte Permanente de Arbitraje*. Caso No. 2009-29. Laudo arbitral (12 de junio de 2012).
- UAB E energija (Lithuania) v. República de Letonia, CIADI*. Caso No. ARB/12/33. Laudo arbitral (22 de diciembre de 2017).
- UP y CD Holding Internacionale v. Hungría, CIADI*. Caso No. ARB/13/35. Laudo arbitral (09 de octubre de 2018).
- Valeri Belokon v. Kirguistán, UNCITRAL*. Laudo arbitral (4 de octubre de 2014).
- Vestey Group Limited v. República Bolivariana de Venezuela, CIADI*. Caso No. ARB/06/4. Laudo arbitral (15 de abril de 2016).
- Vigotop Limited v. Hungría, CIADI*. Caso No. ARB/11/22. Laudo arbitral (01 de octubre de 2014).
- Yukos Universal Limited (Isla de Man) v. Federación Rusa, CPA*. Caso No. 2005-04/AA227. Laudo arbitral (18 de julio de 2014).

La falta de servicio como título de imputación en la responsabilidad patrimonial del Estado, ¿es el único que acepta nuestro sistema? Fundamentos para la admisión de otros títulos de imputación

The fault of the public service as a title of attribution in the State liability, is it the only one that accepts our system? Grounds for the admission of other titles of attribution

Fabián Huepe Artigas*

El presente trabajo propone que la responsabilidad patrimonial de la Administración no solo se fundamenta en la falta de servicio como único título de imputación de responsabilidad, según lo ha aceptado de manera uniforme la jurisprudencia, sino que es jurídicamente posible que, conjuntamente con la falta de servicio, coexistan otros títulos de imputación que establezcan regímenes excepcionales de responsabilidad sin falta, sobre la base de una correcta interpretación del artículo 4° de la Ley General de Bases Generales de la Administración del Estado.

At paper proposes that the patrimonial liability of the Administration is not only based on the fault of the public service as the only title of attribution of liability, as has been accepted in a uniform manner by the jurisprudence, but that it is legally possible that, together with the fault of public service, coexist other imputation titles that establish exceptional liability systems without fault, based on a correct interpretation of article 4° of the General Law of General Bases of the State Administration.

RESUMEN / ABSTRACT

* Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción. Magíster en Ciencia Jurídica y Doctor en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Concepción. Correo electrónico: fhuepe@udec.cl. Dirección postal: Víctor Lamas 1290, Concepción, Chile.

Este trabajo se realiza en el contexto del proyecto Fondecyt iniciación N° 11201215.

Este artículo fue recibido el 20 de septiembre de 2022 y aceptado el 10 de diciembre de 2022.

Palabras clave: responsabilidad del Estado, falta de servicio, responsabilidad objetiva.

Keywords: State Liability, fault of the public service, strict liability.

Introducción

Como ya es sabido, es pacífica la doctrina y jurisprudencia que acepta la figura de la *falta de servicio* como un factor de atribución o título general de imputación de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública¹. Se ha afirmado que se trata de una responsabilidad *subjetiva*, al identificar la falta de servicio con la *culpa del servicio* según lo reconoce la doctrina² y jurisprudencia³.

Sin embargo, del análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema, es posible advertir que, en la práctica, la falta de servicio se ha transformado, de un título "general" de imputación o factor único de atribución, que fue el sentido originario que le otorgaron los partidarios de esta doctrina⁴, a un título "único" de imputación, lo que implica excluir y rechazar, *a priori*, cualquier otro factor de atribución distinto al de la sola falta de servicio.

En efecto, la afirmación anterior queda evidenciada, entre otros, con la doctrina iniciada en el fallo "Sociedad Agrícola Lolco Limitada contra Fisco de Chile" (2004)⁵, y luego reiterada con mayor argumentación en los fallos

¹ Vid. PIERRY 2001, 19; CORDERO 2010, 97; CORDERO 2016, 403; CAMACHO 2016, 413 y ss.

² PIERRY 2000, 19.

³ Por ejemplo, en *Mauricio Hidalgo Briceño y otros con Servicio de Salud Valparaíso y otros* (2007), c° 16., se expresa que "La falta de servicio no es una responsabilidad objetiva sino subjetiva, basada en la falta de servicio, en la que aquélla, considerada como 'la culpa del Servicio', deberá probarse por quien alega el mal funcionamiento del servicio, el funcionamiento tardío o el no funcionamiento del mismo; que esta omisión o acción defectuosa haya provocado, un daño al usuario o beneficiario del servicio público de que se trata; y, en fin, que la falla en la actividad del ente administrativo haya sido la causa del daño experimentado, todo por disponerlo así el artículo 42 de la ley 18.575 sobre Bases de la Administración del Estado...".

⁴ En efecto, Pierry sostenía que "Quienes somos partidarios de la institución de la falta de servicio como el *sistema general* de responsabilidad extracontractual para Chile, no descartamos el desarrollo de otro tipo de responsabilidad. Siguiendo el derecho francés y en particular la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado, no podemos descartar el que pueda introducirse la idea de la responsabilidad por riesgo y, eventualmente, la responsabilidad sin falta fuera del riesgo, en ciertos casos... La idea era que pudiera establecerse otro tipo de responsabilidad por la *vía legal o jurisprudencial*, a partir del artículo 4 y con carácter excepcional" (énfasis añadidos) PIERRY 2001, 32 y 36, sin perjuicio de que el autor más adelante se inclina por el régimen de presunción de falta.

⁵ *Soc. Agrícola Lolco LTDA. con Fisco De Chile (2004)*. La sociedad Agrícola Lolco demandó al Estado por la dictación del Decreto Supremo N° 43 de 1990 del Ministerio de Agricultura que declaró a la especie vegetal forestal *Araucaria araucana*, también llamada pehuén o pino chileno, como monumento natural conforme a la Convención para la protección de la flora, de la fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América (1940) –suscrita y ratificada por Chile en 1967– y conforme a diversas normas que disponen la preservación de ciertas especies vegetales nativas. La Agrícola explotaba dicha especie arbórea en un área de 3.300 hectáreas dentro del Fundo Lolco, en Curacautín, de 16.000 hectáreas en total. En concepto de la deman-

“Inmobiliaria Maullín Ltda. contra Fisco de Chile” (2008)⁶, “Productos Fernández S.A. con Ministerio de Salud” (2012)⁷, “Universidad de Magallanes con Servicio Agrícola y Ganadero” (2013)⁸, y “Esquerré hermanos Limitada con I. Municipalidad de Concepción” (2013)⁹⁻¹⁰, los que constituyen típicos casos

dante, el decreto de 1990 significó la prohibición absoluta para la explotación y comercialización de la araucaria araucana,

⁶ *Inmobiliaria Maullín LTDA. con Fisco de Chile* (2010). Declaración de monumento histórico al Edificio de propiedad del demandante ubicado en Huérfanos, esquina San Martín Santiago. Demandante argumenta que la declaración de monumento histórico del edificio Palacio Pereira revela una carga patrimonial para su dueño que es una discriminación de carácter arbitraria por cuanto se trata de un inmueble irreversiblemente ruinoso que permanece en el tiempo como propiedad monumental en circunstancias que han desaparecido los presupuestos que se tuvieron en vista al efectuar dicha declaración. De este modo, enfatiza, se produce una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas que permite que la víctima de un daño causado en el interés general de la colectividad pueda obtener una reparación con cargo al Estado, ya que la carga pública impuesta en beneficio de la comunidad perjudica exclusivamente a su parte.

⁷ *Productos Fernández S.A. con Ministerio de Salud* (2012). La empresa acciona de indemnización de perjuicios en contra del Ministerio de Salud (Fisco) pues le fueron decomisadas y destruidos productos cárnicos que había ingresado al país, medida adoptada por el SESMA a fin de resguardar la salud de la comunidad. En efecto, el día 23 de mayo del año 2003 las autoridades sanitarias chilenas tomaron conocimiento de la circunstancia de haberse detectado en Canadá un animal vacuno que presentaba los síntomas de la enfermedad denominada encefalopatía espongiiforme bovina, vulgarmente conocida como el “mal de la vaca loca”. La autoridad competente realizó con posterioridad una visita inspectiva en dependencias de la sociedad demandante ya que aquella había adquirido (cumpliendo la normativa) productos cárnicos desde Canadá, visita que significó el decomiso de los productos, ordenándose su destrucción por incineración, además de dar origen a un sumario sanitario. La empresa demanda los perjuicios sufridos por la pérdida de tales productos.

⁸ *Universidad de Magallanes con Servicio Agrícola y Ganadero* (2013). La Universidad demandante implementó un proyecto ovino destinado a incrementar la producción lechera en la XII Región. A fines del año 1995 se iniciaron las gestiones destinadas a importar treinta hembras y dos machos ovinos de la raza lechera Milchschaaf desde el sector denominado El Bolsón, Río Negro, Argentina. Sin embargo, el Departamento de Protección Pecuaría del Servicio Agrícola y G. informó que se ha detectado el hallazgo de animales afectados por un cuadro compatible con maedi-visna, enfermedad viral de desenlace fatal que aqueja a los ovinos y caprinos. En este contexto, la autoridad declaró la existencia de un foco de maedi-visna en el predio de propiedad de la Universidad demandante, por lo que se tuvo que sacrificar sesenta ovejas, dieciocho carneros y once corderos.

⁹ *Esquerré Hermanos LTDA. con Municipalidad de Concepción* (2013). Demanda presentada por la sociedad Esquerré Limitada en contra de la Municipalidad de Concepción, fundada en que aquella es dueña del inmueble ubicado en calle Barros Arana N° 171, el que a través del nuevo Plan Regulador Comunal de la ciudad ha sido calificado como inmueble de Conservación Histórica, imponiéndosele el gravamen de mantener y conservar la fachada, lo que significa que la demandante no podrá disponer del Inmueble a cabalidad, carga que no debe soportar gratuitamente.

¹⁰ También se suele citar el fallo *Bodegas San Francisco Limitada con Fisco de Chile* (2016), pero en este caso se demanda por falta de servicio siendo la Corte Suprema quien rechaza la demanda por estimar que el Fisco realizó un acto lícito y por ende no hay responsabilidad. Se trata de la demanda deducida por la empresa Bodegas San Francisco Limitada en contra del Fisco de Chile, fundada en que es dueña de la Parcela C de la Chacra Magallanes, ubicada en Camino Lonquén N° 9.600, comuna de Cerrillos y, en terrenos colindantes, la demandada se encuentra ejecutando la construcción de una obra pública denominada “Camino Ruta G-30, Sector Cerrillos-Lonquén”, que contempla el levantamiento de un enorme terraplén que dificulta el acceso a su inmueble, imposibilitando además el necesario escurrimiento de las aguas, de no ser

de demandas de responsabilidad del Estado sin falta, fundadas en un factor de atribución distinto al de la falta de servicio, precisamente por no imputarse en estos casos los típicos elementos subjetivos de culpa, dolo o falta de servicio, sino que perjuicios sufridos por la pérdida de determinados bienes o gravosas limitaciones al derecho de propiedad de los recurrentes, cuestión que la jurisprudencia los analizó como casos de *responsabilidad objetiva*, aunque sin hacer un mayor o más profundo análisis acerca de otros factores de atribución de responsabilidad distintos al de la falta de servicio que se conocen en la experiencia comparada, tales como la teoría de ruptura en la igualdad ante las cargas públicas¹¹, la teoría del sacrificio especial¹², o del riesgo¹³, entre otras¹⁴.

En los fallos antes señalados, la Corte Suprema, al calificar estos casos como de responsabilidad objetiva, sostuvo en síntesis, que la que responsabilidad objetiva es de carácter excepcional, y solo opera cuando el legislador interviene expresamente, sumado a que, al no existir tal texto expreso, no es posible admitir otros casos responsabilidad distintos al de la falta de servicio, no existiendo tampoco una responsabilidad de tipo constitucional estableci-

nivelado. Explica que esta circunstancia ha privado a la demandante del normal uso y goce de su terreno, toda vez que la deja encajonada aproximadamente 2 metros bajo nivel y sin acceso al camino público. Agrega que había proyectado desarrollar un loteo industrial, lo que no podrá llevar a cabo por las circunstancias ya descritas y hace presente que la situación planteada le causa perjuicios por la pérdida de valor patrimonial del terreno, el costo material de la nivelación y la construcción de nuevos accesos.

¹¹ Esta teoría, que se atribuye al jurista francés Teissier señala que “los ciudadanos no deben sufrir más, los unos que los otros, las cargas impuestas en el interés de todos” y agrega que “los daños excepcionales, los accidentes que el Poder Público en el ejercicio de su función administrativa causan a veces a ciertos particulares, deben luego ser considerados como imputables a la cuenta de los gastos generales de los Servicios Públicos, pagados por el impuesto y soportados consecuentemente por todos aquellos que constituyen la voluntad beneficiada por estos servicios”. Vid. REIRITZ, 1969, 29.

¹² Un trabajo muy interesante en relación a este criterio o título de imputación, su desarrollo en el derecho comparado (Alemania, Francia y España), su tratamiento en Chile y su relación con la ruptura en la igualdad ante las cargas públicas puede verse en PEÑA 2016, 529-562.

¹³ La responsabilidad por Riesgo es aquella que nace a consecuencia del uso de una cosa que implique un potencial daño e incertidumbre acerca de la eventual realización de un perjuicio (riesgo) o por el ejercicio de una actividad peligrosa, o bien, como aquella responsabilidad que comprende el daño causado a consecuencia “de una actividad organizada (económica o no) potencialmente creadora de daños previsibles e inevitables (o, al menos, inevitables totalmente) ...”. Vid. LEGUINA 1970, 145.

¹⁴ Atribuida a Otto Mayer, expresa que “En la relación entre el Estado y el súbdito, se trata no de pérdidas y de ganancias recíprocas, sino del efecto que surte la actividad del Estado sobre los individuos... Esto no ocurre sin que los individuos sufran algunos perjuicios, pero ellos entran en las condiciones de existencia del Estado al cual los individuos pertenecen... Pero a partir del momento en que esos perjuicios afectan a un individuo de manera desigual y desproporcionada, empieza a actuar la Equidad y cuando el perjuicio se traduce en un daño material correspondiente al pasaje de valores que se halla en la repetición de lo indebido, habrá lo que se llama el Sacrificio Especial, que corresponde al enriquecimiento sin causa y que debe indemnizarse... He ahí la idea de la indemnización debida por la Administración. No se basa en un hecho ilícito sino en un hecho contrario a la Equidad, injusto”. MAYER 1954, 217-218.

da en el artículo 38 inciso 2° de la Constitución Política¹⁵ (en adelante CPR) que pudiera justificar una responsabilidad objetiva. En estos casos jurisprudenciales, tampoco se analizó si había otros elementos o consideraciones jurídicas que justificaran la obligación del Estado de indemnizar, sino que simplemente por una cuestión jurídica formal (no hay texto expreso) fueron rechazadas estas demandas. Esta línea jurisprudencial se mantiene inalterable hasta el día de hoy.

Por tales razones, el presente trabajo analiza jurídicamente si existe normativamente, en nuestro sistema jurídico nacional fuera de situaciones de legislación expresa especial, otro factor de atribución distinto al de la falta de servicio, que permita hacer efectiva la responsabilidad del Estado por los daños que se causen a los administrados a consecuencia de su actividad administrativa. No se trata en absoluto de revivir las discusiones de *responsabilidad subjetiva-objetiva* respecto de las cuales nuestro sistema ya transitó y se decantó por la primera¹⁶, porque en tal discusión lo que se jugaba era un régimen *general* de responsabilidad del Estado (objetiva o subjetiva) y de lo que aquí se trata es de determinar si coexisten, junto al régimen general de

¹⁵ La jurisprudencia ya se han uniformado en este sentido, probablemente en forma notoria en el fallo *Domic Bezić con Fisco* (2002), al expresar que "... a este respecto, es pertinente apuntar que el ordenamiento jurídico no encierra disposiciones de carácter general que establezcan responsabilidades objetivas para los particulares o el Estado y que, por ende, esta clase de responsabilidad requiere de una declaración explícita del legislador que describa las circunstancias precisas que pueden generarla, como ocurre, por excepción, v. gr., en las situaciones descritas en los artículos 2327 y 2328 del Código Civil y 155 del Código Aeronáutico". Ya en forma expresa en el fallo *Hidalgo Briceño Mauricio y otros con Servicio Salud Valparaíso San Antonio y otros* (2008) "Mauricio Hidalgo Briceño y otros con Servicio de Salud Valparaíso y otros" (2008) Corte Suprema, rol 1976-2007, se señala: "Decimocuarto: Que, en efecto, el ordenamiento jurídico no encierra disposiciones de carácter general que establezcan responsabilidades objetivas para los particulares o el Estado y, por ende, esta clase de responsabilidad requiere de una declaración explícita del legislador que describa las circunstancias precisas que puedan generarla. En este sentido, el artículo 38, inciso segundo, de la Constitución Política de la República no constituye el fundamento de la responsabilidad del Estado sino tan solo da la posibilidad de ejercer la acción en contra del Estado. Visto de esta forma no puede sino considerarse una norma de competencia; Decimoquinto: Que esto último implica que dicho artículo 38 de Estatuto Político tiene como propósito establecer la competencia de los tribunales para conocer de la actividad administrativa y en ningún caso consagrar la responsabilidad extracontractual del Estado, y mucho menos un determinado tipo de la misma. En efecto, cuando esta norma exige al reclamante invocar un derecho subjetivo violado por la Administración al decir "cualquier persona lesionada en sus derechos... solo está refiriéndose al requisito para poder demandar ante los tribunales. Ese y no otro es su sentido".

¹⁶ Si bien nuestra jurisprudencia ha resuelto que la responsabilidad patrimonial del Estado por falta de servicio es una responsabilidad *subjetiva*, dicha calificación es a lo menos discutible desde un punto de vista conceptual. Así Cordero Vega ha señalado que es lógico calificar la falta de servicio con un "criterio de objetividad", atendido las últimas tendencias doctrinarias respecto a la calificación objetiva de la culpa (CORDERO, 2010, 189 y ss.). Incluso, desde la mirada civilista Barros ha indicado que "*la responsabilidad por falta de servicio no es subjetiva*, como tampoco lo es el juicio civil de culpa o negligencia... Ante todo, porque para acreditarla no es necesario que el juez formule un juicio de reproche a la persona o al órgano de la Administración que realizó la acción u omisión, sino que le basta comparar el servicio que se debió prestar con el efectivamente ejecutado" (BARROS 2007, 486).

responsabilidad del estado por falta de servicio, otros regímenes excepcionales de responsabilidad para ciertos casos.

Pues bien, la hipótesis de este trabajo consiste en sostener que, a partir del artículo 4° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y sus modificaciones posteriores (en adelante también e indistintamente LOCBGAE) es admisible jurídicamente la invocación de *títulos excepcionales de imputación* de responsabilidad patrimonial del Estado *distintos al de la falta de servicio*, para hacer frente a situaciones de perjuicios sufridos por el administrado que no puedan encuadrarse en el *factor general de atribución responsabilidad por falta de servicio* que establece el artículo 42 de la misma ley. Para demostrar lo anterior, el trabajo analizará: I) La constatación en nuestro sistema de la *falta de servicio* como un *criterio único y no general de imputación* a diferencia de lo que sucede en la experiencia comparada; II) Análisis del artículo 4° de la LOCBGAE y la posible admisión de diversos títulos de imputación de responsabilidad del Estado y III) Argumentos jurídicos que rechazan la tesis que acepta que el artículo 4° de la LOCBGAE admite jurídicamente otros títulos de imputación. El trabajo termina con las conclusiones de rigor.

I. La falta de servicio como título único de imputación de responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro sistema. Desde un factor general a un factor único de atribución de responsabilidad

Es importante destacar que nuestra doctrina refiere a la responsabilidad por falta de servicio como regla general de responsabilidad¹⁷ o bien como régimen general de la misma¹⁸, probablemente porque siempre aquélla ha sido la idea¹⁹. Sin embargo, si se observa el actual criterio de nuestra jurisprudencia es posible constatar que la falta de servicio es en realidad el *único factor de atribución* para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración.

1. Revisión de la jurisprudencia nacional y su contraposición con la experiencia comparada

En efecto, de la revisión jurisprudencial de la Corte Suprema, es posible encontrar como factor de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado, únicamente la *falta de servicio* y no otros, como lo sería el quebranta-

¹⁷ CORDERO 2015, 695 y ss. y 722 y ss.

¹⁸ VALDIVIA 2018, 432.

¹⁹ Quienes somos partidarios de la institución de la falta de servicio como el *sistema general* de responsabilidad extracontractual para Chile, no descartamos el desarrollo de otro tipo de responsabilidad. Siguiendo el derecho francés y en particular la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado, no podemos descartar el que pueda introducirse la idea de la responsabilidad por riesgo y, eventualmente, la responsabilidad sin falta fuera del riesgo, en ciertos casos... La idea era que pudiera establecerse otro tipo de responsabilidad por la *vía legal o jurisprudencial*, a partir del artículo 4 y con carácter excepcional" (énfasis añadido). PIERRY 2001, 32 y 36.

miento de la igualdad ante las cargas públicas, el sacrificio especial, la teoría del riesgo, o en general algún otro título de imputación de responsabilidad del Estado derivada de la actividad lícita (aunque sea excepcional) que técnicamente constituirían otros factores de atribución de responsabilidad del Estado que indica la experiencia comparada. Es más, si se observan los factores de atribución en países europeos, tales como Francia, Alemania, Italia, o España, o en países latinoamericanos como Argentina, Perú o Colombia, solo por citar algunos, es posible constatar que junto al régimen de responsabilidad del Estado por actividad ilícita o fundado en culpa o falta, conviven regímenes (excepcionales por regla general) de responsabilidad patrimonial por actividad lícita o sin culpa o falta, fundada en los otros títulos de imputación ya señalados²⁰.

Más aún, el propio sistema de responsabilidad patrimonial de la Unión Europea acepta que conjuntamente con la responsabilidad de los Estados por actuación ilícita, también opere –con carácter excepcional– un régimen de responsabilidad por acto lícito. Así Parejo Alfonso indica que “esto ha llevado a la jurisprudencia del TJUE... a desarrollar una doctrina de la responsabilidad fundamentalmente por ilegalidad, inspirada en la noción de falta (acción culpable, falta de servicio, ilegalidad de comportamiento, falta de vigilancia, gestión negligente) pero sin excluir totalmente la posibilidad de responsabilidad sin falta en caso de un perjuicio anormal y especial...”²¹ y reitera más adelante: “No obstante, se admite también la responsabilidad por acto lícito (o conforme a derecho), siempre que –además de los requisitos de

²⁰ Así, por ejemplo, en el sistema francés, conjuntamente con el régimen de responsabilidad por falta (o falla del servicio) existe paralelamente un régimen de responsabilidad sin falta fundamentada en el riesgo y en la igualdad ante las cargas públicas (MORAND-DEVILLER 2010, 836 y ss.); en el sistema alemán, se distingue la indemnización por intervenciones conforme a Derecho entre los cuales se desarrolla la teoría del sacrificio y la responsabilidad por riesgo (FORSTHOFF 1958, 426 y ss.). En Italia, una caso que puede ser considerado de responsabilidad sin falta es el *sacrificio de derechos* por actos lícitos (ALESSI 1970, 492 y ss.) el caso español, el sistema es de responsabilidad objetiva general fundada en la lesión antijurídica resarcible (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2008) que desde luego incluye hipótesis de riesgo, e igualdad ante las cargas públicas ya que la responsabilidad opera tanto por el funcionamiento anormal como *normal* de los servicios públicos, sin perjuicio que alguna doctrina ha cuestionado el carácter de responsabilidad objetiva general (vid. DOMÉNECH 2010, 179 y ss.), así como su excesiva amplitud (MIR 2012, 126 y ss. En Latinoamérica también ello acontece. Así por ejemplo en Argentina se distingue una responsabilidad del Estado proveniente de la actividad ilegítima (falta de servicio) y proveniente de su actuación legítima (CASSAGNE 2006, 477 y ss.) lo que se ha aclarado bastante con la nueva Ley de Responsabilidad del Estado promulgada el 7 de agosto de 2014, la cual expresamente admite, junto al régimen general de responsabilidad por actividad ilegítima, fundada en la falta de servicio (artículo 3º) la responsabilidad por *actividad legítima*, fundada en la teoría del *sacrificio especial* (artículo 4º) destacándose que este régimen de responsabilidad es excepcional (artículo 5º). En Perú el Estado responde tanto por actos lícitos como ilícitos (SÁNCHEZ 2015, 324 y 328), en tanto que Colombia, siguiendo el sistema español, establece que el Estado responde por el concepto de daño antijurídico, entendido éste como la lesión patrimonial o extrapatrimonial que puede ser causada de manera lícita o ilícita por el Estado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarla (NAVARRETE Frías 2009, 338).

²¹ PAREJO 2014, 850.

causalidad y realidad del daño o perjuicio— concurra el del carácter anormal y especial de este último”²².

No obstante, aquella general aceptación en la experiencia comparada de permitir conjuntamente con la existencia de un régimen general de responsabilidad patrimonial por actividad ilícita, un régimen excepcional de responsabilidad por actividad lícita o fundada en títulos de imputación distintos a la falta de servicio o culpa, nuestro sistema nacional no da cabida a tales regímenes excepcionales²³.

En este sentido, Valdivia se pregunta si al margen de la falta de servicio, y dejando también de lado las contadas hipótesis de responsabilidad por riesgo previstas por leyes especiales, es posible encontrar responsabilidades al margen de la falta de servicio. Indica que las principales cuestiones surgen respecto de la procedencia de una responsabilidad “por actos lícitos”, para lo cual efectúa un vistazo al derecho comparado, en donde se presentan soluciones disímiles²⁴. Asimismo cita la jurisprudencia francesa y la tesis de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas que requiere un daño “anormal” (grave, excepcional) y “especial” (radicado en unas pocas víctimas) así como la teoría del *sacrificio especial* propia de la jurisprudencia alemana, como también la figura de las *expropiaciones regulatorias* (“regulatory takings”) de difícil sistematización en la jurisprudencia norteamericana, para concluir que, cualquiera que sea el argumento que se emplee, esta responsabilidad es difícil de verse configurada, añadiendo que en las últimas décadas la jurisprudencia se ha mostrado en extremo reticente a admitirla, al menos con carácter general²⁵.

2. Sentencias relevantes que rechazan títulos de imputación distintos a la falta de servicio

Efectivamente, la jurisprudencia nacional ha cerrado definitivamente la puerta a la posibilidad de admitir otros títulos de imputación distintos al de la falta de servicio tratándose de responsabilidades del Estado. Así, después del caso “Galletué con Fisco” (1984) que aceptó la responsabilidad del Estado, aunque no sobre la base de algún factor de atribución propio de responsa-

²² PAREJO 2014, 850.

²³ Lo anterior sin perjuicio que la ley pudiera regular tal régimen excepcional, pero en tal caso ya no es técnicamente una excepción por cuanto ha sido el legislador quien ha regulado específicamente un determinado régimen de responsabilidad. De lo que se trata aquí es de demostrar que desde la perspectiva de la regulación general de la responsabilidad patrimonial del Estado (LOCBGAE u otras normas jurídicas administrativas de alcance general) no admite la jurisprudencia, ni aún a título excepcional, la coexistencia de otros regímenes excepcionales de responsabilidad a distintas a la falta de servicio, aun cuando mediante una relectura e interpretación más completa del artículo 4° de la LOCBGAE, ello fuera posible.

²⁴ VALDIVIA 2018, 437.

²⁵ VALDIVIA 2018, 437-438.

bilidad, sino que fundado en la equidad y la justicia²⁶, los fallos posteriores rechazan aplicar un factor de atribución distinto a la falta de servicio según se señala a continuación:

2..1. Fallo "Sociedad Agrícola Lolco Limitada contra Fisco de Chile" (2004)

En esta sentencia la Corte Suprema "advierte la ausencia u orfandad de normas que obliguen al Estado a responder en un caso como el planteado, lo que no es casual ni puede considerarse una inadvertencia, ya que deriva de la circunstancia de que, sencillamente, no existe dicha normativa"²⁷.

2.2. Fallo "Inmobiliaria Maullín Ltda. contra Fisco de Chile" (2008)

En este caso, si bien se argumentó en la demanda que se afectaba la igual repartición de las cargas públicas, es decir, que la carga que no es igualitaria no se estaría obligado a soportarla y cualquiera discriminación sería arbitraria (considerando 31°) se indica que "existe también consenso en doctrina que la responsabilidad objetiva en nuestro ordenamiento jurídico es de carácter excepcional, esto es, solo opera cuando el legislador interviene expresamente y ello es así por cuanto su aplicación implica otorgar un tratamiento particular por sobre el régimen común y general"²⁸.

Agrega que "por otra parte, el recurso de nulidad sustancial invoca como disposiciones infringidas los artículos 19 numerales 20 y 24 de la Constitución Política. Sin embargo, no advierte el impugnante que se trata de garantías que se refieren a determinados derechos, pero en ningún caso a la consagración de algún tipo de responsabilidad extracontractual del Estado. Aparte de lo anterior, es pertinente considerar que cuando el constituyente quiso conceder derecho a una indemnización en relación a alguno de los numerales del artículo 19 lo señaló expresamente, como en el caso del artículo 19 N° 7 letra i), en el mismo N° 24 y en el invocado artículo 41 N° 8 (actual artículo 45)"²⁹.

Continúa expresando que "... en lo tocante a la referencia al artículo 38 inciso segundo de la Carta Fundamental, es necesario indicar que esta norma tiene por finalidad únicamente atribuir competencia judicial para conocer de los reclamos o demandas de las personas lesionadas en sus derechos por la Administración del Estado a los tribunales ordinarios de justicia, como fluye de su actual texto a partir de la reforma constitucional de la Ley N° 18.825 de 1989, que eliminó la referencia a los tribunales de lo contencioso administrativo"³⁰.

²⁶ Corte Suprema, 7 de agosto de 1984, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 81, 2° parte, sec. 5°, año 1984, págs. 181-189, c.9°.

²⁷ Soc. Agrícola Lolco LTDA. con Fisco De Chile (2004), c. 51°.

²⁸ Inmobiliaria Maullín LTDA. con Fisco de Chile (2010), c. 33°.

²⁹ Inmobiliaria Maullín LTDA. con Fisco de Chile (2010), c. 38°.

³⁰ Inmobiliaria Maullín LTDA. con Fisco de Chile (2010), c. 39°.

Finalmente concluye que “por consiguiente, no hay normativa que consagre la pretendida obligación indemnizatoria por infracción a los artículos 19 N° 20 y N° 24 de la Constitución Política y por tal razón la mención de los preceptos constitucionales en el recurso de nulidad de fondo atribuyendo su falta de aplicación por los juzgadores resulta injustificada”³¹.

2.3. Fallo “*Productos Fernández S.A. con Ministerio de Salud*” (2012)

En esta sentencia, la Corte Suprema señala que “en este sentido, la circunstancia que determinadas leyes especiales hayan consagrado excepcionalmente un régimen especial indemnizatorio demuestra que el derecho a indemnización por actos lícitos a favor de las personas afectadas solo opera en virtud de un texto legal expreso y no porque la Constitución Política establezca una regla especial de responsabilidad. Que reafirma lo expuesto lo preceptuado en la letra j) del artículo 7 de la Ley N° 18.755, que establece normas del Servicio Agrícola y G.”³².

Agrega que “en lo tocante a la referencia del fallo de primer grado al artículo 38 inciso segundo de la Carta Fundamental, es necesario indicar que esta norma tiene por finalidad únicamente atribuir competencia judicial para conocer de los reclamos o demandas de las personas lesionadas en sus derechos por la Administración del Estado a los tribunales ordinarios de justicia, como fluye de su actual texto a partir de la reforma constitucional de la Ley N° 18.825 de 1989, que eliminó la referencia a los tribunales de lo contencioso administrativo”³³.

Finalmente señala que “por consiguiente, los jueces del fondo incurrir en error de derecho al confirmar el fallo de primera instancia, puesto que no hay normativa que consagre la pretendida obligación indemnizatoria por infracción a los artículos 19 N° 20 y N° 24 de la Constitución Política y por tal razón la mención de los preceptos constitucionales en la decisión que acoge la demanda es injustificada”³⁴.

2.4. Fallo “*Universidad de Magallanes con Servicio Agrícola y Ganadero*” (2013)

Aquí se reiteran los argumentos anteriores en las sentencias ya señaladas, destacando que “por otra parte, el recurrente invoca como disposiciones fundantes de la responsabilidad del Estado el artículo 19 numerales 20 y 24 de la Constitución Política. Sin embargo, su planteamiento no es correcto, pues no advierte que se trata de garantías que se refieren a determinados derechos, pero en ningún caso a la consagración de algún tipo de responsabilidad extracontractual del Estado. Aparte de lo anterior, es pertinente considerar que cuando el constituyente quiso conceder derecho a una indemnización en relación a alguno de los numerales del artículo 19 lo señaló expresamen-

³¹ *Inmobiliaria Maullin LTDA. con Fisco de Chile* (2010), c. 40°.

³² *Productos Fernández S.A. con Ministerio de Salud* (2012). c. 16°.

³³ *Productos Fernández S.A. con Ministerio de Salud* (2012). c. 17°

³⁴ *Productos Fernández S.A. con Ministerio de Salud* (2012).c. 18°.

te, como en el caso del artículo 19 N° 7 letra i), en el mismo N° 24 y en el artículo 45”³⁵.

Por último agrega que “en este sentido, la circunstancia que determinadas leyes especiales hayan consagrado excepcionalmente un régimen especial indemnizatorio demuestra que el derecho a indemnización por actos lícitos a favor de las personas afectadas solo opera en virtud de un texto legal expreso y no porque la Constitución Política establezca una regla especial de responsabilidad”³⁶.

2.5. Fallo “*Esquerré hermanos Limitada con I. Municipalidad de Concepción*” (2013)

En este fallo se reiteran similares argumentos que los anteriores, pero además cabe destacar aquellos que señalan que “...de lo dicho fluye que la responsabilidad objetiva del Estado en nuestro ordenamiento jurídico es de carácter excepcional, esto es, solo opera cuando el legislador interviene expresamente y ello es así por cuanto su aplicación implica otorgar un tratamiento particular por sobre el régimen común y general. Esta premisa básica, unida a la interpretación de las normas que ha sido expuesta en los considerandos precedentes, determina la improcedencia de conceder una indemnización por actuaciones lícitas de la Administración, puesto que para que ello ocurra es necesaria la existencia de un texto legal expreso que la conceda, naciendo esta indemnización no como una consecuencia de la responsabilidad del Estado, sino que producto del acto legislativo”.

Y agrega: “Esta opción del legislador se justifica en la medida que un sistema de responsabilidad objetiva general implicaría que la Administración no podría actuar en aras del bien común por cuanto siempre se vería amenazada por eventuales reclamos de los administrados respecto de cualquier tipo de perjuicios que causare su actuación no obstante haberse apegado estrictamente al ordenamiento jurídico. En este sentido no podría realizar ni adoptar decisiones en pro de los intereses generales de la nación, la salubridad pública y la seguridad nacional”³⁷.

2.6. Fallo “*Bodegas San Francisco Limitada con Fisco de Chile*” (2016)

Si bien la sentencia de instancia acoge la demanda por estimar que concurrió falta de servicio en el actuar de la Administración, la Corte Suprema acoge la casación debido a que expresa que “...es posible apreciar que la actuación del Fisco de Chile no priva a la demandante de su propiedad ni la afecta en sus atributos básicos, sino que la actividad desplegada solo ha significado el ejercicio de una de aquéllas para lo que está expresamente facultado, en la especie, la construcción de la obra pública, actuación lícita cuyas consecuen-

³⁵ *Universidad de Magallanes con Servicio Agrícola y Ganadero* (2013), c.13°.

³⁶ *Universidad de Magallanes con Servicio Agrícola y Ganadero* (2013), c.14°.

³⁷ *Esquerre Hermanos LTDA. con Municipalidad de Concepción* (2013), c. 9°.

cias deben ser soportadas por el propietario del predio colindante, en tanto se trata de una carga impuesta en aras del bien común y en consideración a la función social de la propiedad”³⁸.

Como puede apreciarse de estas sentencias, en todo los casos la Corte Suprema rechaza las demandas de responsabilidad del Estado, por cuanto acepta como único factor de atribución de responsabilidad la falta de servicio, y aun cuando pudiera citarse el título de alteración o ruptura a la igualdad ante las cargas públicas, la jurisprudencia sostiene que no habiendo texto legal expreso que establezca un régimen de responsabilidad distinta a la falta de servicio, simplemente no hay norma que regule la situación y por ende, no hay responsabilidad.

3. La falta de servicio como único título de atribución de responsabilidad tratándose de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública

Por último, otra evidencia que demuestra que en nuestro sistema el único factor de atribución de responsabilidad patrimonial de la Administración lo constituye la falta de servicio, es precisamente la solución doctrinaria y jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad a las cuales no se les puede aplicar a lo menos como texto expreso, la falta de servicio establecida en el artículo 42 de la LOCBGAE

En efecto, el artículo 21 de la LOCBGAE que está ubicado en el “Título II” de la referida ley, denominada “Normas Especiales”, señala en su inciso 2° que “Las normas del *presente Título* no se aplicarán a... las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública” entre otras instituciones. Pues bien, el artículo 42 de la señalada ley que establece la responsabilidad de la Administración por falta de servicio, se encuentra situada precisamente en dicho Título II y, por ende, a lo menos desde el punto de vista literal, no le sería aplicable la falta de servicio a estas instituciones. Frente a este problema Pierry plantea como solución una tesis sostenida ya desde 1975³⁹ y publicada posteriormente con algunas actualizaciones en su publicación efectuada en la Revista del Consejo de Defensa del Estado, en que analiza y resuelve este problema concluyendo que la solución es lograr la aplicación definitiva de *un solo sistema de responsabilidad* para toda la Administración del Estado, pero sin desconocer que el artículo 44 no se puede aplicar a las instituciones excluidas. Ello puede hacerse aplicando la institución de la falta de servicio, pero no a partir del artículo 44, o del artículo 38 de la CPR sino que a partir del artículo 2314 del Código Civil, al que habría que volver como el derecho común en materia de responsabilidad extracontractual. Por ello señala expresamente que “se puede ir más lejos y aceptar la aplicación en Chile a partir del artículo 2314 del Código Civil, de la noción de falta de ser-

³⁸ *Bodegas San Francisco Limitada con Fisco de Chile* (2016), c. 19°.

³⁹ PIERRY 1975-1976, 471-502.

vicio"⁴⁰, señalando luego como conclusión que "La aplicación al Estado de la noción de falta de servicio puede hacerse a partir de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, permitiendo uniformar el sistema de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la Administración del Estado"⁴¹.

La doctrina antes indicada ha sido recogida de manera uniforme por la jurisprudencia, siendo notorio a partir del fallo "Seguel con Fisco" (2009)⁴² al sostenerse que "...cabe dilucidar qué sistema resulta aplicable a las instituciones excluidas, y en el caso particular a las Fuerzas Armadas; para ello ha de recurrirse al derecho común, teniendo presente que precisamente el desarrollo del derecho administrativo, allí donde ha ocurrido, ha sido a partir de la distinta interpretación de las normas de derecho común para el Estado y para las relaciones entre particulares, permitiendo de esta forma la conciliación de la actuación estatal, dotada de imperio público, como guardiana del interés colectivo, con la protección de los derechos de los ciudadanos, de tal suerte que cabe aceptar la aplicación en nuestro país a partir del artículo 2314 del Código Civil, de la noción de falta de servicio", y concluye: "Que del modo que se ha venido razonando, es acertada la aplicación del artículo 2314 del Código Civil y la institución de la falta de servicio a la litis planteada, por cuanto *permite así uniformar el sistema de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la Administración del Estado*" (énfasis añadido)⁴³.

Esta doctrina se reitera en fallos posteriores⁴⁴ con una interesante variación a partir del año 2021, con el fallo "Víctor Meier Muller con Consejo de Defensa del Estado" (2021)⁴⁵ en cuya virtud se mantiene la aplicación de la *falta de servicio* como un *sistema único de responsabilidad patrimonial del Estado*, pero ya no a partir del artículo 2314 del Código Civil, sino que a partir –correctamente a mi juicio– del artículo 4° de la LOCBGAE⁴⁶.

Esta nueva tendencia jurisprudencial se ha reiterado hasta ahora. En efecto, en el fallo "Juan Alarcón Aravena con Fisco de Chile" (2022)⁴⁷ se señala en su considerando cuarto que "...cabe recordar que, como lo ha resuelto esta Corte con anterioridad (v. gr. en autos rol N° 97.186 2020, N° 94.245 2021, N° 82 2021 y N° 4.191 2021), a partir de una interpretación armónica de los artículos 2, 4, 5, 6, 7 y 38 de la Constitución Política de la República, en relación con los artículos 4 y 42 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del

⁴⁰ PIERRY 2000, 33.

⁴¹ PIERRY 2000, 34.

⁴² *Seguel Cares Pablo Andres con Fisco de Chile* (2009).

⁴³ *Seguel Cares Pablo Andres con Fisco de Chile* (2009), c. 15° y 16°.

⁴⁴ Por ejemplo, los fallos *Fernández Rodríguez y otros con Fisco de Chile* (2012), *Aldo Evanan Garrido Flores con Fisco de Chile* (2010), y *Edith del Carmen Morales Gamboa con Fisco de Chile* (2011). Esta tendencia se repite recientemente en el fallo *Macarena Schuster Pinto y otros con Fisco de Chile* (2020)..

⁴⁵ *Víctor Meier Muller con Consejo de Defensa del Estado* (2021).

⁴⁶ Planteamiento que ya he manifestado desde hace bastante tiempo. Vid. HUEPE 2011, 139 y HUEPE 2019, 431.

⁴⁷ Corte Suprema, rol 85903-2021.

año 2000, que contiene el texto refundido de la Ley N° 18.575, la responsabilidad del Estado Administrador ha evolucionado hasta llegar a un estado pacífico conforme al cual dicho instituto se funda exclusivamente en las referidas normas y tiene como factor de imputación la “falta de servicio”, que se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación a la conducta normal que se espera de él, estimándose que ello concurre cuando el servicio no funciona debiendo hacerlo, lo hace en forma irregular o lo hace tardíamente, operando así como un factor de imputación que genera la consecuente responsabilidad indemnizatoria”.

Agrega que “Al respecto es importante precisar que el inciso segundo del artículo 21 de la citada Ley N° 18.575 no excluye la aplicación del concepto de falta de servicio y el consecuente régimen de responsabilidad de Derecho Público a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, toda vez que dicho precepto no afecta lo estatuido en el artículo 4 del mismo cuerpo legal, piedra angular de la responsabilidad de los órganos del Estado, por lo que a su respecto se debe atender a la concepción de la Administración que expresa el inciso segundo del artículo 1° del mencionado cuerpo de leyes, de forma tal que, sin duda alguna, este régimen de responsabilidad se aplica a las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas”⁴⁸.

4. Esfuerzo jurisprudencial por mantener la unidad del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración por falta de servicio

Por último, cabe destacar que nuestra jurisprudencia, con el fin de mantener la unidad en el régimen de responsabilidad del Estado por falta de servicio, entendido como un único título de imputación, no retrocede, estableciendo casos de responsabilidad que técnicamente pudieran ser encuadrados en otro factor de atribución pero que, para no afectar la unidad del sistema de responsabilidad, lo catalogan, tal vez forzosamente, como casos de falta de servicio.

En efecto, en el fallo “Claudio Fernández Farfán y otros con Servicio de Salud Arica” (2014)⁴⁹ los habitantes de una población en cuyas cercanías el Servicio de Salud ordenó colocar residuos minerales tóxicos, demandaron de indemnización de perjuicios a aquel organismo, persiguiendo hacer efectiva su responsabilidad por falta de servicio. Señalan los demandantes que sus organismos presentan una concentración de elementos tóxicos superior a lo normal. El tribunal de primer grado rechaza la demanda, decisión que la Corte de Apelaciones confirma. Sin embargo, la Corte Suprema anula el fallo y dicta uno de reemplazo, en que revoca lo decidido por el juzgado de letras y acoge la demanda, otorgando una indemnización a los demandantes.

⁴⁸ Esta tendencia también se ha reiterado en *Jorge Luchsinger Mackay y otros con Fisco de Chile* (2021), *Rosa Collao Aros y otro con Fisco de Chile* (2021), *Benjamín Placencia Lobos con Fisco de Chile* (2022) y *José Bustamante Villouta con Fisco de Chile* (2022); entre otros.

⁴⁹ *Fernández Farfán Claudio, Parra Vargas Débora, Rossi Parra Bruno con Servicio Salud Arica* (2014).

Según Cordero Vega, este fallo se acerca más a la idea de *riesgo* y por eso sostiene que “para la Corte esa anomalía no está en el cumplimiento de un estándar legal u obligación concreta, sino en la exposición al riesgo que expuso a los ciudadanos en el ejercicio anormal de su competencia. Por esa vía, la Corte Suprema utiliza la falta de servicio como un medio de control de la actividad administrativa, pero también como un medio de tutela subjetiva de la posición de los ciudadanos frente al correcto funcionamiento de los organismos administrativos, construyendo de ese modo la falta de servicio bajo un sesgo garantista y distributiva de la acción de responsabilidad del Estado”⁵⁰. Situación similar acontece con “Sociedad Inmobiliaria Inversiones R & T Limitada con Municipalidad de Santa Cruz” (2013)⁵¹ que Cordero identifica como un caso de responsabilidad por confianza legítima⁵² pero que al final de cuentas se reconduce a una responsabilidad por falta de servicio⁵³.

Finalmente, un caso interesante en la misma línea argumental señalada acontece en el fallo “Sociedad de Inversiones y Asesorías Génova Limitada y otros con Fisco de Chile y otro”⁵⁴, en el cual los demandantes demandan al Fisco y a una empresa, por la privación de facto de las pertenencias mineras de los demandantes. Efectivamente, reclaman que el Fisco de Chile es responsable porque a través del Ministerio de Obras Públicas se encargó a Besalco la construcción de la segunda pista del Aeropuerto para lo cual expropió solo los terrenos superficiales, pero no las pertenencias que cubren dichos terrenos y que eran de los demandantes. Indican que la privación del dominio de las pertenencias acarrea responsabilidad constitucional del Estado.

Pues bien, lo interesante de este fallo radica en que el demandante fundó su demanda principal en la violación del derecho de propiedad y de las garantías consagradas por la Carta Fundamental para protegerlo; y a su vez, en la demanda subsidiaria argumentó que los demandados incurrieron en responsabilidad extracontractual regulada por las normas del Código Civil. El Juez de la causa optó por este último criterio fundado básicamente en que si bien la infracción a las normas constitucionales puede constituir fuente directa de responsabilidad no es menos cierto que al no existir un mecanismo de carácter general que regule la materialización del procedimiento indem-

⁵⁰ CORDERO 2015, 746.

⁵¹ *Sociedad Inmobiliaria Inversiones R & T Limitada con Municipalidad de Santa Cruz* (2013).

⁵² CORDERO 2015, 733. Un análisis del principio de confianza relacionado con la responsabilidad puede verse en RAJEVIC 2012, 256-259.

⁵³ La sentencia si bien indica en su considerando décimo tercero que “asimismo, la actuación de la Municipalidad en los términos descritos en el motivo anterior vulnera el principio de la confianza legítima que la rige frente a los administrados”, concluye sin embargo, que “las facultades reconocidas y entregadas a las Municipalidades como contrapartida generan responsabilidad por falta de servicio, cuando bien no se ejercen, o cuando habiéndolo hecho, sus actuaciones vulneran el ordenamiento y provocan perjuicio a los vecinos, lo que no es otra cosa que la consecuencia inherente al ejercicio incorrecto o deficitario de las potestades públicas a ellas entregadas” (considerando décimo).

⁵⁴ *Sociedad de inversiones y asesorías GENOVA LTDA., sociedad legal minera Gabriela Primera de Pudahuel, sociedad legal minera Francisco 19 y otros con Fisco de Chile, BESALCO S.A* (2013).

nizatorio debe necesariamente recurrirse a las normas de responsabilidad extracontractual previstas en el Código Civil⁵⁵. En este punto, sin embargo, la Corte Suprema estimó que la cuestión de la responsabilidad debe analizarse bajo el criterio de la falta de servicio o culpa en el servicio y, utilizando tal factor de atribución, condenó al Fisco.

Este último caso, que perfectamente pudo analizarse sobre la base del factor de atribución de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas o sacrificio especial (más allá de si además pudo o no existir un actuar ilícito de los demandados) fue resuelto sobre la base de aplicar forzada y artificialmente el criterio de la falta de servicio que no está diseñado para resolver estos casos, pero que tal vez fue necesario citar puesto que nuestro sistema no tiene otro factor de atribución distinto a aquél.

Para terminar esta parte, cabe destacar que la conclusión en orden a que se ha pasado, en relación a la falta de servicio, desde un título general de imputación (cuando se aceptaban casos de responsabilidad del Estado por actos lícitos o también denominados por algunos como actos “aparentemente válidos”)⁵⁶ a un único título o factor de atribución, no considera la posibilidad de regímenes de excepción establecidas por una ley especial (que también serían muy escasas)⁵⁷, ya que lo que se quiere enfatizar aquí, es que la normativa general de responsabilidad patrimonial de la Administración (establecida en la LOCBGAE) de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia solo admite un único factor de atribución –la falta de servicio– no admitiendo los otros que el derecho comparado reconoce, tales como el riesgo, la ruptura a la igualdad ante las cargas públicas, el sacrificio especial las regulaciones expropiatorias, u otros títulos de imputación desarrollados por la doctrina y que pudieren ser acogidos por la jurisprudencia.

Con razón Ferrada ha indicado que “queda claro que para la jurisprudencia chilena la actuación lícita del Estado no puede ser fuente de responsabilidad, porque la actividad desplegada no es antijurídica. Solo cabría la responsabilidad estatal entonces por acto lícito en el caso de que el ordenamiento jurídico así lo dispusiera expresamente, sin que la doctrina y la jurisprudencia entonces acepte formalmente un título general de imputación

⁵⁵ Considerando 13°.

⁵⁶ Es la terminología utilizada por Flores. Vid. FLORES (2016) pp. 509 y ss.

⁵⁷ Se suele indicar como ejemplo, el artículo 7° letra j de ley 18.755 que establece normas sobre el Servicio Agrícola y Ganadero, que señala lo siguiente: Art. 7°.- “Corresponderán al Director Nacional las siguientes funciones y atribuciones: j) Disponer el pago de indemnizaciones a propietarios de bienes o productos no contaminados o sanos, que haya sido necesario sacrificar, beneficiar o destruir, como asimismo por las restricciones de uso de predios rústicos dispuestas por el Servicio, para prevenir, controlar o erradicar alguna enfermedad o plaga, previa autorización otorgada mediante decreto supremo del Ministerio de Agricultura, el que llevará además la firma del ministro de Hacienda. Las indemnizaciones comprenderán solo el daño patrimonial efectivamente causado”. Otra norma citada es el artículo 155 del Código Aeronáutico que dice: Art. 155.- “El explotador indemnizará los daños que se causen a las personas o cosas que se encuentren en la superficie, por el solo hecho de que emanen de la acción de una aeronave en vuelo, o por cuanto de ella caiga o se desprenda”.

distinto a la actuación irregular. Así, la desigualdad ante las cargas públicas no termina de constituirse en un título válido de responsabilidad estatal, no obstante, la existencia y reconocimiento de este derecho fundamental en el texto constitucional vigente (art. 19, 22)⁵⁸.

II. Análisis del artículo 4° de la LOCBGAE y la posible admisión de diversos títulos de imputación de responsabilidad del Estado

Una vez concluido que en nuestro ordenamiento jurídico nacional solo es admisible el factor de atribución de falta de servicio para hacer efectiva la responsabilidad del Estado de acuerdo a lo resuelto por la jurisprudencia (con apoyo de la doctrina) cabe preguntarse si en realidad, desde el punto de vista jurídico es admisible la coexistencia de otros factores de atribución de responsabilidad distintos a la falta de servicio, o por el contrario, tal como lo afirma la jurisprudencia, no hay normativa que la contemple, esto es, que se “advierte la ausencia u orfandad de normas que obliguen al Estado a responder en un caso como el planteado, lo que no es casual ni puede considerarse una inadvertencia, ya que deriva de la circunstancia de que, sencillamente, no existe dicha normativa”⁵⁹.

Como ya se dijo, la hipótesis de este trabajo señala que en virtud del artículo 4° de la LOCBGAE es jurídicamente admisible la introducción de factores de atribución de responsabilidad estatal distintos al de la falta de servicio, lo que requiere, desde luego, un análisis interpretativo de dicha norma. Para ello se analizará en primer lugar, el sentido y alcance del referido artículo, para luego arribar a argumentaciones que apoyan la tesis expuesta. Para lo anterior será necesario realizar una labor de determinación del sentido y alcance del artículo 4° de la LOCBGAE para determinar si es admisible jurídicamente en dicha norma la inclusión de otros factores de atribución de responsabilidad del Estado.

1. Los elementos de interpretación del artículo 4° de la LOCBGAE

En relación a la interpretación del artículo 4° de la LOCBGAE, cabe destacar que perfectamente pueden utilizarse los elementos de interpretación establecidos en los artículos 19 y siguientes del Código Civil ya que son reglas generales de interpretación a la ley en general y no al derecho civil únicamente. Desde luego que dicha interpretación deberá respetar los principios y matices propios del derecho público en la medida que se logre una interpretación *finalista* de la ley.

En este sentido Guzmán Brito señaló que “hay algunos que sostienen que las leyes de Derecho Administrativo están sometidas a un régimen propio y peculiar de reglas hermenéuticas de manera que tales leyes no deben ser interpretadas como se dispone en las reglas contenidas en el ‘Título prelimi-

⁵⁸ FERRADA 2020, 396.

⁵⁹ *Soc. Agrícola Lolco LTDA. con Fisco De Chile (2004)*, c. 51°.

nar' del Código Civil y particularmente su párrafo 4 que serían propios del Derecho Privado. Pero se trata de una ilusión. No hay argumentos que tengan fuerza para convencer de semejante opinión y, por otro lado, todas las reglas que se suponen particulares, peculiares o propias de la hermenéutica en el Derecho Administrativo no son tales, sino generales a todo el Derecho"⁶⁰.

Agrega: "Es un error que se repite con más frecuencia de la aceptable, sostener que las reglas de hermenéutica del Código Civil valen exclusivamente para el Derecho Civil (o, a lo más, privado) porque eso no encuentra apoyo positivo, que no sea la sede en que se encuentran... Se suele insistir en que un Derecho como el Administrativo atiende a fines y que, por ende, su hermenéutica debe ser finalista, como si solo las leyes de Derecho Administrativo atendieran a fines y que tal fuera extraño a las demás leyes. Pero si el espíritu o razón de las leyes va definido como el fin que cada uno se propone, desaparece este extraño argumento de que solo las leyes de Derecho Administrativo (y Constitucional) son finalistas, que equivale a decir que solo ellas tienen razón"⁶¹.

La doctrina y jurisprudencia administrativa también acepta la idea de una interpretación *finalista* de la ley. Así Cordero indica que "Sin perjuicio que la jurisprudencia administrativa utiliza las reglas del Código Civil en ocasiones para resolver problemas interpretativos, el sistema de interpretación que ha terminado por consolidarse es el de la denominada «interpretación finalista», considerando que el objeto principal de los organismos administrativos es llevar a cabo los propósitos de política pública al momento de establecer la regla"⁶².

Corroborando lo anterior, el Dictamen N° 70.118 de 1970 que señala que "La existencia de reglas precisas sobre la interpretación de la ley, contenidas en el título preliminar del Código Civil, no obsta al planteamiento de estas consideraciones, ni ellas significan ignorar o prescindir de tales reglas de hermenéutica, porque aunque ellas tienen carácter general, en la aplicación de la ley administrativa surgen problemas peculiares, derivados de su propia naturaleza, de las materias a que se refieren y del sello dinámico que distingue la acción administrativa que debe ser examinada según tales normas"⁶³.

En consecuencia, se analizará el sentido y alcance el artículo 4° de la LOCBGAE determinando la *finalidad* de la norma a fin de determinar si ella

⁶⁰ GUZMÁN BRITO 2014, 154-155.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² CORDERO 2015, 38.

⁶³ En el mismo sentido, el Dictamen N° 3.234 de 2006 que aplica el Dictamen 70.118 de 1970 expresa que "El criterio finalista de interpretación «implica que los elementos y reglas de la hermenéutica jurídica se utilizan de modo que se respeten los fines cuya realización ordena la voluntad de legislador, por cuanto la norma legal es un medio para alcanzar finalidades determinadas por el Poder Público que las aprueba, dentro de un sistema que asegura la protección de valores reconocidos y amparados por el ordenamiento jurídico nacional".

otorga cabida a distintos factores de atribución de responsabilidad y no solo la falta de servicio.

1.1. *Sentido y alcance del artículo 4° de la LOCBGAE según su tenor literal. Su redacción no excluye otros factores de atribución de responsabilidad*

Si se analiza el tenor literal del artículo 4° (según una interpretación gramatical del artículo 19 del Código Civil) es posible de inmediato concluir que su *sentido no es claro* en cuanto a excluir a priori, títulos de imputación distintos al de la falta de servicio o, dicho de otra manera, su tenor es claro en relación a la amplitud de la norma que no excluye otros títulos de imputación. Para corroborar lo anterior, es necesario reproducir la norma para efectuar su análisis: *El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado.*

Si se revisa su tenor literal, no se desprende de dicha norma que solo se acepte la falta de servicio como título de imputación de responsabilidad del Estado. Es más, en realidad no dice nada sobre los factores de atribución de responsabilidad. Se trata de una *cláusula general de responsabilidad del Estado* que *no toma partido* por un factor de atribución en particular. Lo anterior ya se ha corroborado por la propia jurisprudencia, al señalar que este artículo constituye la "piedra angular de la responsabilidad de los órganos del Estado"⁶⁴.

En consecuencia, para dilucidar cual es la extensión o alcance la norma es necesario conocer la *finalidad* que ella persigue, siendo necesario analizar su historia fidedigna. Desde este punto pueden decirse dos cosas: o que el sentido de la ley es claro en orden a que no excluye títulos de imputación distintos a la falta de servicio que por tal motivo, da cabida a varios factores de atribución, o bien que *su sentido no es claro* en cuanto a que no puede desprenderse de su tenor literal que solo se admite la falta de servicio como único factor de atribución de responsabilidad y que, por lo tanto, es necesario consultar *su intención o espíritu* (finalidad) indagando otros elementos de interpretación, para determinar si admite títulos de imputación distintos a la falta de servicio. Veamos cada uno de estos elementos:

1.2. *Sentido o finalidad del artículo 4° de la LOCBGAE en relación con la historia fidedigna de la ley 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado*

Si se pretende consultar *la intención o espíritu* de esta norma según la historia fidedigna de su establecimiento (artículo 19 inciso 2° de la Código Civil) es posible determinar cuál es la finalidad que busca esta norma.

En efecto, si se revisa la historia de la Ley N° 18.575 podrá constatarse que en el Informe de Cuarta Comisión Legislativa de 27 de junio de 1986

⁶⁴ Juan Alarcón Aravena con Fisco de Chile (2022).

(Boletín N° 601-06) en relación al artículo 4° se señala que “se refiere al *principio de la responsabilidad del Estado* por los daños que causen los órganos de la Administración”, y luego agrega: “Cabe hacer presente que no se utilizó la expresión “responsables civilmente”, a fin de evitar confusiones con la responsabilidad civil consagrada en el Código Civil” (énfasis añadido)⁶⁵. Luego, en relación al artículo 45 (actual 42) expresa que “Esta es una de las disposiciones de mayor trascendencia del proyecto y corresponde al artículo 33 del Ejecutivo, porque está consagrando una nueva idea de responsabilidad que solo tiene precedente positivo en la Ley de Municipalidades. Se trata de la responsabilidad objetiva del Estado⁶⁶, derivada de la falta de servicio”⁶⁷.

Pero más aún, relacionando la falta de servicio con el principio de responsabilidad Estado, se indica que “Si bien en el artículo 4° del proyecto ya se habla de la responsabilidad general del Estado por los daños (sic)⁶⁸ que causen sus órganos, esta norma se refiere a un aspecto más concreto aun” (énfasis añadido)⁶⁹.

En este último punto es claro que la falta de servicio es una *aplicación más concreta* de la responsabilidad del Estado, es decir, un *título de imputación específico*, que no es derogatorio del artículo 4° ya señalado, puesto que si es una aplicación “más concreta” significa que existe una aplicación “más general” de la responsabilidad del Estado, de tal manera que es un argumento más para concluir que *en general* la responsabilidad del Estado resultar de la aplicación de varios factores de atribución, sin ser obstáculo para ello que la jurisprudencia haya concluido que la falta de servicio es el régimen general (pero no único).

1.3. Sentido o finalidad del artículo 4° de la LOCBGAE en relación con la historia fidedigna de la Ley N° 19.653 sobre probidad administrativa

Probablemente la aclaración más importante del sentido o finalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, es posible encontrarla en la historia fidedigna de la ley 19.653 sobre probidad administrativa, que modificó la Ley N° 18.575, ya que ella dice relación con un intento de modificar la estructura de la responsabilidad estatal.

En efecto, en este punto Pierry sostiene que el año 1999 el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo ratificaron que el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado no es el de la responsabilidad objetiva. Ello ocurrió con ocasión de la tramitación de la denominada Ley de Probidad Administrativa de los órganos de la Administración del Estado, en que el Presidente de la República formuló, con fecha 7 de julio de 1999, un veto sorpresivo a los

⁶⁵ Historia de la ley 18.575, 120.

⁶⁶ Solo para hacer notar que al menos en la historia fidedigna de la ley, se entendió la falta de servicio como una responsabilidad objetiva según la tesis vigente en aquella época.

⁶⁷ Historia de la ley 18.575, 127.

⁶⁸ Seguramente por error de impresión, la expresión es desde luego “daños”.

⁶⁹ Historia de la ley 18.575, 127.

artículos del proyecto, aprobados por el Congreso Nacional, que modificaban los artículos 4 y 44 de la Ley de Bases de la Administración del Estado⁷⁰. Ello por cuanto se modificó el artículo 4° en el sentido de redactarse en un sentido más propio de una responsabilidad objetiva⁷¹ y se suprimió el artículo 44 (actual 42) que establecía la responsabilidad por falta de servicio.

Luego agrega que el Consejo de Defensa del Estado, en sesión de 25 de mayo de 1999, acordó solicitar a Presidente de la República que procediera a vetar el artículo 1 números 3 y 12 del proyecto, que modificaban los artículos 4 y 44 de la Ley N° 18.575, principalmente en atención a que, no obstante que el proyecto en sí mismo no establecía la responsabilidad objetiva, resultaba que por su semejanza total con el artículo 38 de la Constitución Política inciso segundo, podía llevar a interpretar que la disposición constitucional es una norma sobre responsabilidad y no de competencia, y permitir sostener que la única responsabilidad del Estado sería una supuestamente objetiva establecida en la propia Constitución.

En el veto formulado por el Presidente de la República al proyecto se señala textualmente: "Frente a esta disposición, el Consejo de Defensa del Estado ha manifestado su preocupación, en atención a que puede prestarse para una peligrosa interpretación tendiente a considerar la responsabilidad del Estado como objetiva. El Gobierno entiende estas inquietudes. En consecuencia, decidió no legislar al respecto. Es por ello que pide suprimir las disposiciones del proyecto de ley contenidas en el artículo 1°, N° 3 y 12, y en el artículo 4° N° 8"⁷².

Si bien, lo indicado por Pierry es efectivo, el mismo autor señala con total claridad en relación al espíritu de los artículos 4° y 44 de la LOCBGAE que "La Comisión propuso, y así se aceptó, que en el título primero sobre normas generales existiera un artículo que estableciera, de un *modo general*, la existencia del principio de la responsabilidad del Estado, artículo que de ningún modo debía entenderse contradictorio del mencionado anteriormente, sino que sentaría el *principio que posteriormente se concretaba* estableciéndose las condiciones de la misma. Cabe señalar que esto, que ha dado lugar a mucha confusión en su aplicación, *en realidad fue una concesión*, en el seno de

⁷⁰ PIERRY 2000, 28 y ss. en que explica toda esta interpretación acerca del sentido y alcance del artículo 4° de la LOCBGAE.

⁷¹ La modificación dejaba el artículo 4° de la siguiente forma: "El Estado y los organismos de la Administración del Estado que lesionen derechos de cualquier persona estarán afectos a la responsabilidad patrimonial por los daños que causen, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño". Luego la comisión mixta en una nueva redacción la dejó como sigue: "Los organismos de la Administración del Estado con personalidad jurídica y el Estado, en el caso de los órganos de su Administración que carecen de ella, responderán de las lesiones que causen en los derechos de cualquier persona". Su inciso segundo señalaba: "La acción para perseguir esta responsabilidad patrimonial prescribirá en cuatro años, contados desde la fecha de la lesión" y su inciso final: "En todo caso, no obstará a la responsabilidad que pudiese afectar al funcionario que produjo el daño, y, cuando haya mediado culpa grave o dolo de su parte, al derecho del órgano público para repetir en su contra".

⁷² PIERRY 2000, 30.

la Comisión, a posiciones divergentes acerca de cómo entender el sistema de responsabilidad que se proponía para Chile⁷³. Para algunos la existencia de esta disposición permitiría en un futuro que *la jurisprudencia avanzara* aceptando, por ejemplo, la teoría de la responsabilidad por riesgo, también creación del Consejo de Estado francés y donde no existe falta imputable a la Administración ni al funcionario” (énfasis añadidos)⁷⁴.

Lo anterior no es baladí, sino que es de una relevancia realmente notoria. La discusión central en la interpretación de estas normas en la historia fidedigna de la ley radicó en realidad, en la discusión acerca de la responsabilidad objetiva o subjetiva como un régimen *general*, pero no acerca de la posibilidad de introducir *por vía excepcional* otros títulos de imputación de responsabilidad distintos a un régimen general de responsabilidad subjetiva (falta de servicio). Lo señalado por Pierry es fundamental, puesto que *la finalidad y el sentido* de los artículos 4° y 44 de la LOCBGAE no era establecer la falta de servicio como un régimen *único*, sino que como uno *general de responsabilidad*, pudiendo admitirse *por vía jurisprudencial* otros factores de atribución que pudieran hacer frente a casos que no pudieran resolverse por la falta de servicio, cuestión que es trascendental para la correcta interpretación de estas normas.

Lo ya señalado se corrobora con la historia fidedigna de la Ley N° 19.653 que pretendió modificar los artículos 4° y 44 de la LOCBGAE porque si bien es efectivo que existían posiciones divergentes acerca del *régimen general* de responsabilidad (si objetiva o subjetiva), en aquello en que *no había divergencia* era precisamente en aceptar que las tres fuentes de responsabilidad del Estado eran, tanto la falta de servicio, como también la actuación ilegal de la Administración y la actuación *licita* en caso de *quebrantamiento de la igualdad ante las cargas públicas*. Es así como en el informe de la comisión mixta que sometió a discusión estas normas se señala que “Los profesores señores Pantoja y Pierry, con vistas a perfeccionar el actual sistema, estimaron que se podría establecer tres fuentes de responsabilidad del Estado: por ilegalidad, por falta de servicio y por violación de la igual repartición de las cargas públicas, principio contemplado en el artículo 19, N° 20 de la Carta Fundamental.

El profesor señor Pantoja señaló que con ello se recogería tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema, que permiten configurar esas tres fuentes de responsabilidad: la primera, cuando la Administración actúa ilegalmente; la segunda, cuando no actúa como le es exigible, y la última, *cuando la Administración actúa legalmente, pero quebrantando la igualdad en la repartición de las cargas públicas*. De esta manera se abarcaría

⁷³ En esta discusión se invitó a distinguidos profesores de Derecho Administrativo quienes plantearon sus argumentos con mucha convicción en uno u otro sentido (responsabilidad objetiva-subjetiva). De esta manera expusieron los profesores Pantoja, Carmona y el propio PIERRY. Vid. Historia de la ley 19.653, 566 y ss.

⁷⁴ PIERRY 2000, 17.

todo el espectro de posibilidades que se dan al interior de nuestra legislación" (énfasis añadidos)⁷⁵.

Incluso más, la decisión de no innovar en la materia, manteniendo la actual redacción de los artículos 4° y 44 no significa solamente que con ello se evita establecer la responsabilidad objetiva como un *régimen general*, sino que también *evitar restringir* la amplitud del artículo 4° precisamente para no excluir otros títulos de imputación distintos a la falta de servicio.

En la misma comisión mixta el profesor Carmona, en ese entonces Jefe de la División Jurídico-Legislativa del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, "advirtió que precisar en el artículo 4° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado ciertas causales que permitirían demandar la responsabilidad extracontractual del Estado, podría ocasionar un problema de interpretación constitucional a partir de las distintas posiciones sostenidas sobre la materia, fundamentalmente porque, al consignar como primera causal de responsabilidad la ilegalidad de la actuación del Estado, se estaría dando a entender que se excluye la responsabilidad por el acto lícito, que es una posibilidad que en nuestra doctrina y jurisprudencia se ha contemplado positivamente, agregando que "es solamente el artículo 44 de la misma Ley Orgánica Constitucional –cuya aplicación es limitada respecto de la Administración en virtud del artículo 18, inciso segundo–, el que exige la falta de servicio, es decir, un elemento subjetivo de responsabilidad" y concluyendo que "si se estableciera en el artículo 4° la ilegalidad y la falta de servicio como causales de responsabilidad para el Estado, se estaría resolviendo una antigua disputa doctrinaria y jurisprudencial, en términos de que se excluye la responsabilidad por el acto lícito que genere daño –salvo que pueda asilarse en la violación de la igual repartición de las cargas públicas–, así como la naturaleza de la responsabilidad de la Administración. Creyó que, por lo mismo, no sería conveniente efectuar en estos momentos enmiendas legales sobre la materia"⁷⁶.

En todo caso, la aprobación del veto presidencial fundamentalmente dice relación con las dudas que generaba la responsabilidad objetiva como *régimen general* y precisamente por lo discutible del tema, pero en modo alguno tiene por finalidad restringir otros factores de atribución excepcionales que pudiera plantear la jurisprudencia.

Finalmente, otro elemento a considerar para una correcta interpretación de los artículos 4° y 44 de la LOCBGAE es la propia reflexión de Pierry al sostener que "quienes somos partidarios de la institución de la falta de servicio como el sistema general de responsabilidad extracontractual para Chile, no descartamos el desarrollo de otro tipo de responsabilidad. Siguiendo el derecho francés y en particular la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado, no podemos descartar el que pueda introducirse la idea de la res-

⁷⁵ Historia de la ley 19.653, 570.

⁷⁶ Historia de la ley 19.653, 571.

ponsabilidad por riesgo y, eventualmente, la responsabilidad sin falta fuera del riesgo, en ciertos casos”⁷⁷.

1.4 Sentido o finalidad del artículo 4° de la LOCBGAE en relación con el artículo 44 de la misma ley (interpretación lógica)

Tal como lo señala la misma historia fidedigna de la Ley N° 18.575 el artículo 4° se refiere al *principio de la responsabilidad del Estado* o bien, a la responsabilidad general del Estado por los daños que causen sus órganos, en tanto que el artículo 45 (actual 42) se refiere a un *aspecto más concreto aun*⁷⁸, lo que reafirma la idea central de estimar que la falta de servicio *no es único título de imputación* de responsabilidad, sino que un factor de atribución, particular, concreto, que desde luego constituye un criterio general pero no exclusivo, pudiendo coexistir con otros factores de atribución.

Por otra parte, la ubicación del artículo 4° en el título I “Normas Generales”, proyecta la finalidad de esta institución con carácter de general (cláusula general de responsabilidad) siendo solo un aspecto específico o concreto la responsabilidad por falta de servicio, que está ubicada en el título II “Normas especiales”. Es más, el artículo 4° claramente para la jurisprudencia constituye también la “piedra angular de la responsabilidad de los órganos del Estado”⁷⁹ como ya se ha reiterado, y por ende justifica su tratamiento como régimen general de responsabilidad.

Por ello, tal como señalara Pierry, es posible que por vía legislativa o jurisprudencial se avance en otros títulos de imputación, y precisamente la norma del artículo 4° da cabida a cualquiera de ellos, incluso la propia falta de servicio para las instituciones excluidas del artículo 21 de la LOCBGAE, según la última variación jurisprudencial ya indicada⁸⁰. A lo último puede agregarse la coherencia de la norma del artículo 4° que da cobertura, cubija títulos de imputación diversos, o es un *paraguas* normativo que *engloba* y da cabida a varios títulos de imputación, incluso la propia falta de servicio como ya se dijo, para las instituciones excluidas del artículo 42 de la LOCBGAE considerándose que la noción de falta de servicio se puede leer a partir del artículo 4° ya que constituye una cláusula general de responsabilidad⁸¹, lo que también es coherente con dicha norma porque agrega que la responsabilidad del Estado es “sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren

⁷⁷ PIERRY 2000, 36.

⁷⁸ Historia de la ley 18.575, 127.

⁷⁹ Fallo “Víctor Meier Muller con Consejo de Defensa del Estado” (2021). Corte Suprema, rol 97.186-2020. Considerando 5°.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Por ello estimo que no era correcto jurídicamente estimar que la noción de falta de servicio se podría aplicar para las instituciones excluidas del artículo 42 de la LOCBGAE a partir del artículo 2314 del Código Civil a la que había que volver al derecho común, como sostenía Pierry, precisamente porque dicho autor consideraba tal artículo como una “cláusula general de responsabilidad” civil extracontractual, omitiendo precisamente que el artículo 4° también es una cláusula general de responsabilidad, pero no civil de los particulares, sino que patrimonial del Estado.

afectar al funcionario que los hubiere ocasionado". Se trata de una norma que, por su amplitud conceptual, permite acoger varios títulos de imputación, respetando la jurisprudencia uniforme que establece que la falta de servicio es el régimen general, pero admitiendo la posibilidad de recoger, también por vía jurisprudencial otros títulos de imputación con carácter de excepcionales y específicos.

En definitiva, la norma del artículo 4° de la LOCBGAE opera como una suerte de *reenvío a la jurisprudencia* para que aquella complete o regule títulos de imputación excepcionales y específicos que son necesarios para resolver casos no cubiertos por la falta de servicio y que el legislador no ha regulado. Vale la pena reiterar lo dicho por Pierry en relación al sentido de esta norma: "...en realidad fue una concesión, en el seno de la Comisión, a posiciones divergentes acerca de cómo entender el sistema de responsabilidad que se proponía para Chile. Para algunos la existencia de esta disposición permitiría en un futuro que la jurisprudencia avanzara...⁸².

Finalmente, esta interpretación se aviene con la regla de interpretación lógica del artículo 22 del Código Civil que indica que "El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía".

1.5. Sentido o finalidad del artículo 4° de la LOCBGAE en relación con otras normas del ordenamiento jurídico (interpretación sistemática)

La interpretación del artículo 4° en orden a que la responsabilidad del Estado otorga cobertura tanto al régimen general de falta de servicio, pero también a cualesquiera otros títulos de imputación distintos del régimen general, en la medida que sean excepcionales y específicos, no solo es posible deducirla del análisis de la misma LOCBGAE sino que también en armonía con disposiciones establecidas en otras leyes.

En efecto, como ya se ha dicho, la ubicación del artículo 4° de la LOCBGAE al estar ubicada en el Título I, "Normas Generales" para toda la organización básica de la Administración, es una *cláusula general de responsabilidad del Estado* que organiza todo el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. Es la cláusula de cierre del sistema, la cláusula por defecto, que genera el principio general de responsabilidad estatal, de tal manera que las regulaciones específicas se refieren precisamente a ello, a una regulación particular respecto del principio general de responsabilidad.

De este modo, por ejemplo, el artículo 152 de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades (en adelante también e indistintamente LOCM) establece la regulación de la falta de servicio también como *régimen general* (no único) para el ámbito municipal, destacando que la norma señala que las municipales serán responsables de los daños que causen, la que procederá *principalmente* por falta de servicio, y al decir "principalmente" signi-

⁸² PIERRY 2000, 17.

fica que *no es el único factor de atribución* aunque sí el principal o general. Lo mismo puede decirse del artículo 42 de la LOCBGAE al establecer que los órganos de la Administración responderán por falta de servicio y no la expresión *siempre por falta de servicio* como se indicó en el proyecto original⁸³.

Otra aplicación sectorial de la falta de servicio se ubica en el artículo 38 de la Ley N° 19.966 que establece que “Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio”. Si la falta de servicio fuera un título *único* de imputación, no sería necesario reiterarlo en materia sanitaria, lo que demuestra que existiendo una cláusula general de responsabilidad del Estado, cada sector estaría regulando los respectivos títulos de imputación generales que le sean aplicables, sin perjuicio de los títulos excepcionales de imputación que da cabida y cobija el artículo 4° de la LOCBGAE.

Otra norma que también integra este *sistema de responsabilidad patrimonial del Estado* lo sería el artículo 169 inciso penúltimo de la Ley 18.290 y modificaciones posteriores⁸⁴, esto es, la Ley de Tránsito (en adelante también e indistintamente LdT) que establece que “La Municipalidad respectiva o el Fisco, en su caso, serán responsables civilmente de los daños que se causaren con ocasión de un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización. En este último caso, la demanda civil deberá interponerse ante el Juez de Letras en lo civil correspondiente y se tramitará de acuerdo a las normas del juicio sumario”.

Esta norma ha sido considerada por la doctrina también como una manifestación de la falta de servicio ya que se refiere a la responsabilidad de la Municipalidad o del Fisco por el mal estado de las vías públicas o su inadecuada señalización, que constituyen más bien hipótesis de falta de servicio, puesto que aquí el servicio municipal o no funciona o está funcionando tardíamente⁸⁵. Nuevamente una regulación particular que guarda coherencia con el cierre del sistema general de responsabilidad que establece el artículo 4° de la LOCBGAE.

⁸³ En efecto, Pierry señala que en el proyecto primitivo se establecía la expresión serán *siempre* responsables civilmente por la falta de servicio (PIERRY 2001, 36.). Con el cambio de redacción y la eliminación de la expresión “siempre”, es claro que la *finalidad* de la norma es hacer compatible la falta de servicio como régimen general, con el desarrollo de otro tipo de responsabilidad, tal como el mismo autor lo reconoce en su artículo ya citado.

⁸⁴ Cuyo texto refundido es el DFL N 1° de 2009, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones; Subsecretaría De Transportes; Ministerio De Justicia; Subsecretaría De Justicia.

⁸⁵ La jurisprudencia tradicionalmente ha vinculado esta norma del artículo 160 de la LdT al igual que el artículo 5° letra c) y 188 de la misma ley, con un deber específico de la municipalidad que, incumplido, ocasiona falta de servicio. Así ha dicho, por ejemplo, que “se ha de concluir que la Municipalidad de Arica incurrió en la falta de servicio que sirve de sustento a la demanda, en tanto incumplió deberes que se encuentran explícitamente establecidos en la letra c) del artículo 5° de la Ley N° 18.695 y en los artículos 169 y 188 de la Ley N° 18.290”. Fallo *Becerra Jelvez con Ilustre Municipalidad de Arica* (2020), c. 8°.

Finalmente cabe indicar también aquí la norma de interpretación sistemática que expresa el artículo 22 del Código Civil en su inciso 2º: “Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”.

1.6. Sentido o finalidad del artículo 4º de la LOCBGAE en relación con las normas constitucionales. Interpretación conforme a la Constitución

Por último, no puede soslayarse que estando frente a normas de derecho público, es innegable relacionarlas con los principios y normas establecidas en la propia Constitución Política de la República (en adelante también e indistintamente CPR) y que de alguna manera permiten una lectura más adecuada del artículo 4º de la LOCBGAE. En consecuencia, no basta solo un análisis dogmático, hermenéutico finalista y sistemático de dicho precepto legal, sino que también es necesaria la aplicación de principios jurídicos para resolver las lagunas en la responsabilidad del Estado y una comprensión sistemática y jurisprudencial del Derecho Administrativo moderno⁸⁶.

Desde ya, no se considerará para este análisis el artículo 38 inciso 2º de la CPR, solo para no polemizar con la interpretación uniforme de la jurisprudencia de la Corte Suprema que ha rechazado una y otra vez interpretar esta norma como un principio de responsabilidad del Estado, considerándola solo como una norma de competencia, aun cuando hay elementos gramaticales claros para sostener que sí hay una referencia a la responsabilidad del Estado. Tal vez sea necesario una nueva relectura del artículo 38 inciso 2º pero no para fundamentar una responsabilidad objetiva general, sino que un principio constitucional de responsabilidad que de cabida a títulos de imputación distintos al de la falta de servicio como se analiza aquí a propósito del artículo 4º de la LOCBGAE.

En efecto, más allá de principios genéricos que pudieran fundar una responsabilidad del Estado tales como los artículos 1º, 4º, 5º, 6º y 7º de la CPR⁸⁷, existen a lo menos dos disposiciones constitucionales que tienen una clara conexión con la responsabilidad patrimonial de la Administración. Serían los artículos 19 N° 20 y 19 N° 24 de la CPR.

En relación al artículo 19 N° 20 de la CPR, se garantiza en su segunda parte “la igual repartición de las demás cargas públicas” como un principio constitucional que perfectamente puede servir de factor de atribución para fundar una responsabilidad del Estado en relación a la teoría de ruptura de igualdad ante las cargas públicas, desarrollada y aceptada en Francia, en coexistencia perfecta con la falta de servicio como régimen general⁸⁸. Se trata de aplicar el artículo 4º de la LOCBGAE en armonía con el artículo 19 N° 20

⁸⁶ En relación aplicación de los principios jurídicos y la comprensión del Derecho Administrativo como un sistema autónomo vid. VERGARA 2010, 150 pp. y VERGARA 2011, 315-339.

⁸⁷ Citadas usualmente para fundamentar una responsabilidad objetiva del Estado como régimen general. Al respecto Vid. SOTO KLOSS 2010, 737 y ss.

⁸⁸ Esta teoría se aplica en Francia. Vid. MORAND-DEVILLER 2010, 836 y ss.

para fundar este excepcional régimen de imputación⁸⁹ que, como la doctrina comparada ya aceptado, requiere de la existencia de un daño *anormal* (grave y excepcional), y con carácter de *específico* (grupo reducido de personas) lo que demuestra que no se trata de una consagración de un *régimen excepcional* de responsabilidad objetiva, sino que claramente una aplicación excepcional de la responsabilidad estatal.

En cuanto al artículo 19 N° 24 de la CPR, se garantiza el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales, y también la exigencia de una indemnización previa para el caso de expropiación, que hace referencia a la situación en que nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio. Este principio también puede ser utilizado para fundamentar una responsabilidad por ruptura de igualdad antes las cargas públicas, o para el desarrollo de la teoría del *sacrificio especial* o incluso las expropiaciones regulatorias o la indemnización expropiatoria⁹⁰, utilizándose como argumento para desarrollar una teoría de responsabilidad y evadir las complejidades que los constitucionalistas deben sortear en cuanto a si hay o no afectación de los atributos del derecho de dominio y la posible inconstitucionalidad del actuar de la Administración⁹¹.

2. Corolario. Es admisible jurídicamente la invocación de títulos de imputación excepcionales y distintos de la falta de servicio a través de la correcta lectura del artículo 4° de la LOCBGAE

Como conclusión general, es posible sostener que mediante una interpretación gramatical, histórica, lógica y sistemática del artículo 4°, unido a una interpretación fundada en un principio general de derecho Administrativo, como lo es el principio general de responsabilidad del Estado, además de una interpretación conforme a la Constitución y su principio de protección a la igualdad ante las cargas públicas y derecho de propiedad, la Administración si bien responde por regla general por falta de servicio, también admite jurídicamente la coexistencia de otros títulos de imputación excepcional y específicos de responsabilidad estatal.

⁸⁹ Esta interpretación ha sido expresamente rechazada por la jurisprudencia de la Corte Suprema en los fallos *Inmobiliaria Maullin LTDA. con Fisco de Chile* (2010), *Productos Fernández S.A. con Ministerio de Salud* (2012), *Universidad de Magallanes con Servicio Agrícola y Ganadero* (2013) y *Esquerre Hermanos LTDA. con Municipalidad de Concepción* (2013). La razón se debe probablemente a que siempre esta argumentación se le ha asociado al intento de generar un *régimen general* de responsabilidad objetiva, en circunstancias que una lectura correcta solo permite establecer un régimen excepcional según se fundamenta en este trabajo.

⁹⁰ CASSAGNE 2006, 470-471.

⁹¹ Sobre este punto parece mejor utilizar la institucionalidad de la responsabilidad del Estado por los perjuicios causados por las intervenciones administrativas que limiten gravemente el derecho de dominio o sus atributos a los afectados, que la búsqueda de un argumento de infracción a la Constitución. Un trabajo que desarrolla el punto puede verse en HUEPE 2019, 405 y ss.

Lo anterior se refuerza considerando que la disposición citada constituye un verdadero *reenvío* a la jurisprudencia para que desarrolle otros factores de atribución de responsabilidad, precisamente en aras de la protección de los ciudadanos en cuanto a que no pueden ser afectados en su derecho de propiedad de forma grave, anormal y específica, así como una ruptura al principio de igualdad ante las cargas públicas. Si bien lo deseable sería un desarrollo legislativo, mientras ello no suceda, debe ser *la jurisprudencia* quien resuelva los casos que no puedan encuadrarse dentro de la falta de servicio, precisamente porque está *habilitada por reenvío normativo* para enfrentar estos casos, no siendo jurídicamente acertada la doctrina de la Corte Suprema para rechazar estas demandas fundada en el argumento de no tener norma jurídica para resolver estos casos.

III. Argumentos jurídicos que rechazan que el artículo 4° de la LOCBGAE admite jurídicamente otros títulos de imputación. Refutación

Finalmente, es necesario hacerse cargo de los argumentos jurídicos que tanto la doctrina como la jurisprudencia han invocado para rechazar en general la admisión de otros títulos de imputación distintos al de la falta de servicio para la responsabilidad del Estado (que en todo caso se reducen a una argumentación en contra de la responsabilidad objetiva como régimen general según se dirá) y que han llevado a un erróneo cierre del sistema de responsabilidad, para estimar que la falta de servicio sería el único factor de atribución de responsabilidad. Una vez expuestos, se indica el argumento de refutación para confirmar la tesis que acepta la admisión de otros factores de atribución de responsabilidad en el mencionado artículo 4°.

Los argumentos serían los siguientes:

1. La responsabilidad objetiva es excepcional y solo el legislador puede establecerla mediante texto expreso. Si no hay tal texto, el Estado no puede responder

Este argumento es probablemente el más invocado tanto por la doctrina⁹² como por la jurisprudencia ya citada para fundar que el Estado no es responsable por una actuación distinta a la falta de servicio. Efectivamente, como ya se ha citado en este trabajo, la Corte Suprema ha resuelto que se “advierte la ausencia u orfandad de normas que obliguen al Estado a responder en un caso como el planteado, lo que no es casual ni puede considerarse una inadvertencia, ya que deriva de la circunstancia de que, sencillamente, no existe dicha normativa”⁹³, o que “existe también consenso en doctrina que la responsabilidad objetiva en nuestro ordenamiento jurídico es de carácter excepcional, esto es, solo opera cuando el legislador interviene expresamente

⁹² Vid. LETELIER 2002, 354 y ss.; CORDERO 2010, 162; BERMÚDEZ 2011, 512-514, entre otros.

⁹³ *Soc. Agrícola Lolco LTDA. con Fisco de Chile (2004)*, c. 51°.

y ello es así por cuanto su aplicación implica otorgar un tratamiento particular por sobre el régimen común y general”⁹⁴.

También se ha indicado que “en este sentido, la circunstancia que determinadas leyes especiales hayan consagrado excepcionalmente un régimen especial indemnizatorio demuestra que el derecho a indemnización por actos lícitos a favor de las personas afectadas solo opera en virtud de un texto legal expreso y no porque la Constitución Política establezca una regla especial de responsabilidad”⁹⁵, o ya en forma categórica, se ha señalado que “...el constituyente ha dejado en manos del legislador determinar el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración”, y que “...de lo dicho fluye que la responsabilidad objetiva del Estado en nuestro ordenamiento jurídico es de carácter excepcional, esto es, solo opera cuando el legislador interviene expresamente y ello es así por cuanto su aplicación implica otorgar un tratamiento particular por sobre el régimen común y general... para que ello ocurra es necesaria la existencia de un texto legal expreso que la conceda, naciendo esta indemnización no como una consecuencia de la responsabilidad del Estado, sino que producto del acto legislativo”⁹⁶.

Sin embargo, esta argumentación incurre en un error de lógica jurídica o de incorrecta argumentación normativa, debido a que se parte de una *premisa falsa, equivocada o errónea*: que el sistema general de responsabilidad estatal es *normativamente* subjetivo, esto es, que existe una norma jurídica general de cierre del sistema que consagraría una responsabilidad patrimonial de carácter subjetivo, lo que llevaría como conclusión que cualquier otro régimen objetivo de responsabilidad que se establezca requiere texto expreso. Sin embargo, esta conclusión es errónea.

En efecto, la piedra angular de responsabilidad patrimonial del Estado puede interpretarse desde el punto de vista normativo a lo menos como una norma *neutra*, es decir, que no se decanta por un determinado régimen de responsabilidad (objetiva o subjetiva) ya que nada dice al respecto⁹⁷. Ello sin perjuicio de la conclusión de la jurisprudencia (pero no de lo que indica norma) en cuanto a que el régimen general es la responsabilidad subjetiva por falta de servicio.

En este contexto, el artículo 4° de la LOCBGAE, piedra angular de nuestro sistema de responsabilidad estatal, y ubicado en el Título I “Normas Generales” para toda la Administración, consagra un principio general de responsabilidad que *no estatuye normativamente como base del sistema la responsabilidad subjetiva por falta de servicio*, sino que solo expresa la obligación del Estado de responder de los daños que causen los órganos de la

⁹⁴ *Inmobiliaria Maullin LTDA. con Fisco de Chile* (2010), c.33°.

⁹⁵ *Productos Fernández S.A. con Ministerio de Salud* (2012), c.16°.

⁹⁶ *Esquerre Hermanos LTDA. con Municipalidad de Concepción* (2013), c. 8° y 9°.

⁹⁷ Otra postura es interpretar la norma como una fuente de responsabilidad objetiva, pero esta tesis ya fue rechazada tanto por la doctrina como jurisprudencia nacional, de tal manera que es necesario analizarla desde un nuevo enfoque.

Administración en ejercicio de sus funciones *según los títulos de imputación* que consagre el sistema de responsabilidad, ya sea por vía legislativa o por vía *jurisprudencial*; en este último caso, lo que *la jurisprudencia* también pueda establecer.

En este sentido, si el texto legal básico y piedra angular de responsabilidad estatal no establece un régimen subjetivo u objetivo general sino que a lo menos uno *neutro*⁹⁸, y por otra parte, los regímenes subjetivos por *falta de servicio* están regulados ya en normas sectoriales⁹⁹ o incluso en un título II "Normas Especiales" para la falta de servicio de la Administración, y ello mediante "texto expreso", quiere decir entonces que no existe un régimen de responsabilidad subjetiva "*por defecto*" desde el punto de vista normativo, de tal manera que no puede tener cabida la argumentación que exija texto expreso para establecerse casos de responsabilidad sin falta u objetiva que estén fundadas, por ejemplo, en ruptura de igualdad ante las cargas públicas, o teoría del sacrificio especial u otro factor de atribución.

En consecuencia, no siendo exigible ni acto legislativo ni texto expreso para establecer regímenes excepcionales de responsabilidad, será *la jurisprudencia* que, por reenvío y habilitación normativa del artículo 4º de la LOCBGAE según su tenor literal y sentido de la norma, así como su historia fidedigna y elementos de interpretación lógicos y sistemáticos, la que establecerá, en la medida que el acto estatal cause un daño anormal, grave y específico, la procedencia de una responsabilidad objetiva excepcional fundada en títulos de imputación distintos al de la falta de servicio, sin necesidad de que exista un texto legal expreso, porque *ya existe una norma jurídica que otorga cobertura*, ya tanto para regímenes subjetivos generales como objetivos excepcionales, que es precisamente el artículo 4º ya mencionado, lo que también puede relacionarse con la interpretación de otras normas constitucionales como lo serían los artículos 19 N° 20 y 19 N° 24 de la CPR, e incluso el artículo 38 inciso 2º de la CPR, si se procediera a una nueva relectura de dicha norma.

Entonces ¿cuál es la razón de esta reiterada argumentación que exige texto expreso para aceptar un régimen de responsabilidad objetiva con carácter de excepcional respecto del régimen general de responsabilidad por falta de servicio? Probablemente ello se deba a un erróneo desplazamiento de una argumentación jurídica propia de la responsabilidad civil extracontractual a la responsabilidad patrimonial de la Administración, que no es equiparable desde un sistema a otro de responsabilidad.

En efecto, el Código Civil contempla como piedra angular del sistema de responsabilidad civil extracontractual un régimen de *responsabilidad sub-*

⁹⁸ Efectuando en este punto una relectura de la norma en el sentido que no establece un régimen de responsabilidad objetiva general (como se intentó argumentativamente en alguna época sin éxito) sino que una norma general que no se inclina por un régimen general, generando un reenvío a la jurisprudencia para su determinación.

⁹⁹ Artículo 152 de la LOCM, 38 de la Ley 19.966 y 169 de la LdT, por ejemplo.

jetiva según aparece claro de los artículos 1437¹⁰⁰, 2284¹⁰¹, 2314¹⁰² y 2329¹⁰³ del Código Civil entre otros, que funda dicha responsabilidad en un *hecho ilícito*, ya sea doloso (delito civil) o culpable (cuasidelito civil) es decir, con la integración de elementos subjetivos. Por lo tanto, el régimen general de responsabilidad civil es *subjetivo*, a menos que el legislador de forma expresa establezca un régimen distinto, como es el caso, por ejemplo, de las situaciones excepcionales de los artículos 2327¹⁰⁴ y 2328¹⁰⁵ del Código Civil, así como hipótesis de responsabilidad objetiva establecidas en leyes especiales¹⁰⁶. Así por lo demás lo ha entendido la doctrina civilista¹⁰⁷.

De lo dicho, es claro que la responsabilidad patrimonial de la Administración no tiene una norma de *cierre del sistema* como sí lo tiene la responsabilidad civil extracontractual, puesto que el sistema de responsabilidad civil tiene una serie de normas generales que consagran un régimen de responsabilidad subjetiva que solo puede alterarse por texto expreso, en tanto que la responsabilidad estatal solo contiene el artículo 4° de la LOCBGAE, que es a lo menos *neutro*, sin decantarse por un régimen objetivo o subjetivo, de tal manera que no corre la regla jurídica de exigencia de texto expreso para oponer un régimen normativo general subjetivo. En consecuencia, la exigencia de "texto legal expreso", a lo menos desde la responsabilidad estatal, no

¹⁰⁰ Artículo 1437. "Las obligaciones nacen... ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos..."

¹⁰¹ Artículo 2284. "Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes... Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito".

¹⁰² Artículo 2314. "El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito".

¹⁰³ Artículo 2329. "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta".

¹⁰⁴ Artículo 2327. "El daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga, y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído".

¹⁰⁵ Artículo 2328. El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas; a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona".

¹⁰⁶ Ley N° 18.302 de Seguridad Nuclear, en su artículo 49 dispone: "La responsabilidad civil por daños nucleares será objetiva y estará limitada en la forma que establece esta ley".

¹⁰⁷ Barros indica que la culpa da lugar *régimen común y supletorio* de responsabilidad civil (BARROS 2007, 75) agregando que el derecho ha pasado a conceder acciones sobre una base genérica de culpa, que es concebida como supuesto general de responsabilidad. Indica que adquirió su forma abstracta en el derecho natural racionalista de donde ha sido recogida por los códigos civiles contemporáneos perteneciendo a esta tradición el Código Civil chileno (BARROS 2007, 76). Un trabajo especializado, en que se sostiene que el fundamento de la reparación del daño es la culpa y que en nuestro sistema no puede haber objetivación de la responsabilidad por analogía o interpretación judicial, siendo necesaria la intervención del legislador, en tanto que, en los casos dudosos, habrá de seguirse el criterio de la responsabilidad subjetiva puede verse en DÍAZ 2007, 87, 88.

cuenta con sustento jurídico o normativo que transforme tal conclusión en una exigencia jurídica o una imposición normativa que impida que la jurisprudencia, sobre la base de la interpretación de la amplitud y riqueza normativa del artículo 4º, puede establecer factores excepcionales de atribución de responsabilidad distintos al de la falta de servicio.

2. Aceptar otros títulos de imputación distintos de la falta de servicio sería aceptar un régimen de responsabilidad objetiva general que ya está resuelto y superado por la doctrina y jurisprudencia

Este argumento, que también se puede leer de las sentencias que rechazaron la responsabilidad del estado por actos lícitos¹⁰⁸ tampoco es correcto desde la mirada que en este trabajo se está planteando.

En efecto, lo que se ha pretendido enunciar aquí, y que por lo demás, corresponde a tendencia en el derecho comparado, es la circunstancia que, existiendo un régimen general de responsabilidad estatal que en nuestro sistema nacional es subjetivo, puedan sin embargo convivir, de manera *excepcional* y para *casos específicos*, otros títulos de imputación distintos al de la falta de servicio y que la doctrina y jurisprudencia comparada ya han desarrollado desde mucho tiempo, como la responsabilidad patrimonial de la Administración fundada en la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, o el sacrificio especial, o el riesgo, u otro que pueda desarrollarse.

Entonces, no se trata de las antiguas *disputas* entre *objetivistas* y *subjetivistas* que planteaban sus argumentos para determinar cuál era el *régimen general* de responsabilidad estatal y que claramente ya fueron resueltas por nuestra doctrina y jurisprudencia. La responsabilidad del Estado es subjetiva como régimen general y punto.

Sin embargo, lo anterior no significa que frente a un régimen general no puedan coexistir otros regímenes *excepcionales* como se ha expuesto en el trabajo, porque de lo contrario, no aceptar lo anterior, sería elevar la falta de servicio de título de imputación general a *título único de imputación*, lo que no se condice con la experiencia comparada ni tampoco con la intención que tuvieron aquellos que promovieron este tipo de responsabilidad.

Por lo demás, el argumento que indica que el Estado no podría actuar en aras del bien común por cuanto siempre se vería amenazada por eventuales reclamos de los administrados respecto de cualquier tipo de perjuicios que causare su actuación no obstante haberse apegado estrictamente al ordenamiento jurídico¹⁰⁹ no es efectivo, si se entiende correctamente la tesis que

¹⁰⁸ Por ejemplo, al decir que “Esta opción del legislador se justifica en la medida que un sistema de responsabilidad objetiva general implicaría que la Administración no podría actuar en aras del bien común por cuanto siempre se vería amenazada por eventuales reclamos de los administrados respecto de cualquier tipo de perjuicios que causare su actuación no obstante haberse apegado estrictamente al ordenamiento jurídico”. *Esquerre Hermanos LTDA. con Municipalidad de Concepción* (2013), c. 9º segundo párrafo.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

sostiene que pueden coexistir títulos de imputación distintos al de la falta de servicio, por cuanto siendo un *régimen excepcional* es claro que no habría tal amenaza respecto de “cualquier tipo de perjuicios”, considerando que estos regímenes excepcionales por regla general deben fundarse en estrictos requisitos en relación al daño sufrido o el factor de atribución exigible¹¹⁰.

En consecuencia, el argumento contrario tiene un problema acerca del *alcance* de la responsabilidad objetiva o sin falta, que no pretende ser interpretada como un *régimen general* sino como *uno particular o excepcional* en que puedan fundarse la responsabilidad. Esa es la lectura correcta, razonada y equilibrada del artículo 4° de la LOCBGAE considerando la evolución de la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada.

Conclusiones

De lo analizado en este trabajo puede concluirse lo siguiente:

1. La doctrina y jurisprudencia nacional han aceptado de manera pacífica que la responsabilidad patrimonial de la Administración se fundamenta en la falta de servicio, factor que constituye un título general de imputación de responsabilidad. Sin embargo, el criterio seguido por la Corte Suprema en sus sentencias ha sido considerar la falta de servicio como un *título único* de imputación, ya que no admite otros factores de atribución de responsabilidad tales como la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, el sacrificio especial, el riesgo u otras que se puedan desarrollar.

Lo anterior va prácticamente en contra de toda la experiencia comparada, que admite junto a un régimen general de responsabilidad por actividad ilícita o por falta, un régimen excepcional de responsabilidad sin falta u objetiva por actividad lícita, fundada en teorías que se basan en daños anormales y específicos que no permiten calificarla como un régimen general de responsabilidad objetiva.

2. El fundamento de la jurisprudencia para rechazar la responsabilidad del Estado fundada en otros factores de atribución distintos al de la falta de servicio se basa en que nuestro sistema no contempla normas expresas de responsabilidad objetiva que permitan hacer efectiva esa responsabilidad, pero en realidad tal argumento no aplica tratándose de la responsabilidad estatal y enfatizando que, de lo que se trata es de admitir títulos excepcionales de imputación (casos excepcionales de responsabilidad objetiva o sin falta) que no alteran el régimen general de falta de servicio.

¹¹⁰ Así, por ejemplo, en las doctrinas de responsabilidad por ruptura de la igualdad ante las cargas públicas y de sacrificio especial, que técnicamente constituyen casos de responsabilidad sin falta o por actos lícitos, además de los requisitos de causalidad y realidad del daño o perjuicio, debe concurrir el carácter de anormal y especial de este último (PAREJO 2014, 850) que no es consistente con un “régimen general” de responsabilidad.

El fundamento para rechazar estos factores excepcionales de atribución de responsabilidad descansa en una errónea comprensión acerca de lo que constituye un régimen de excepción de responsabilidad estatal. La jurisprudencia con apoyo de la doctrina ha entendido que estos argumentos intentan fundar un *régimen general* de responsabilidad objetiva, cuestión que efectivamente ya está superada en nuestra doctrina y jurisprudencia general, por cuanto el régimen general uniformemente aceptado es un régimen subjetivo de responsabilidad patrimonial de la Administración fundada en la falta de servicio. Por ello una nueva comprensión del fenómeno de responsabilidad sin falta entendida como un *régimen excepcional* de responsabilidad debiera permitir una nueva interpretación de estos argumentos a fin de adecuarse a la realidad internacional que acepta factores de atribución diversos a casos de responsabilidad por actuación ilícita o por falta.

3. Una correcta relectura del artículo 4° de la LOCBGAE mediante una interpretación gramatical, histórica, lógica y sistemática permite establecer, junto a la aplicación de principios de derecho público, que dicha norma permite jurídicamente que, junto al título de imputación general de falta de servicio, que también tiene cabida en la referida norma, puedan coexistir con el carácter de excepcional, otros títulos de imputación de responsabilidad sin falta o culpa, tales como la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, el sacrificio especial, el riesgo u otros factores de atribución que la jurisprudencia pueda desarrollar y establecer con apoyo de la doctrina.

Lo anterior se basa fundamentalmente en la historia fidedigna del artículo 4° de la LOCBGAE ya en la Ley N° 18.575 y 19.653 que claramente estatuyeron el artículo 4° como un *principio general* de responsabilidad del Estado, ubicado en el Título I "Normas Generales" que se *concretaba* en una norma específica como la falta de servicio ubicada actualmente en el artículo 42, en el Título II "Normas Especiales", que permite concluir que el sistema de responsabilidad descansa en una cláusula general de responsabilidad que da cobertura, cobija o sirve de norma que engloba diversos títulos de imputación, sin perjuicio que la falta de servicio sea el régimen general. La doctrina, asimismo, siempre entendió que la falta de servicio constituía un *régimen general* pero no un *régimen único*, a fin de que la jurisprudencia pudiera establecer otros regímenes de responsabilidad con carácter de excepcional.

4. De acuerdo a la interpretación del artículo 4° de la LOCBGAE, dicha norma fue un consenso acerca de las diversas posiciones que existían respecto a la responsabilidad del Estado quedando entregado a la *jurisprudencia* el desarrollo de nuevos títulos de imputación, de manera tal que el artículo 4° es un verdadero *reenvío a la jurisprudencia* para que pueda desarrollar otros factores de atribución de responsabilidad con el carácter de excepcional.

5. En definitiva, el artículo 4° de la LOCBGAE, por su amplitud gramatical, su sentido y finalidad, permite la coexistencia, junto al régimen general de falta de servicio, de regímenes excepcionales de responsabilidad sin falta que pueden ser resueltos por los tribunales mediante una correcta lectura de

la norma indicada, además de normas constitucionales que pueden interpretarse en armonía con la norma legal, tales como los artículos 19 N° 20 y 19 N° 24 de la CPR.

Cabe destacar que estas conclusiones no tienen ninguna relación con la superada y vieja discusión histórica entre *responsabilidad objetiva* – *subjetiva*, puesto que aquella se refería al establecimiento de un *régimen general*, y de lo que aquí se trata es de establecer un régimen excepcional de responsabilidad, junto al régimen general de falta de servicio.

Bibliografía citada

- ALESSI, Renato (1970). *Instituciones de Derecho Administrativo*. Tomo II, Traducción de la 3ª edición italiana por Buenaventura Pellisé Prats, Bosch, casa editorial – Barcelona.
- BARROS BOURIE, Enrique (2007). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011). *Derecho Administrativo General*. Legal Publishing.
- CAMACHO CÉPEDA, Gladys (2016). La falta de servicio: revisión al debate doctrinal y desarrollo jurisprudencia... Ferrada, Juan Carlos; Bermúdez Jorge y Urrutia Osvaldo (Ed./Coord.), *Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau*. Ediciones Universitarias Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- CORDERO VEGA, Luis (2010). *La responsabilidad de la Administración del Estado*. Abeledo Perrot Legal Publishing.
- CORDERO VEGA, Luis (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Thomson Reuters.
- CORDERO VEGA, Luis (2016). De Marín a Pierry: 20 años en el desarrollo de la Responsabilidad del Estado en la Corte Suprema. Ferrada, Juan Carlos; Bermúdez Jorge y Urrutia Osvaldo (Ed./Coord.), *Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau*. Ediciones Universitarias Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- DÍAZ TOLOZA, Regina (2007). Responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (14), 79-112.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel (2010). Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?. *Revista de Administración Pública* (183)179-231.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2020). La responsabilidad patrimonial del Estado de Chile: una revisión panorámica después de casi veinte años de jurisprudencia de la Corte suprema. *Revista de Administración Pública* (211) 373-406.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2016). Responsabilidad del Estado por actos administrativos aparentemente válidos. Ferrada, Juan Carlos; Bermúdez Jorge y Urrutia Osvaldo (Ed./Coord.), *Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau*. Ediciones Universitarias Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- FORSTHOFF, Ernst (1958). *Tratado de Derecho Administrativo*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2008). *Curso de Derecho Administrativo I*. Thomson Civitas S.A. Madrid.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2014). *La interpretación administrativa en el derecho chileno*. Legal Publishing – Thomson Reuters.
- HUEPE ARTIGAS, Fabián (2011). ¿Es procedente fundar la responsabilidad del Estado en el artículo 2314 del Código Civil respecto de las instituciones excluidas de la falta de servicio? Análisis crítico. Vergara Blanco, Alejandro y Bocksang Hola, Gabriel [Coord.], *Público y Privado en Derecho Administrativo, Actas de las VIII Jornadas de Derecho Administrativo* (pp. 123-148). Thomson Reuters.
- HUEPE ARTIGAS, Fabián (2019). La afectación al derecho de dominio y la responsabilidad patrimonial de la Administración. Fuentes Guiñez Rodrigo y Opazo de la Fuente, Valeska

- (Ed./Coord.). *El derecho de propiedad, estudios públicos y privados* (pp. 405-434). Tirant lo Blanch, Valencia.
- LEGUINA, Jesús (1970). *Fundamentos y Naturaleza de la Responsabilidad Civil de la Administración Pública*. Editorial Tecnos S.A. Madrid.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl (2002). Un estudio de efectos en la responsabilidad extracontractual del Estado. *Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso* (XXIII), 343-375.
- MAYER, Otto (1954). *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo IV, Parte Especial. Ediciones Arayú, Buenos Aires.
- MIR PUIGPELAT, Oriol (2012). *La responsabilidad patrimonial de la Administración*. Editorial B de F Ltda, Buenos Aires.
- MORAND-DEVILLER, Jaqueline (2010). *Curso de Derecho Administrativo*, traducción a la 10ª edición de Zoraida Rincón Ardilla, Juan Peláez Gutiérrez. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- NAVARRETE - FRÍAS, Ana María (2009). La responsabilidad del Estado y su adecuación a parámetros interamericanos. *Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia)*, 11(2) 335-376, julio-diciembre.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- PEÑA SILVA, Francisco (2016). El sacrificio especial como criterio para determinar la procedencia de la responsabilidad del Estado por actos normativos. Ferrada, Juan Carlos; Bermúdez Jorge y Urrutia Osvaldo, [Coord.], *Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau* (pp. 529-563). Ediciones Universitarias Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- PIERRY ARRAU, Pedro (2001). La Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falta de Servicio. *Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado* (1), 11-40.
- RAJEVIC MOSLER, Enrique (2012). Falta de servicio y responsabilidad de la Administración Pública chilena por actos urbanísticos. Letelier, Raúl, coordinador. *La falta de servicio*. Abeledo Perrot Thomson Reuters.
- REIRITZ, María Graciela (1969). *Responsabilidad del Estado*. Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- SÁNCHEZ POVIS, Lucio (2015). La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en el Ordenamiento Peruano: Aproximaciones a una Institución Pendiente de Reforma., *Revista Derecho & Sociedad* (45) 321-332.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2010). *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*. Abeledo Perrot Legal Publishing.
- VALDIVIA, José Miguel (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2010). *El Derecho Administrativo como Sistema Autónomo. El mito del Código Civil como "Derecho Común"*. Abeledo Perrot, Legal Publishing.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2011). *Los principios jurídicos y la tarea de construir el Derecho Administrativo en clave científica.* Flavia Carbonell, Raúl Letelier, Rodrigo Coloma [Coord.], *Principios Jurídicos, análisis y crítica* (pp. 315-339). Abeledo Perrot – Thomson Reuters.

Normativa citada

- Constitución Política de la República de Chile [Const]. 17 de septiembre de 2005 (Chile).
- Ley N° 18.575 de 1986. *Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*. 12 de noviembre 1986. D.O. No. 32.640.
- Ley N° 19.653 de 1999. *Sobre Probidad Administrativa Aplicable de los Órganos de la Administración del Estado*. 03 de diciembre 1999. D.O. No. 36.538.
- Ley N° 18.755 de 1988. *Establece normas sobre el servicio agrícola y ganadero, deroga la Ley N° 16.640 y otras disposiciones*. 23 de octubre de 1988. D.O. No. 33.266.
- Ley N° 18.825 de 1989. *Modifica la Constitución Política de la República de Chile*. 15 de junio de 1989. D.O. No. 33.450.

Decreto N° 1 de 2006. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. 9 de mayo de 2006. D.O. No. 38.523.

Decreto N° 1 de 2000. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N° 4.808, sobre Registro Civil, de la Ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N° 16.618, Ley de Menores, de la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N° 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. 16 de mayo de 2000. D.O. No. 36.676.

Jurisprudencia citada

Alarcón Aravena Juan con Fisco de Chile (2022): Corte Suprema, 11 de julio de 2022 (Rol N° 85903-2021). Tercera Sala. [Recurso de casación].

Aravena Collao Juan Bautista E. con Fisco de Chile (2021): Corte Suprema, 13 de julio de 2021 (Rol N° 94245-2020). Tercera Sala. [Recurso de casación].

Bodegas San Francisco Limitada con Fisco de Chile (2016): Corte Suprema, 14 de junio de 2016 (Rol N° 8324-2015). Tercera Sala. [Recurso de casación].

Becerra Jelvez con Ilustre Municipalidad de Arica (2020): Corte Suprema, 10 de agosto de 2021 (Rol N° 104606-2020). Tercera Sala. [Recurso de casación].

Contraloría General de la República. Dictamen N° 70.118, de 5 de octubre de 1970.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 3.234, de 19 de enero de 2006.

Domic Bezic con Fisco (2002): Corte Suprema, 15 de mayo de 2002 (Rol N° 4752-2001). Cuarta Sala. [Recurso de casación].

Esquerre Hermanos LTDA. con Municipalidad de Concepción (2013): Corte Suprema, 30 de diciembre de 2013 (Rol N° 4043-2013). Tercera Sala. [Recurso de casación].

Fernández Farfán Claudio, Parra Vargas Débora, Rossi Parra Bruno con Servicio Salud Arica (2014): Corte Suprema, 30 de octubre de 2014 (Rol N° 11857-2014). Tercera Sala. [Recurso de casación].

Fernández Rodríguez Violeta y otros con Fisco de Chile (2012): Corte Suprema, 27 de septiembre de 2012 (Rol N° 1760-2009). Tercera Sala. [Recurso de casación].

Garrido Flores Aldo Evanan con Fisco de Chile (2010): Corte Suprema, 25 de octubre de 2010 (Rol N° 6.627-2008). Tercera Sala. [Recurso de casación].

Hidalgo Briceño Mauricio y otros con Servicio Salud Valparaíso San Antonio y otros (2008): Corte Suprema, 14 de octubre de 2008 (Rol N° 1976-2007). Tercera Sala. [Recurso de casación].

Inmobiliaria Maullin LTDA. con Fisco de Chile (2010): Corte Suprema, 5 de octubre de 2010 (Rol N° 552-2008). Tercera Sala. [Recurso de casación].

José Joaquín Bustamante Villouta con Escuela de Aviación (2022): Corte Suprema, 25 de enero de 2022 (Rol N° 4191-2021). Tercera Sala. [Recurso de casación].

Luchsinger Mackay Mark Javier con Fisco de Chile (2021): Corte Suprema, 5 de agosto de 2021 (Rol N° 82-2021). Tercera Sala. [Recurso de casación].

Meier Muller Víctor con Consejo de Defensa del Estado (2021): Corte Suprema, 13 de mayo de 2021 (Rol N° 97186-2020). Tercera Sala. [Recurso de casación].

Morales Gamboa Edith Del Carmen con Fisco de Chile (2011): Corte Suprema, 14 de enero de 2011 (Rol N° 7919-2008). Tercera Sala. [Recurso de casación].

Placencia Lobos Benjamín con Fisco de Chile (2022): Corte Suprema, 27 de mayo de 2022 (Rol N° 131095-2020). Tercera Sala. [Recurso de casación].

Productos Fernández S.A. con Ministerio de Salud (2012): Corte Suprema, 30 de noviembre de 2012 (Rol N° 9924-2010). Tercera Sala. [Recurso de casación].

Seguel Cares Pablo Andres con Fisco de Chile (2009): Corte Suprema, 30 de julio de 2009 (Rol N° 371-2008). Tercera Sala. [Recurso de casación].

Soc. Agrícola Lolco LTDA. con Fisco De Chile (2004): Corte Suprema, 30 de diciembre de 2004 (Rol N° 381-2004). Tercera Sala. [Recurso de casación].

Schuster Pinto Macarena con Fisco de Chile (2020): Corte Suprema, 29 de mayo de 2020 (Rol N° 5572-2019). Tercera Sala. [Recurso de casación].

Sociedad de inversiones y asesorías GENOVA LTDA., Sociedad legal minera Gabriela Primera de Pudahuel, sociedad legal minera Francisco 19 y otros con Fisco de Chile, BESALCO S.A. (2013): Corte Suprema, 25 de noviembre de 2013 (Rol N° 5450-2011). Tercera Sala. [Recurso de casación].

Sociedad Inmobiliaria Inversiones R & T Limitada con Municipalidad de Santa Cruz (2013): Corte Suprema, 2 de enero de 2013 (Rol 7086-2013). Tercera Sala. [Recurso de casación].

Universidad de Magallanes con Servicio Agrícola y Ganadero (2013): Corte Suprema, 8 de abril de 2013 (Rol N° 8079-2010). Tercera Sala. [Recurso de casación].

La formulación de cargos: una institución del debido procedimiento administrativo sancionador

Formulation of charges: an institution of due sanctioning administrative procedure

Joaquín Lepe Vergara¹

Este artículo presenta una conceptualización y análisis de la institución de la formulación de cargos. Para ello, se analizan diversas regulaciones sectoriales, así como la jurisprudencia y la doctrina nacional y comparada. A través de esta investigación, es posible demostrar que la formulación de cargos es un acto administrativo de capital importancia en cuanto permite el ejercicio del derecho a defensa y del principio de contradictoriedad dentro de un procedimiento administrativo sancionador. A pesar de que no existe una ley común de procedimiento administrativo sancionador en Chile, es posible definir esta institución y establecer sus elementos configurativos.

Palabras clave: Derecho a defensa; debido procedimiento administrativo; principio de contradictoriedad; procedimiento administrativo sancionador; formulación de cargos.

This article presents a conceptualization and analysis of the institution of formulation of charges. For this reason, is analyzed the national legislation, the national and comparative doctrine, and the jurisprudence. Through this investigation, it is possible to argued that the formulation of charges is an administrative act of capital importance insofar as it allows the exercise of the right to defense and the principle of contradiction within an administrative sanctioning procedure. Despite of the fact that there is no law of sanctioning administrative procedure in Chile, it is possible to define this institution and establish its configuration elements.

Keywords: Right to defense; due administrative procedure; contradictoriness principle; sanctioning administrative procedure; formulation of charges.

¹ Abogado de la Universidad de Chile; Magister en Derecho, con Mención en Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: joaco.lepe@gmail.com; Dirección Postal: Paula Jaraquemada 189, Depto. 1003, La Reina, Santiago, Chile.

Artículo recibido el 10 de octubre de 2022 y aceptado el 16 de diciembre de 2022.

RESUMEN / ABSTRACT

Introducción

En la actualidad, nuestro ordenamiento jurídico sigue sin tener una Ley de Procedimiento Administrativo Sancionador. La necesidad de dictar esta norma es una demanda que se extiende desde la sentencia del Tribunal Constitucional relativa al Gasto Electoral². Sin embargo, como ha destacado la doctrina³, el Derecho Administrativo Sancionador se ha nutrido a partir del aporte realizado por distintos *sectores de referencia*, es decir, regulaciones sectoriales que han configurado diversos procedimientos sancionadores, los cuales tienen algunas instituciones comunes. Por ejemplo, la clasificación de las sanciones, la regulación de un periodo probatorio, entre otros.

Una de estas instituciones es la formulación de cargos. El problema que justifica esta investigación es que, al no haber una Ley de Procedimiento Administrativo Sancionador, la regulación de la formulación de cargos no es uniforme, de modo que su caracterización se vuelve un imperativo para el Derecho Administrativo Sancionador.

Entonces, el objetivo del presente trabajo es conceptualizar algunos elementos configurativos que debe cumplir una formulación de cargos. Para ello, se analizarán diversas normas sectoriales, la doctrina y jurisprudencia pertinente que se han referido a la formulación de cargos.

I. El debido proceso en el procedimiento administrativo sancionador

Los derechos fundamentales obligan a los poderes públicos a adoptar medidas eficaces para protegerlos y asegurarlos. Una forma de protegerlos es implementar una organización, un procedimiento y todas aquellas formas que sean necesarias para asegurar su protección⁴.

En este sentido, el artículo 19 N° 3 de la Constitución indica que se asegura a todas las personas el derecho a un racional y justo procedimiento. Dicha disposición contempla el derecho al debido proceso, el cual ha sido conceptualizado como un conjunto de garantías que permiten asegurar que un determinado procedimiento cumplirá con elementos esenciales de racionalidad y justicia, contribuyendo a un procedimiento equitativo y no arbitrario⁵. En la ac-

² *Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley sobre transparencia, límite y control del gasto electoral* (2003), c. 35.

³ Así lo ha señalado CORDERO VEGA 2020, 258.

⁴ DOMÉNECH PASCUAL 2021, 879.

⁵ Adicionalmente, consideremos que el art. 18 de la Ley N° 18.575, señala que "en el ejercicio de la potestad disciplinaria se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento."

tualidad, tanto la doctrina⁶, como la jurisprudencia nacional⁷ e internacional⁸, están contestes en que el debido proceso es una garantía que tiene aplicación respecto al procedimiento administrativo sancionador. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que, aunque la potestad sancionadora no sea ejercicio de jurisdicción, debe ejercerse con los parámetros del debido proceso⁹. Así, dicho Tribunal ha indicado que las garantías penales se aplican *con matices* al procedimiento administrativo sancionador. En términos simples, aquello significa que estas garantías no se aplican con la misma modalidad, ni con la misma intensidad que en el proceso penal¹⁰. De ahí que el Tribunal haya concluido que la Ley N° 19.880 establece un verdadero *debido proceso administrativo*¹¹, pues permite al afectado “ejercer efectivamente sus derechos de defensa, haciendo alegaciones, entregando prueba y ejerciendo recursos administrativos y jurisdiccionales”¹².

En el marco del procedimiento administrativo sancionador, el Tribunal ha identificado “las exigencias básicas que caracterizan un debido proceso, como la formulación de cargos, su notificación al inculpado, seguida de una oportunidad efectiva para que éste pueda ejercer el derecho a defensa, incluida la posibilidad de allegar y producir pruebas”¹³. Estas garantías tienen

⁶ En la doctrina constitucional, puede consultarse: SILVA BASCUÑÁN 2006, 141-142; CEA EGAÑA 2012, 152-155; VIVANCO MARTÍNEZ 2006, 313; GARCÍA PINO, et al., 2016, 246.

En la doctrina administrativa: VERGARA BLANCO 2004, 144; ROMÁN CORDERO 2009, 199; CORDERO QUINZACARA 2014b, 430; ISENSEE RIMASSA 2016, 86; SALINAS BRUZZONE 2019, 314; GÓMEZ GONZÁLEZ 2021, 190; PALLAVICINI MAGNÈRE 2021, 175; CILURZO 2021, 202; BOUTAUD SCHEUERMANN 2021, 9; OSORIO VARGAS 2022, 24.

En la doctrina penal: Duce Julio 2018, 85.

⁷ En la jurisprudencia constitucional, consúltese sentencias TC Roles N°: 244 (1996), 480 (2006), 513 (2006), 694 (2006), 771 (2007), 2066 (2011), 2264 (2012).

En la jurisprudencia judicial, a modo referencial, consúltese: *Cristian Rosselot con Superintendencia del Medio Ambiente* (2020), *Directorio Caja de Compensación La Araucana con Superintendencia de Seguridad Social* (2019), *Corporación Educacional para el Desarrollo Social y del Conocimiento América* (2019), *Instituto de Diagnóstico S.A. con Superintendencia de Salud* (2021), *Unnio Seguros Generales S.A. con Comisión para el Mercado Financiero* (2022), entre muchas otras.

⁸ Por ejemplo, así se dispuso en el caso *CIDH Ivcher Bronstein vs Perú*, de 06.02.2001, parágrafo. 105.

⁹ *Solicitud de la Corte de Apelaciones de Talca, para que se emita un pronunciamiento acerca de la eventual inaplicabilidad de los artículos 6, letra B N° 3 y 6; 107 y 161 del Código Tributario, en causa Rol Corte N° 60.928 y Rol N° 60.025-01* (2008) c. 12°.

¹⁰ *Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Hernán Lacalle Soza y otros respecto del artículo primero transitorio de la Ley N° 20.017 en la causa rol N° 577-2006 que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago* (2006) c. 15°.

¹¹ *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Jaime Eduardo Rosso Bacovic respecto de los artículos 7°, inciso tercero, 8° N° 5, y 22 N° 3, de la Ley N° 18.175 (Ley de Quiebras)* (2010), c. 27°.

¹² *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Jaime Eduardo Rosso Bacovic respecto de los artículos 7°, inciso tercero, 8° N° 5, y 22 N° 3, de la Ley N° 18.175 (Ley de Quiebras)* (2010) c. 28°.

¹³ *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Aldo Motta Camp respecto del precepto legal contenido en el inciso segundo del artículo 35 de la Ley N° 19.880, en aquella parte que dispone cuando a la Administración no le consten los hechos alegados por*

lugar porque el procedimiento administrativo sancionador es un procedimiento formalizado¹⁴.

Dentro de las garantías del debido procedimiento administrativo sancionador, se encuentra el derecho a defensa¹⁵. Este se manifiesta a través del principio de contradictoriedad, presente en todo procedimiento administrativo, el cual permite al interesado formular alegaciones, presentar pruebas u otros elementos de juicio (art. 10, Ley N° 19.880)¹⁶. De ahí que el profesor Parejo Alfonso indica que “el ejercicio del derecho a defensa en el seno de un procedimiento administrativo sancionador presupone que el implicado sea emplazado o le sea notificada debidamente la incoación del procedimiento, pues solo así podrá disponer de una efectiva posibilidad de defensa frente a la infracción que se le imputa, previa a la toma de decisión”¹⁷. Así las cosas, resulta claro que del principio de contradictoriedad deriva la obligación de formular cargos al infractor¹⁸. En otras palabras, este principio se materializa en que el infractor debe conocer los cargos que la Administración le imputa. De ahí que el Tribunal Constitucional ha resaltado la importancia de la formulación de cargos, ya que es el antecedente necesario para que el infractor puede defenderse a través de su escrito de descargos. Sin formulación de cargos, no hay escrito de descargos, lo que deriva en que no haya principio de contradictoriedad, ni derecho a defensa, ni, finalmente, debido procedimiento administrativo¹⁹. La formulación de cargos, entonces, es el inicio de la cadena de trámites esenciales para garantizar el debido procedimiento administrativo sancionador. Específicamente, el Tribunal Constitu-

los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, en los autos caratulados “Motta Camp Aldo con Superintendencia de Valores y Seguros”, sobre reclamo de ilegalidad de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° Civil-4359-2014 (2014), c. 10°. Esto va en línea con otras sentencias, donde ha señalado que las garantías propias de un debido procedimiento administrativo sancionador son “la notificación del imputado de infracción y su posibilidad de formular descargos y rendir pruebas, cuanto en lo concerniente a la revisión jurisdiccional por un tribunal independiente e imparcial” Sentencia TC Rol N° 694 (2006), c. 7°. En el mismo sentido: Sentencia TC Rol N° 1413 (2009), c. 28°.

¹⁴ Así lo indican: GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2011, 195; PAREJO ALFONSO 2016, 865.

¹⁵ CORDERO QUINZACARA 2017, 73; ROMÁN CORDERO 2009, 201.

¹⁶ En este sentido lo expresan: MATURANA MIQUEL y JARA SCHNETTLER 2009, 5.

¹⁷ PAREJO ALFONSO 2016, 879.

¹⁸ BERTAZZO 2015, 18; CORDERO QUINZACARA 2017, 85. Sin embargo, cabe hacer presente que la Corte Suprema discrepa de aquello. En el voto de mayoría del caso *CorpBanca con Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras* (2017), c. 15°, sostuvo: “El principio de contradictoriedad busca materializar el derecho de defensa de los particulares frente a la Administración, que a su turno, queda obligada a emitir un pronunciamiento resolviendo todos aquellos aspectos que se han esgrimidos por los particulares en defensa de sus intereses. Sin embargo, la materialización del principio en comento no implica la necesidad de dictar un acto administrativo que contenga una formulación de cargos formal”.

¹⁹ El profesor Soto Kloss destaca la importancia de la posibilidad del inculpado de evacuar sus descargos. Para este autor, los descargos significan “plantear su defensa de modo expedito, asegurando este proceder el debido derecho de defensa, la debida contradictoria que debe asumir todo procedimiento disciplinario, única manera de garantizar los principios básicos de la llamada justicia natural, del denominado debido proceso” SOTO KLOSS 1975, 123. En un sentido similar se expresan: VERGARA BLANCO 2004; GARCÍA MACHMAR 2021, 86-87.

cional ha sostenido que “la imposición de determinadas sanciones administrativas solo podía hacerse una vez formulados los correspondientes cargos y previa audiencia del acusado”²⁰. Siguiendo esta línea, en jurisprudencia reciente, el Tribunal Constitucional ha reprochado aquellos procedimientos sancionadores donde no se da traslado al infractor; o donde las alegaciones y elementos probatorios que este aporte tiene un valor simbólico o superfluo²¹. En suma, la formulación de cargos es un trámite esencial del procedimiento administrativo sancionador²².

Sin embargo, los elementos y requisitos de la formulación de cargos no pueden ser determinados de manera uniforme, debido a que no hay una Ley de Procedimiento Administrativo Sancionador²³, de modo que, a través de los elementos que aportan las normas sectoriales, intentaremos construir el concepto y los requisitos de la formulación de cargos.

II. Concepto de formulación de cargos

En este apartado entregaremos elementos que nos permiten ir delimitando el concepto de la formulación de cargos.

1. Definiciones. En la doctrina extranjera, el profesor Muñoz Machado sostiene:

el pliego de cargos o su equivalente es central en el procedimiento porque es la concreción de la acusación, sin la cual no tiene sentido ni

²⁰ *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Aldo Motta Camp respecto del precepto legal contenido en el inciso segundo del artículo 35 de la Ley N° 19.880, en aquella parte que dispone cuando a la Administración no le consten los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, en los autos caratulados “Motta Camp Aldo con Superintendencia de Valores y Seguros”, sobre reclamo de ilegalidad de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° Civil-4359-2014 (2014) c. 9°.* Esta jurisprudencia se desarrolló previamente ante cuestionamientos al art. 161 del Código Tributario, que permitía la delegación de la facultad sancionadora. En diversas sentencias sobre esta materia, el Tribunal señaló que formulación de cargos era un trámite esencial del procedimiento administrativo sancionador (Sentencia TC Roles N° 725 (2007), c. 21°; 1233 (2008), c. 16°).

²¹ Así, ha cuestionado las actas de fiscalización que emite la autoridad sanitaria, las que son mérito suficiente para tener por constituida la infracción a la luz del art. 166 del Código Sanitario (Sentencia TC Roles N° 8823 (2020) y N° 9707 (2020)). Para el Tribunal, aquello “priva de relevancia práctica a los descargos y a la prueba que, a posteriori, pueda presentar a su favor el encartado, desde que los hechos, su calificación jurídica y la conclusión inculpatoria ya quedaron fijos en el expediente con antelación”. Del mismo modo, ha indicado que “si al comienzo de un expediente sumarial rola ya un acta autosuficiente de responsabilidad, todas las defensas y actuaciones que tengan lugar a posteriori corren la desventura de tornarse superfluas e inoficiosas, lo que tampoco se compadece con la idea de un procedimiento justo y racional”.

²² Así lo reconocen expresamente: CORDERO QUINZACARA 2017, 85; BOUTAUD SCHEUERMANN 2021, 18.

²³ Existe un proyecto de ley (Boletín N° 3475-06), el cual establece un procedimiento administrativo sancionador. Dicho procedimiento contempla la formulación de cargos como el trámite de inicio de la fase de instrucción del procedimiento administrativo sancionador (art. 20).

*iniciar el procedimiento, ni puede pedirse al imputado que alegue con coherencia sobre una imputación cuyos fundamentos desconoce*²⁴.

En Chile, el profesor Cordero Quinzacara señala:

*marca el inicio de la contradicción en el marco del procedimiento sancionador, en la medida de que ésta ha de contener la pretensión punitiva planteada por el órgano administrativo así como los fundamentos objetivos en que se sustenta. Se trata, por tanto, de un acto de trámite que necesariamente ha de ser fundado*²⁵.

Por su parte, el profesor Osorio Vargas indica:

*la formulación de cargo es el acto administrativo de mero trámite del procedimiento administrativo sancionador dictado por el fiscal instructor o por la autoridad administrativa sancionadora, que da inicio a la etapa de instrucción del procedimiento administrativo. En dicho acto administrativo se contienen todos los antecedentes e imputaciones contra el presunto infractor, con el objeto de establecer su responsabilidad administrativa*²⁶.

De las definiciones previas de la formulación de cargos, es posible desprender los siguientes elementos distintivos:

a) *Es un acto trámite*. Un primer elemento de la formulación de cargos es su naturaleza de acto trámite, el cual se inserta dentro de un procedimiento administrativo sancionador²⁷. En efecto, con la formulación de cargos se inicia la fase de instrucción del procedimiento administrativo, que es aquella que tiene por finalidad *instruir* a la Administración sobre el objeto del procedimiento y, en consecuencia, preparar la resolución final del procedimiento sancionador.

Al ser la formulación de cargos un acto trámite, se produce la imposibilidad de recurrir contra ésta. De ahí que diversas normas establecen que solo el acto que impone una sanción puede ser recurrido mediante el recurso

²⁴ MUÑOZ MACHADO 2017, 354. Agrega este mismo autor que el derecho a conocer los cargos “es un trámite verdaderamente muy relevante en el procedimiento sancionador: sin él no existe procedimiento y, por tanto, una sanción impuesta sin tal garantía vulneraría el derecho fundamental al procedimiento legalmente establecido” MUÑOZ MACHADO 2017, 346.

²⁵ CORDERO QUINZACARA 2014a, 307.

²⁶ OSORIO VARGAS 2017, 654-655. En otro artículo, este mismo autor junto al profesor Zúñiga, definieron la formulación de cargos como “el acto administrativo de mero trámite del procedimiento administrativo sancionador dictado por la autoridad administrativa sancionadora o el fiscal instructor, y que da inicio a la etapa de instrucción del procedimiento administrativo” ZUÑIGA y OSORIO 2016, 463.

²⁷ En la clasificación de los actos trámites, la formulación de cargos correspondería a aquella categoría de actos “que preceden al acto terminal o definitivo”, distinguiéndose así de las resoluciones provisionales; los actos pendientes de aprobación y las resoluciones incidentales que corresponden a las otras categorías de actos trámite. Así lo indica el profesor GONZÁLEZ NAVARRO 1997, 407-408.

de reposición²⁸. De ahí que la jurisprudencia ha indicado que no es posible impugnarlo vía recurso de protección, ya que no hay derechos indubitados. En cambio, es el acto final el que puede ser reprochado vía acción de protección; más no la formulación de cargos²⁹. La jurisprudencia ambiental también ha indicado que tampoco es posible solicitar su invalidación³⁰, cuestión que ha sido confirmada por la Corte Suprema³¹. Sin embargo, es posible impugnar la formulación de cargos cuando deviene en un acto trámite cualificado³², es decir, aquel que produce indefensión al infractor (art. 15, Ley N° 19.880)³³. La indefensión está dada, por ejemplo, cuando no se da lugar al trámite de audiencia para que el infractor presente sus descargos o alegaciones³⁴.

En contraposición, la jurisprudencia ha entendido que existe un derecho a que se formulen cargos. Esto es lo que en el derecho comparado se conoce como el "derecho a ser informado de la acusación"³⁵. Al respecto, nuestra jurisprudencia ha señalado que los sujetos tienen derecho a que se les for-

²⁸ En este sentido: art. 18, Ley N° 18.410; art. 23, Ley N° 19.913; art. 55, Ley N° 20.417; art. 341, Ley N° 20.720; art. 50, Ley N° 21.091.

²⁹ En este sentido: *Marisol Castro con Fiscal Ramón Rebolledo* (2012), c. 5° y 6; *Hernán Jorquera con Jaime Millar y otro* (2018), c. 4° y 5°; *Andrés León con Superintendencia del Medio Ambiente* (2018), c. 2° y 3°; *Rodrigo Delgado con Francisco Álvarez* (2021), c. 2°. En este último caso, se impugnó la formulación de cargos efectuada por un Fiscal de la Contraloría General de la República. La Corte Suprema sostuvo que "el acto censurado reviste precisamente la calidad de trámite o intermedio y, en consecuencia, atendido aquello que se viene razonando, no resulta impugnabile." (c. 2°). Del mismo han fallado las Cortes de Apelaciones. Al respecto, consúltese: *Emiliano Arias con Jorge Abott* (2016), c. 2°, confirmada por la Corte Suprema; *Claudio Vega Aguayo con Alejandro Barrera Silva* (2017), c. 5°, confirmada por la Corte Suprema; *Perfil Market Servicios S.A con Subsecretaría de Salud Pública* (2020), c. 5°, confirmada por la Corte Suprema.

³⁰ *Salmones Camanchaca S.A con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017). Esta resolución fue apelada ante la Corte de Apelaciones de Valdivia, pero el apelante posteriormente se desistió.

³¹ En el caso *Sociedad Agrícola El Tranque de Angostura con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017), se recurrió de casación contra la solicitud de invalidación de una formulación de cargos, cuestión que fue rechazada por la Corte Suprema, declarando inadmisibile dicho recurso. La Corte fundamentó su decisión, al señalar:

"la formulación de cargos y su posterior reformulación no implican resolución alguna sobre el fondo del asunto controvertido, esto es, sobre la existencia o no de una infracción a la normativa ambiental, sino que únicamente se trata del acto trámite que tiene por objeto dar inicio a la etapa de instrucción del procedimiento administrativo sancionador, comunicando al presunto infractor las imputaciones en su contra y las disposiciones que se estiman infringidas, a fin de otorgarle la posibilidad de, evacuando descargos, presentar defensas tendientes a desvirtuar tales hechos y rendir prueba en apoyo a sus pretensiones" (c. 14°).

³² Sobre la categoría de acto trámite cualificado, consúltese: GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2011, 596; BOCANEGRA SIERRA 2012, 62-64.

³³ Esta regla reconoce, en su inc. 2°, la categoría de actos de mero trámite cualificados, los cuales "son impugnables solo cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión".

³⁴ Así lo reconoció expresamente la jurisprudencia ambiental respecto de la reformulación de cargos que no consideró un trámite de audiencia (*ENAP Refinerías S.A. en con Superintendencia del Medio Ambiente* (2021), c. 15°).

³⁵ ALARCÓN SOTOMAYOR 2007, 99; GÓMEZ TOMILLO 2012, 315. Es importante hacer presente que la doctrina entiende que una cosa es el derecho a conocer la formulación de cargos, y otra distinta es a conocer el documento que la sustenta, como una denuncia o un acta de fiscalización. Esto último no es parte del derecho a ser informado de la acusación. ALARCÓN SOTOMAYOR 2007, 123-124.

mulen cargos cuando han sido investigados por largo tiempo. Esto demuestra que la jurisprudencia reconoce la existencia de un derecho a la acusación, el cual se materializa a través de la formulación de cargos³⁶.

b) *Es un acto de especial motivación.* Un segundo elemento de la formulación de cargos, es que constituye un acto que tiene un alto estándar de motivación³⁷.

1. La primera razón de ello es porque la Administración da traslado al sujeto infractor, indicándole que se desarrolla un procedimiento administrativo en su contra, el cual puede terminar en una sanción administrativa, es decir, en un acto de gravamen. En consecuencia, entrega la posibilidad al infractor de formular descargos. El legislador debe indicar el plazo para evacuar el escrito de descargos conforme lo establece la ley³⁸. En caso que el legislador no haya contemplado un plazo determinado, la Administración debe considerar un plazo razonable y acorde a la gravedad de los hechos que se imputan a través de la formulación de cargos³⁹. En este sentido, la Corte Suprema ha reconocido al emplazamiento como un trámite esencial, pero que puede cumplirse de múltiples formas, bastando que el infractor tenga noticia del procedimiento que se sigue en su contra y que pueda formular descargos⁴⁰.

³⁶ En procedimientos disciplinarios, los funcionarios afectados han solicitado conocer el contenido de las denuncias en su contra, cuestión que sido negado por estar en una etapa secreta del procedimiento. La Corte Suprema ha sostenido que, a pesar de que la negativa de entrega de información es un acto trámite, en estos casos se atenta contra la igualdad ante la ley (art. 19 N° 2, Constitución). En este sentido: *Pablo Huanca con Municipalidad de Huara* (2021), c. 10° y *Alejandro Vega con Contraloría General de la República* (2022), c. 6°. En este último caso, se desarrollaba un procedimiento disciplinario contra un funcionario, quien había solicitado conocer la denuncia que se había efectuado en su contra. La Corte Suprema sostuvo que “el atraso por casi dos años a la fecha, en la tramitación de un sumario donde no consta que se hayan formulado cargos, resulta una demora arbitraria pues carece de fundamento razonable” (c. 6°). De la misma forma han razonado los Tribunales Ambientales, donde se ha reprochado a la SMA que deje pasar un tiempo excesivo entre la etapa de fiscalización y la posterior formulación de cargos, lo que puede generar una pérdida en la capacidad de producir pruebas por parte del fiscalizado (*Ingeniería y Construcción Olivares y Utjes SpA con Superintendencia del Medio Ambiente* (2022) c. 16°).

³⁷ CORDERO QUINZACARA 2014a, 307-308. Este autor agrega que el alto estándar de motivación deriva del art. 11, inc. 2° de la Ley N° 19.880, el cual obliga a la Administración a desarrollar un alto estándar de motivación respecto de los actos de gravamen.

³⁸ Diversas normas contemplan la obligación de dar traslado al sujeto infractor para que pueda presentar su escrito de descargos, materializando su derecho a defensa. En este sentido, puede verse: art. 163 y 164, Código Sanitario; art. 55, Ley N° 16.395; art. 14, Ley N° 18.755; art. 36 A, Ley N° 18.168; art. 17, Ley N° 18.410; art. 127, DFL N° 1/SALUD/2006; art. 55 letra a), Ley N° 19.995; art. 94, DL N° 3.500; art. 49, Ley N° 20.417; art. 70, Ley N° 20.529; art. 340, Ley N° 20.720; art. 47, Ley N° 21.000; art. 46, Ley N° 21.091.

³⁹ En este sentido, el profesor Cordero indica que “no existiendo una norma general en esta materia, la determinación del plazo queda entregada al criterio del instructor del procedimiento, considerando la extensión, la complejidad y gravedad de los cargos formulados, de manera que permita al inculpado contar con un tiempo adecuado para formular sus descargos y alegaciones” CORDERO QUINZACARA 2014a, 311.

⁴⁰ Así se razonó en el caso *Farmacia Cruz Verde con Consejo de Defensa del Estado* (2020) (c. 6°). En el mismo sentido: *Maria Isabel Farah Silva con la Superintendencia de Valores y Seguros* (2016), c. 9°. Del mismo han fallado las Cortes de Apelaciones. Por ejemplo, véase: *Jorge*

2. Una segunda razón radica en la obligación que tiene la Administración no actuar arbitrariamente. En este sentido, la doctrina⁴¹ indica que el deber de motivación tiene por finalidad evitar la arbitrariedad en el actuar administrativo. El razonamiento que la Administración desarrolla al momento de formular cargos debe guardar coherencia con los antecedentes que contiene el expediente⁴², no contener errores de lógica y ser comprensible para el sujeto infractor⁴³. Enseguida, el alto estándar de motivación de la formulación de cargos se sustenta en que solo así el sujeto infractor podrá rebatir las razones y argumentos que la Administración esgrime en dicha formulación. En efecto, una formulación de cargos inentendible o incoherente no permitirá al sujeto infractor desvirtuarla, afectando así su derecho a defensa. Finalmente, la motivación garantiza que la Administración adoptará una decisión justa y equilibrada. Aquello es particularmente importante en un procedimiento administrativo sancionador, donde la sanción que se imponga debe ser proporcional al hecho infraccional que se reprocha. Dicho equilibrio parte con la formulación de cargos, la que debe indicar como posible sanción una que sea equivalente al hecho que se imputa. En palabras del profesor Tirado Barrera, “la razón que justifica la exigencia de motivación de un acto de trámite se encuentra en su capacidad de incidir sobre los derechos de un administrado”⁴⁴.

Establecido lo anterior, no debemos olvidar que esta institución es un acto trámite con el cual se inicia la fase de instrucción del procedimiento administrativo sancionador, de modo que no es exigible a la Administración que dicte un acto administrativo que tenga el mismo estándar que la resolu-

Gregorio Pérez Valdés con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2011), c. 4º, la que fue confirmada por la Corte Suprema.

Distinto es el caso cuando hay un prejuzgamiento por parte de la Administración, sin que el infractor pueda presentar sus alegaciones. En el caso *Universidad La República con Superintendencia de Educación Superior* (2022), se reprochó a la Superintendencia de Educación Superior no dar el plazo legal que correspondía conforme al art. 5º, inc. 2º de la Ley N° 20.800, para que ésta subsanara las observaciones necesarias a su Plan de Reparación; rechazándolo simplemente y proponiendo al Ministerio de Educación la cancelación de su personalidad jurídica (c. 12-16º). La Corte Suprema indicó que se había afectado “el respeto a la garantía del debido proceso establecida en el artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Constitución Política de la República, en cuanto se refiere o comprende el derecho de las partes a ser oídas en la tramitación de los asuntos que puedan afectar sus derechos, no solo comprende la instancia jurisdiccional sino que, además, debe entenderse que se extiende a la sede administrativa, desde que “nadie puede ser objeto de ninguna condena sin ser oído”, “[...] Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”, en cuanto aquél, puede desembocar en actos de la Administración que afecten los derechos e intereses de los particulares” (c. 15º).

⁴¹ DOMÉNECH PASCUAL 2021, 897.

⁴² El art. 26 de la Resolución N° 510/2013 de la Contraloría, indica que los cargos deben basarse “exclusivamente en antecedentes que consten en el sumario”.

⁴³ Así lo razona, por lo demás, el profesor Cordero, quien, analizando la etapa indagatoria del procedimiento administrativo sancionador, señala que esta “constituye la base sobre la cual se podrán formular los cargos y el imputado podrá ejercer su derecho a la defensa. Dicho en otros términos, el derecho a la defensa supone la formulación precisa de cargos” CORDERO QUINZACARA 2014a, 304.

⁴⁴ TIRADO BARRERA 2021, 176.

ción final del procedimiento administrativo sancionador. Al momento de dictarla, la Administración carece de todas las pruebas; de los argumentos del infractor y de los informes de otros órganos de la Administración. Entonces, basta que la formulación de cargos cumpla con un estándar de motivación que permita al infractor ejercer su derecho a defensa, sin que sea exigible el mismo estándar de motivación que la resolución final del procedimiento administrativo sancionador.

c). *Fundamentos*. Un tercer elemento de la formulación de cargos son sus fundamentos, los que corresponden a dos:

1. El primer fundamento, es permitir el ejercicio del derecho a defensa del infractor. La formulación de cargos hace posible este derecho. En este sentido, la profesora Alarcón Sotomayor indica que “el derecho a ser informado de la acusación constituye el primer elemento del derecho de defensa en el ámbito sancionador”⁴⁵. La manera en que se materializa el derecho a ser informado de la acusación es mediante la formulación de cargos. Así lo dicen expresamente los profesores García de Enterría y Fernández, quienes señalan que el derecho a ser informado de la acusación “se cumple con el traslado del pliego de cargos, en el que ha de concretarse la posición acusatoria con expresa referencia a los hechos que se imputan y a la calificación jurídica que merecen a la Administración”⁴⁶. La única manera que tiene el infractor de desvirtuar dicha imputación es conociendo los argumentos y antecedentes que tiene la Administración para efectuar este reproche. Recordemos que, bajo esta línea argumentativa, la jurisprudencia judicial ha reconocido un derecho a conocer los cargos que se imputan cuando ha transcurrido mucho tiempo desde que se inició la investigación. Además, la formulación de cargos evita que la Administración sancione de plano. Por su parte, la doctrina es enfática en resaltar que, si no hay formulación de cargos, no hay procedimiento administrativo sancionador y, en consecuencia, se vulnera el derecho fundamental a defensa y debido proceso⁴⁷. En el mismo sentido, el legislador ha establecido que nadie puede ser sancionado por hechos que no hayan sido materia de cargos⁴⁸. Por último, para la jurisprudencia constitucional, son inconstitucionales aquellos actos de la Administración donde se reprocha una infracción, sin que sea posible al infractor contradecir y cuestionar el contenido de los mismos⁴⁹.

2. El segundo fundamento es dar legitimidad a la resolución final del procedimiento sancionador. No olvidemos que la formulación de cargos es

⁴⁵ ALARCÓN SOTOMAYOR 2007, 102. En el derecho nacional, se manifiesta en el mismo sentido: CORDERO QUINZACARA 2014a, 311.

⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2011, 201.

⁴⁷ MUÑOZ MACHADO 2017, 346; ALARCÓN SOTOMAYOR 2007, 104; GARBERÍ y BUITRÓN 2021, 1566. En Chile, puede consultarse: CORDERO QUINZACARA 2017, 71 -73.

⁴⁸ Así lo ha hecho en los art. 59, Ley N° 16.395; art. 140, DFL N° 29/HACIENDA/1989; art. 54, Ley N° 20.417; art. 46, Ley N° 21.091.

⁴⁹ Sentencia TC Rol N° 8823 (2020), c. 9.

un acto trámite que tiene conclusiones preliminares, las que pueden cambiar durante el procedimiento⁵⁰. De ahí que el Tribunal Constitucional ha indicado que la formulación de cargos tiene “caracteres de acto interlocutorio, como verdad provisoria, antes de sancionar”⁵¹. Es decir, la formulación de cargos da cuenta de los antecedentes que obran en poder de la Administración y que darían cuenta de una eventual infracción administrativa, la cual puede ser desvirtuada por el supuesto infractor a través de su escrito de descargos. Cabe destacar que la formulación de cargos es solo el inicio de la fase de instrucción, de modo que la Administración no cuenta con elementos definitivos para determinar si hubo o no infracción administrativa⁵²; o si es que hay más infracciones que las formuladas originalmente⁵³. Solo una vez que hubiera transcurrido la etapa de instrucción, la Administración estará en condiciones de dictar una resolución que cumpla con los estándares de legitimidad y fundamentación que requiere un procedimiento sancionador.

d). *Efectos*. Un cuarto elemento de la formulación de cargos son los efectos que esta produce:

1. El primer efecto es el inicio de la fase de instrucción del procedimiento administrativo sancionador. Aquello supone que ha concluido la fase de fiscalización, donde la Administración realiza labores de inspección y recopilación de antecedentes para decidir si formula o no cargos.

2. El segundo efecto es que circunscribe la discusión jurídica. Así lo indica el profesor Soto Kloss, quien señala que la formulación de cargos

⁵⁰ Así lo ha reconocido la jurisprudencia ambiental: *Inmobiliaria Macul S.A. en con Superintendencia del Medio Ambiente* (2021), c. 46; *ENAP Refinerías S.A. en con Superintendencia del Medio Ambiente* (2021), c. 10°.

⁵¹ *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por BLUE SHELL S.A. respecto de los artículos 163, 166, 167 y 174 del Código Sanitario* (2020), c. 11° y *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Constructora Casablanca Limitada respecto de los artículos 166, 171, inciso segundo, y 174, inciso primero, del Código Sanitario* (2022), c. 14°. En estas sentencias, se cuestionó que bastara el Acta emitida por la Seremi de Salud para que se diera por configurada la infracción administrativa.

⁵² Un antecedente que confirma este punto es el secreto y posterior reserva del sumario administrativo. En efecto, Contraloría ha sostenido que, “el secreto del proceso sumarial tiene por objeto asegurar el éxito de la investigación, el resguardo del debido proceso, la honra y respeto a la vida pública de los funcionarios que, eventualmente, podrían tener comprometida su responsabilidad en los hechos investigados, dado que las conclusiones a que se llegue en dicho proceso solo quedan a firme una vez que éste quede totalmente tramitado. Lo contrario, significa aceptar la pertinencia de un juzgamiento, cuando aún pendan instancias procesales y resoluciones por parte de la autoridad administrativa. Además, podría hacerse pública una sanción diferente de la que, en definitiva, se aplique o informar sobre una medida disciplinaria propuesta que no llegue a imponerse, al ser sobreseído o absuelto el funcionario, lo que constituye una ilegalidad y una arbitrariedad acorde al artículo 19°, N°s 2°, 3° y 4° de la Constitución Política de la República” Dictamen N° 14807 (2004).

⁵³ Al respecto, el profesor Bermúdez sostiene que el contenido de la formulación de cargos “debe estimarse de manera provisoria, dado que las pericias, inspecciones, y demás medios de prueba puedan llevar a modificarlo, por ejemplo, en relación a la infracción cometida y, por tanto, la sanción anudada. En tal caso, corresponderá reformular o ampliar los cargos” BERMÚDEZ SOTO 2015, 505.

“va concretamente a circunscribir el debate (...) al preciso objeto de determinados hechos tipificados estatutariamente como infracción a deberes funcionarios”⁵⁴. Esta delimitación jurídica se produce, de un lado, respecto a las infracciones y supuestos de hechos que serán discutidos en el procedimiento administrativo sancionador. La formulación de cargos enmarca la discusión jurídica⁵⁵. Del otro, respecto de las sanciones que la Administración podrá aplicar en la resolución final. Esta está determinada por elementos de la formulación de cargos que se haya evacuado previamente⁵⁶. Como indica la profesora Alarcón Sotomayor, “quien juzga debe hacerlo dentro de los límites de la acusación previa y ceñirse a ella”⁵⁷. Para la jurisprudencia, no es posible aplicar una sanción que no se condice con los cargos que se formularon anteriormente⁵⁸. Dicha situación afecta el derecho a defensa del infractor. Así, la formulación de cargos está sujeta a un deber de congruencia, que se enmarca en lo que alguna doctrina ha denominado “una revisión extensiva del procedimiento administrativo sancionador”⁵⁹.

3. El tercer efecto que produce la formulación de cargos, en algunos casos, es la interrupción de la prescripción⁶⁰. Este plazo se cuenta desde que se perpetraron los hechos infraccionales que la Administración debe sancionar. Cabe hacer presente que este efecto no es transversal a todos los procedimientos administrativos sancionadores, ya que no todas las normas indican que la prescripción se interrumpe a través de la formulación de cargos. En los

⁵⁴ SOTO KLOSS 1975, 123. En el mismo sentido: CORDERO QUINZACARA 2014c, 199-200; OSORIO VARGAS 2017, 655.

⁵⁵ La jurisprudencia ha reprochado cuando, después de haberse evacuado descargos, se sanciona por hechos que no fueron parte de la formulación de cargos. En este sentido: *Minera Vizcachitas Holding con Dirección General de Aguas* (2022), c. 14°.

⁵⁶ *Servicio Local de Educación Puerto Cordillera con Superintendencia de Educación* (2022), c. 9°. En este caso, un colegio reprochó a la Superintendencia de Educación el haber formulado cargos en base a unas normas; y haber sancionado en base a otras. La Corte Suprema acogió la reclamación presentada y sostuvo que no había la “total equivalencia que debe existir entre el acto de formulación de cargos y el acto administrativo final que impone la sanción, en cuanto a las normas infringidas” (c. 9°).

⁵⁷ ALARCÓN SOTOMAYOR 2007, 104.

⁵⁸ En el caso *Talleres Máquina de Escribir Continental con Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2018), la Corte Suprema reprochó a la Superintendencia de Electricidad que, por una parte, haya absuelto a un infractor de determinados cargos a un infractor, pero posteriormente haya determinado el quantum de la multa teniendo a la vista todos los cargos, incluso respecto de los que había sido absuelto. Por eso, la Corte Suprema sostuvo que “la referida Superintendencia consideró todas y cada una de las infracciones antes aludidas para determinar el quantum de la sanción impuesta a la parte reclamante, sin ceñirse estrictamente a la normativa que la rige, resulta procedente desde luego sancionar a la reclamante únicamente por las dos infracciones que se tuvieron por ciertas, con exclusión de aquellas que fueron objeto de absolución” (c. 4°).

⁵⁹ ZUÑIGA y OSORIO 2016, 467.

⁶⁰ En la doctrina, puede consultarse: MUÑOZ MACHADO 2017, 346; TIRADO BARRERA 2021, 176. Una regulación distinta establece el proyecto de ley que establece un procedimiento administrativo sancionador (Boletín N° 3475-06), señala que “la prescripción de la infracción se interrumpe con el inicio del procedimiento sancionatorio, desde que el presunto responsable sea notificado de dicha circunstancia conforme a la ley” (art. 10).

casos en que el legislador estableció expresamente que esta interrumpe la prescripción⁶¹, la jurisprudencia no ha dudado y así lo ha ratificado⁶². Respecto a los casos en que las normas indican que la interrupción se produce cuando se inicie la investigación⁶³, de igual modo la jurisprudencia ha sostenido que la formulación de cargos interrumpe la prescripción, incluso en aquellos casos en que las normas no indican que es mediante este acto que se produce dicho efecto⁶⁴. Un caso singular es el de los procedimientos disciplinarios, donde la formulación de cargos no produce el efecto de interrumpir la prescripción, sino que suspende el transcurso de esta⁶⁵.

4. El cuarto efecto es que determina el plazo para contabilizar la caducidad del procedimiento administrativo sancionador⁶⁶. En efecto, el procedimiento administrativo sancionador no es eterno. Está sujeto a un plazo máximo en que debe desarrollarse, lo cual se explica por dos razones. De un lado, porque es una garantía del eventual infractor el ser juzgado en un plazo razonable. Del otro, porque el principio administrativo sancionador se rige por los principios de impulso de oficio (art. 7, inc. 1º, Ley N° 19.880) y conclusivo (art. 8, Ley N° 19.880). La Administración tiene la obligación de hacer avanzar el procedimiento administrativo, más aún, si estamos ante uno que puede desembocar en una resolución desfavorable. Entonces, si la Administración no cumple con el mandato de concluir el procedimiento en un

⁶¹ En este sentido: art. 22 bis, Ley N° 19.913; art. 56 bis, Ley N° 19.995; art. 37, Ley N° 20.417; art. 49, Ley N° 21.091.

⁶² Así lo ha hecho respecto a la Superintendencia de Casinos y Juegos (*Casino de Juegos Temuco S.A. con Superintendencia de Casinos de Juegos* (2018), c. 28º); respecto a la Unidad de Análisis Financiero (*Montexchange S.A. con Unidad de Análisis Financiero* (2018), c. 12º).

⁶³ En este sentido: art. 86, Ley N° 20.529.

⁶⁴ Así ha resuelto la Corte, por ejemplo, en materia eléctrica. En efecto, el art. 17 bis de la Ley N° 18.410 indica que “la Superintendencia no podrá aplicar sanciones luego de transcurridos tres años desde la fecha en que hubiere terminado de cometerse la infracción o de ocurrir la omisión sancionada”. Como se ve, en la norma no hay una referencia a la formulación de cargos como acto que interrumpe la prescripción. A pesar de ello, la Corte Suprema ha entregado este efecto a las formulaciones de cargo que dicta la SEC. Véase, por ejemplo: *Forestal Celco con Director Regional de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles del Biobío* (2015), c. 15º; *Cooperativa Eléctrica Curicó Limitada con Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2022), c. 9º; *Luzparral S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2022), c. 9º. En estos casos, la Corte Suprema rechazó la reclamación interpuesta contra la SEC, al haberse interrumpido la prescripción al momento de formular cargos.

En otros procedimientos sancionadores, también se ha contabilizado el plazo de prescripción, desde la comisión del hecho hasta que se formulen los cargos. Así ha ocurrido, por ejemplo, en materia sanitaria, en el caso *Compañía Minera Zaldivar con Seremi de Salud* (2018), c. 1º y 18º.

⁶⁵ Art. 159, DFL N° 29/Ministerio de Hacienda de 1989. Cuestión que ha sido ratificada por la jurisprudencia de la Contraloría. Así, consúltese el Dictamen N°: 25736 (2017). Tenemos presente que la responsabilidad administrativa de los funcionarios presenta ciertas particularidades propias del vínculo que une a los funcionarios con la Administración, y que la separan de los procedimientos administrativos sancionadores que se configuran en los sectores regulados. Esto es así por la vinculación del funcionario con la Administración se produce por el nombramiento que la autoridad realiza, por medio de la cual somete al funcionario a un estatuto público (PALLAVICINI MAGNÈRE 2021, 31).

⁶⁶ En la doctrina comparada, puede consultarse: TIRADO BARRERA 2021, 176.

determinado plazo, la ley la sanciona con la caducidad del procedimiento⁶⁷. Sin embargo, no hay uniformidad respecto al momento en que se empieza a contar el plazo máximo para concluir el procedimiento administrativo sancionador. Por una parte, hay procedimientos sancionadores donde el legislador ha establecido que plazo se cuenta desde el inicio del procedimiento⁶⁸. Por la otra, hay casos donde el plazo de caducidad se cuenta desde la formulación de cargos⁶⁹.

5. El último efecto que produce la formulación de cargos, pero que solo ocurre en los procedimientos disciplinarios, es que se pone fin a la etapa secreta de este tipo de procedimientos, dando lugar a una etapa que es reservada, donde el expediente lo conocen el funcionario investigado y su abogado⁷⁰.

V. Distinción respecto a instituciones similares

Para completar la conceptualización de la formulación de cargos, la distinguiremos, de un lado, respecto de las actas de fiscalización y, del otro, respecto de la reformulación de cargos.

a) Distinción respecto de las actas de fiscalización

Debemos partir señalando que los procedimientos sancionatorios más antiguos no siempre son claros al momento de distinguir entre un procedimiento

⁶⁷ Así lo ha razonado la Corte Suprema, en los casos *Grettys Bravo Perea con Superintendencia de Educación* (2015), c. 8°; *Rochet College S.A con Superintendencia de Educación* (2015), c. 5°.

⁶⁸ Esto ocurre con la Superintendencia de Educación, donde el legislador sostuvo que este plazo se contaba desde el inicio del procedimiento (art. 86, Ley N° 20.529). La Corte Suprema ha interpretado que dicha norma contabiliza también las labores de fiscalización que realiza la Superintendencia, es decir, toma en cuenta actuaciones que la Administración lleva a cabo antes que se dicte la formulación de cargos. Aquello parece problemático, ya que la fiscalización no es parte del procedimiento administrativo sancionador; sino que corresponde a labores de investigación que la Administración realiza para cumplir sus cometidos de fiscalización. Está jurisprudencia estaría mezclando procedimientos. En ese sentido, los casos: *Grettys Bravo Perea con Superintendencia de Educación* (2015), c. 10°. En el mismo sentido: *Paulina Bustos López con Superintendencia de Educación de la Región del Maule* (2015), c. 4°; *Sociedad Educacional VIPA Limitada con Superintendencia de Educación* (2015), c. 9°; *Sociedad Educacional Gran Bretaña con Superintendencia de Educación* (2015), c. 10°; *Rochet College S.A con Superintendencia de Educación* (2015), c. 7°. Sin embargo, en algunos fallos más recientes, la Corte Suprema también ha considerado, a la luz de esta norma, que el inicio del procedimiento administrativo sancionador es cuando se realiza la formulación de cargos. En este sentido: *Corporación de Educación, Salud y Menores con Superintendencia de Educación* (2019), c. 4° y 9°; *Corporación de Educación, Salud y Menores con Superintendencia de Educación* (2020), c. 3° y 9°.

⁶⁹ Así ocurre en el caso de la Comisión para el Mercado Financiero, el legislador estableció que "el procedimiento sancionatorio tendrá una duración máxima de nueve meses, contados desde la formulación de cargos hasta la resolución final del Consejo" (art. 41, Ley N° 21.000).

⁷⁰ Así lo indican los artículos 137, DFL N° 29/HACIENDA/1989 y art. 5 y 25 de la Resolución N° 510/2013, de la Contraloría General de la República. De ahí que, desde la formulación de cargos en adelante, los funcionarios investigados tienen derecho a conocer el expediente y que se les entregue copia de este. Dictamen N° 17866 (2008).

de fiscalización y un procedimiento sancionatorio⁷¹; ni tampoco las fases propias de un procedimiento sancionatorio⁷². Es lo que ocurre con el Código Sanitario de 1968. En este cuerpo legal, no existe la expresión “formulación de cargos”, ni alguna similar. Por el contrario, habla de que “se levantará un acta” cuando la Administración constate una infracción (art. 156). Aquella norma se inserta en el Título I, del Libro X, que se titula “De la Inspección y Allanamiento”. Luego, en el Título II del Libro X, donde regula el Sumario Sanitario, indica que “basta para dar por establecido la existencia de una infracción a las leyes y reglamentos sanitarios (...) el acta, que levante el funcionario del Servicio al comprobarla” (art. 166). En consecuencia, el procedimiento sancionatorio que establece el Código Sanitario utiliza el acta, tanto como un elemento de fiscalización; y, también, como un acto que puede dar lugar a un procedimiento administrativo sancionador.

Como ya hemos adelantado, la asimilación entre fiscalización e infracción que producen las actas que emite la autoridad sanitaria ha sido cuestionada ante el Tribunal Constitucional argumentando que aquello infringe el debido proceso. El Tribunal ha acogido este alegato, señalando que “coarta el derecho a defensa que constitucionalmente le asiste al imputado, toda vez que en las condiciones anotadas ha de restringirse únicamente a discutir –si puede– la conclusión a que ha arribado la autoridad”⁷³. Así, el Tribunal es enfático en exigir a la Administración que respete las etapas y fases del procedimiento administrativo sancionador. Por eso, indica que el cuestionado art. 166 “altera el orden consecutivo lógico que debe seguir un proceso cabal, el cual exige una formulación de cargos con caracteres de acto interlocutorio, como verdad provisoria”⁷⁴. En otras palabras, para la jurisprudencia constitucional no es posible utilizar elementos del procedimiento de fiscalización, como sustitutos de los actos propios de un procedimiento sancionador⁷⁵.

Entonces, lo correcto es distinguir, por una parte, las actas que la autoridad dicta en el marco de un procedimiento de fiscalización. Y, por la otra, el acto administrativo que la autoridad dicta cuando reprocha la comisión de una infracción a un sujeto determinado, que es la formulación de cargos. No son lo mismo y no corresponde mezclarlos.

Al respecto, podemos señalar las siguientes diferencias entre la formulación de cargos y el acta de fiscalización.

⁷¹ Una situación distinta ocurre en los procedimientos sancionatorios más nuevos, donde el legislador ha sido más fino en estas separaciones y distinciones. Por ejemplo, a la luz del art. 7 inc. 2° de la Ley N° 20.417, que indica que “las funciones de fiscalización e instrucción del procedimiento sancionatorio y la aplicación de sanciones estarán a cargo de unidades diferentes”.

⁷² Siguiendo con el procedimiento ambiental, este distingue claramente una fase inicio (art. 47); una fase de instrucción (art. 49) y la fase sancionadora (art. 54).

⁷³ Sentencia TC Rol N° 8823 (2020), c. 9. En contraposición a este razonamiento, puede revisarse: *Comunidad de Copropietarios Edificio La Hechicera con Fisco* (2009), c. 9°.

⁷⁴ Sentencia TC Rol N° 8823 (2020), c. 10.

⁷⁵ Ello llevó a que el Tribunal Constitucional decidiera acoger los requerimientos de inaplicabilidad presentados, en las causas Roles N° 8823 (2020); 9707 (2022).

Por de pronto, se distinguen respecto a su finalidad. Las actas de fiscalización se desarrollan en el procedimiento de fiscalización. Como ha dicho la Corte Suprema, “la visita de fiscalización constituye evidentemente un acto de investigación”⁷⁶. De ahí que la doctrina ha indicado que las actas de fiscalización son la “expresión que engloba la actividad administrativa de comprobación o constatación del cumplimiento de la normativa”⁷⁷. La formulación de cargos, en cambio, no tiene por finalidad la comprobación o constatación, sino que el reproche a quién hubiere infringido una regulación determinada, con la posibilidad de aplicar una sanción si no se demuestra lo contrario.

Enseguida, intervienen en procedimientos distintos. En efecto, las actas de fiscalización “preparan el contenido resolutorio de otras decisiones administrativas” o “sirven de base instrumental a actos o procedimientos posteriores”⁷⁸. Es decir, las actas de fiscalización están presentes en un procedimiento previo, distinto al procedimiento sancionador. En cambio, la formulación de cargos es parte de aquel procedimiento para el cual las actas de fiscalización “preparan el contenido”. Como veremos a continuación, la formulación de cargos y su eventual sanción tienen como sustento actas de fiscalización que la Administración elaboró en un procedimiento distinto, que es el procedimiento fiscalizadorio⁷⁹.

Por último, las actas de fiscalización son “un medio de prueba”⁸⁰. De ahí que preparen el contenido o sean el sustento de una formulación de cargos, de un dictamen fiscal o de una resolución sancionatoria. La formulación de cargos, en cambio, no constituye un medio de prueba, sino que es un acto administrativo trámite que contiene una imputación a quien haya infringido una regulación administrativa.

b) Distinción respecto de la reformulación de cargos

La reformulación de cargos es “el acto administrativo dictado por el fiscal instructor o la autoridad sancionadora, luego de haberse formulado cargos y antes la resolución de término, que tiene por objeto modificar el contenido de los cargos formulados al presunto infractor, a saber, hechos, sanción o calificación jurídica”⁸¹.

La reformulación se distingue respecto a la formulación, en que la primera se dicta de forma posterior a la segunda. La reformulación de cargos

⁷⁶ *Grettys Bravo Perea con Superintendencia de Educación* (2015), c. 10°. En el mismo sentido: *Paulina Bustos López con Superintendencia de Educación de la Región del Maule* (2015), c. 4°; *Sociedad Educacional Gran Bretaña con Superintendencia de Educación* (2015), c. 10°; *Rochet College S.A con Superintendencia de Educación* (2015), c. 7°.

⁷⁷ MATURANA y JARA 2009, 11.

⁷⁸ MATURANA y JARA 2009, 11.

⁷⁹ MATURANA y JARA 2009, 20 hablan de la necesidad de que el formulador de cargos ratifique los hechos del acta de fiscalización.

⁸⁰ MATURANA y JARA 2009, 15.

⁸¹ OSORIO VARGAS 2017, 680

se produce cuando la Administración toma conocimiento de hechos o antecedentes nuevos que justifican formular nuevos cargos. De ahí que esta solo sea procedente cuando hayan hechos o antecedentes respecto de los cuales no se tuvo conocimiento al momento de la formulación de cargos inicial⁸²; y no sea un mecanismo válido para rectificar errores o vicios que aquejen a la formulación de cargos original⁸³. Entonces, una primera diferencia entre ambas, tiene única y exclusivamente que ver con que la reformulación de cargos supone que haya habido una formulación de cargos. Sin esta última, no puede existir la primera.

Luego, una segunda diferencia radica en el momento en que ambas se producen⁸⁴. Como señalamos, la formulación de cargos da inicio a la etapa de instrucción del procedimiento administrativo sancionador, mientras que la reformulación de cargos se produce dentro de la etapa de instrucción del procedimiento administrativo sancionador. En efecto, es posible que la reformulación de cargos se produzca incluso concluyendo la etapa de instrucción. A mayor abundamiento, esta institución significa una alteración o excepción al carácter formalizado y secuencial del procedimiento administrativo sancionador, ya que no solo se obliga al infractor a presentar nuevos descargos, sino que mediante la reformulación de cargos se le está ampliando la responsabilidad que, originalmente, se le había imputado⁸⁵.

En la reformulación de cargos, al igual que la formulación original, la Administración debe cumplir con el trámite de audiencia para que el infractor pueda pronunciarse sobre la acusación que se le formula⁸⁶.

Conclusiones

1. En Chile no hay una ley común que regule el procedimiento administrativo sancionador. De ahí que no sea posible tener un marco jurídico uniforme respecto a la formulación de cargos.

2. Sin perjuicio de lo anterior, hemos podido sostener que la formulación de cargos es un trámite esencial del debido procedimiento sancionador, por medio del cual se materializa el derecho a defensa y el principio de contradictoriedad.

3. La naturaleza jurídica de la formulación de cargos es la de un acto trámite que da inicio a la fase de instrucción del procedimiento administrativo sancionador. Esto significa que no es posible impugnar una formulación de cargos, salvo que esta produzca indefensión y devengue en un acto trámite cualificado.

⁸² CORDERO VEGA 2014, 25; OSORIO VARGAS 2017, 682.

⁸³ CORDERO VEGA 2014, 42; OSORIO VARGAS 2017, 683.

⁸⁴ Así se reconoce expresamente en: *ENAP Refinerías S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2021), c. 12°.

⁸⁵ Así se razona en: *ENAP Refinerías S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2021), c. 14°.

⁸⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2011, 201.

4. La formulación de cargos se caracteriza por ser un acto de especial motivación. En efecto, debe ser clara y sencilla de comprender para que así el infractor pueda ejercer en plenitud su derecho a defensa, mediante su escrito de descargos.

5. La formulación de cargos produce diversos efectos: pone fin a la etapa de investigación; circunscribe el debate jurídico; interrumpe la prescripción; permite contabilizar el plazo de caducidad. Algunos de estos efectos son más transversales que otros, pero todos dan cuenta de la importancia capital que tiene la formulación de cargos como acto del procedimiento administrativo sancionador.

6. La formulación de cargos se distingue respecto de otras instituciones semejantes. De un lado, se distingue respecto de las actas de fiscalización, las cuales son parte de la etapa de investigación que lleva adelante la Administración. Del otro, se distinguen de la reformulación de cargos, la cual se produce solo cuando aparecen hechos nuevos que permiten justificar formular nuevos cargos al infractor.

Bibliografía citada

- ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía (2007). *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales* (1ª ed.). Aranzadi, Navarra, España.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2015). *Fundamentos de Derecho Ambiental* (1ª ed.). Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- BERTAZZO, Silvia (2015). El Derecho Administrativo Sancionador a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Revista General de Derecho Administrativo* (39), 1-36.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl (2012). *Lecciones sobre el acto administrativo* (4ª ed.). Civitas, Madrid.
- BOUTAUD SCHEUERMANN, Emilio (2021). Debido proceso y presunción de inocencia: una propuesta para el Derecho Administrativo Sancionador. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (34), 9-38.
- CEA EGAÑA, José Luis (2012). *Derecho Constitucional Chileno* (2ª ed.). Ediciones UC.
- CILURZO, María Rosa (2021). Las garantías procesales en el derecho administrativo sancionador en Argentina. En F. Huepe [Ed.], *El derecho administrativo sancionador. Estudio comparativo entre Chile y Argentina. Actas de las séptimas jornadas chileno-argentinas de Derecho Administrativo* (193 - 208). Ediciones DER.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014a). *Derecho Administrativo Sancionador* (1ª ed.). Thomson Reuters.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014b). Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el Derecho Chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XLII), 399-439.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014c). Los principios y reglas comunes al procedimiento administrativo sancionador. En J. Arancibia Mattar, P. Alarcón Jaña [Coord.], *Sanciones Administrativas* (189-215). Thomson Reuters.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2017). Debido procedimiento administrativo y el derecho a defensa. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema "Corpbanca S.A. con Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras". *Sentencias Destacadas* (14), 67 - 96.
- CORDERO VEGA, Luis (2014). Alcance de la facultad de la Superintendencia del Medio Ambiente de modificar los cargos y sus límites. Informe en Derecho presentado en *Anglo American Sur S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente*, Tribunal Ambiental (R-45-2014).
- CORDERO VEGA, Luis (2020). El derecho administrativo sancionador y los sectores de referencia en el sistema institucional chileno. *Ius et Praxis*, 26 (1), 240-265.

- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2021). El juego del legislador, la administración y el juez. En J. M. Rodríguez, G. Doménech, L. Arroyo [Coord.], *Tratado de Derecho Administrativo* (861-933). Marcial Pons, Madrid.
- DUCE JULIO, Mauricio (2018). Reflexiones sobre el proceso sancionatorio administrativo chileno: debido proceso, estándar de convicción (prueba) y el alcance del sistema recursivo. *Diritto Penale Contemporaneo* (2), 83-101.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José, Buitrón Ramírez, Guadalupe (2021). *El procedimiento administrativo sancionador* (7ª ed., Vol. II). Tirant lo Blanch, Valencia, España.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2011). *Curso de Derecho Administrativo* (15ª ed.). Madrid, España: Civitas.
- GARCÍA MACHMAR, William (2021). *Introducción al procedimiento administrativo sancionador* (1ª ed.). Editorial Hammurabi.
- GARCÍA PINO, Gonzalo, Contreras Vásquez, Pablo, Martínez Placencia, Victoria (2016). *Diccionario Constitucional Chileno* (1ª ed.). Hueders.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa (2021). *Discrecionalidad y potestad administrativa sancionadora* (1ª ed.): Tirant lo Blanch.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel (2012). El derecho a ser informado de la acusación y los cambios introducidos por la Administración en el Procedimiento Administrativo Sancionador. *Revista de Derecho Administrativo* (12), 315 - 321.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco (1997). *Derecho Administrativo Español* (1ª ed., Vol. III). EUNSA, Pamplona, España:
- ISENSEE RIMASSA, Carlos (2016). Debido proceso y su recepción en la Ley N° 19.880: valoración y estándar de prueba en sede administrativa. *Revista de Derecho Público* (84), 85-97.
- MATURANA MIQUEL, Cristian, JARA SCHNETTLER, Jaime (2009). Actas de fiscalización y debido procedimiento administrativo. *Revista de Derecho Administrativo* (3), 1 - 28.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2017). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Boletín Oficial del Estado (Vol. XII). Madrid, España.
- OSORIO VARGAS, Cristóbal (2017). *Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador* (2ª ed.). Thomson Reuters.
- OSORIO VARGAS, Cristóbal (2022). *Derecho Administrativo* (1ª ed., Vol. III). Ediciones DER.
- PALLAVICINI MAGNÈRE, Julio (2021). Una revisión epistemológica de la responsabilidad disciplinaria (1ª ed.). Tirant Lo Blach, Valencia, España.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2016). *Lecciones de Derecho Administrativo* (8ª ed.). Tirant Lo Blach, Valencia, España.
- ROMÁN CORDERO, Cristian (2009). El Debido Procedimiento Administrativo Sancionador. *Revista de Derecho Público* (71), 183 - 214.
- SALINAS BRUZZONE, Carlos (2019). *Análisis crítico de las prerrogativas sancionatorias del Estado* (1ª ed.). Thomson Reuters.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2006). *Tratado de Derecho Constitucional* (Vol. XI). Editorial Jurídica de Chile.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1975). El procedimiento disciplinario sumario en el estatuto administrativo (explicaciones esquemáticas). *Revista de Derecho Público* (17), 117-135.
- TIRADO BARRERA, José (2021). Notas sobre el acto de inicio del procedimiento administrativo sancionador. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* (16), 137-189.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2004). Esquema de los principios del Derecho Administrativo Sancionador. *Revista de Derecho*, 11 (2), 137-147.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2006). *Curso de Derecho Constitucional* (1ª ed.). Ediciones UC.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco, Osorio Vargas, Cristóbal (2016). Los criterios unificadores de la Corte Suprema en el procedimiento administrativo sancionador. *Estudios Constitucionales*, 14 (2), 461-478.

Normativa citada

- Boletín N° 3475-06. Proyecto de ley que establece las bases de los procedimientos administrativos sancionatorios y modifica la Ley N° 19.884, sobre transparencia, límite y control del gasto electoral. 30 de marzo de 2004.

- Constitución Política de Chile [Const]. 17 de septiembre de 2005 (Chile). D.O N° 38.268.
- Código Sanitario [CS]. Decreto N° 725 de 1968 [con fuerza de ley]. 11 de diciembre de 1967 (Chile). D.O. N° 26.956.
- Decreto Ley N° 3.500 de 1980 [Ministerio del Trabajo y Previsión Social]. Establece nuevo sistema de pensiones. 04 de noviembre de 1980. D.O. N° 30.814.
- Decreto N° 1 de 2001 [con fuerza de ley] del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. 13 de diciembre de 2000. D.O. N° 37.113.
- Decreto N° 1 de 2006 [con fuerza de ley] del Ministerio de Salud. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de las Leyes N° 18.933 y N° 18.469. 23 de septiembre de 2005. D.O. N° 38.471.
- Ley N° 16.395 de 1966. Fija el texto refundido de la ley de organización y atribuciones de la Superintendencia de Seguridad Social. 16 de diciembre de 1965. D.O. N° 26.351.
- Ley N° 18.168 de 1982. Ley General de Telecomunicaciones. 15 de septiembre de 1982. D.O. N° 31.368.
- Ley N° 18.410 de 1985. Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. 26 de abril de 1985. D.O N° 32.176.
- Ley N° 18.755 de 1989. Establece normas sobre el Servicio Agrícola y Ganadero, deroga la Ley N° 16.640 y otras disposiciones. 23 de octubre de 1988. D.O. N° 33.266.
- Ley N° 19.880 de 2003. Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. 22 de mayo de 2003. D.O. N° 37.570.
- Ley N° 19.913 de 2003. Crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos. 12 de diciembre de 2003. D.O. N° 37.738.
- Ley N° 19.995 de 2005. Establece las bases generales para la autorización, funcionamiento y fiscalización de Casinos de Juego. 04 de enero de 2005. D.O. N° 38.054.
- Ley N° 20.417 de 2010. Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. 12 de enero de 2010. D.O. N° 39.570.
- Ley N° 20.529 de 2011. Sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización. 11 de agosto de 2011. D.O. N° 40.046.
- Ley N° 20.720 de 2014. Sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la Superintendencia del ramo. 30 de diciembre de 2014. D.O N° 40.752.
- Ley N° 21.000 de 2017. Crea la Comisión para el Mercado Financiero. 10 de febrero de 2016. D.O. N° 41.692.
- Ley N° 21.091 de 2018. Sobre Educación Superior. 11 de mayo de 2018. D.O. N° 42.068.
- Resolución N° 510 de 2013. Aprueba reglamento de sumarios instruidos por la Contraloría General de la República. 10 de octubre de 2013. D.O N° 40.688.

Jurisprudencia citada

- Alejandro Vega con Contraloría General de la República* (2022): Corte Suprema, 10 de enero de 2022 (Rol N° 75777-2021) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Andrés León con Superintendencia del Medio Ambiente* (2018): Corte Suprema, de 10 de abril de 2018 (Rol N° 45556-2017) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Casino de Juegos Temuco S.A. con Superintendencia de Casinos de Juegos* (2018): Corte Suprema, 08 de enero de 2018 (Rol N° 2961-2017), Tercera Sala. [Recurso de Casación en el Fondo].
- Claudio Vega Aguayo con Alejandro Barrera Silva* (2017): Corte de Apelaciones de Concepción, 25 de octubre de 2017 (Rol N° 5601-2017) Tercera Sala. [Recurso de Protección].
- Compañía Minera Zaldívar con Seremi de Salud* (2018): Corte Suprema, 28 de agosto de 2018 (Rol N° 8420-2017) Tercera Sala. [Recurso de Casación en el Fondo].

- Comunidad de Copropietarios Edificio La Hechicera con Fisco* (2009): Corte Suprema, 08 de enero de 2009 (Rol N° 1205-2009). Tercera Sala. [Recurso de Casación en el Fondo].
- Control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, enviado por la Cámara de Diputados y que modifica la Ley N° 4.601, Ley de Caza, a fin de proteger la fauna (1996): Tribunal Constitucional, 26 de agosto de 1996 (Rol N° 244-1996). Pleno. [Control de constitucionalidad].
- Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley sobre transparencia, límite y control del gasto electoral (2003): Tribunal Constitucional, 17 de junio de 2003 (Rol N° 376-2003). Pleno. [Control de constitucionalidad].
- CorpBanca con Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras* (2017): Corte Suprema, 09 de mayo de 2017 (Rol N° 62128-2016). Tercera Sala. [Recurso de Queja].
- Corredores de Bolsa Santander S.A. con Unidad de Análisis Financiero* (2016): Corte Suprema, 05 de mayo de 2016 (Rol N° 5120-2016). Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Corporación de Educación, Salud y Menores con Superintendencia de Educación* (2019): Corte Suprema, 20 de diciembre de 2019 (Rol N° 17400-2019) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Corporación Educacional para el Desarrollo Social y del Conocimiento América* (2019): Corte Suprema, de 02 de septiembre de 2019 (Rol N° 10119-2019) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Corporación de Educación, Salud y Menores con Superintendencia de Educación* (2020): Corte Suprema, 01 de abril de 2020 (Rol N° 21076-2020) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Cooperativa Eléctrica Curicó Limitada con Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2022): Corte Suprema, 21 de enero de 2022 (Rol N° 159-2022). Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ivcher Bronstein Vs. Perú, Caso N° 11.762. Juicio (6 de febrero de 2001).
- Cristian Rosselot con Superintendencia del Medio Ambiente* (2020): Corte Suprema, 06 de marzo de 2020 (Rol N° 12928-2018) Tercera Sala. [Recurso de Casación en el Fondo].
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 14807-2004, de 24 de marzo de 2004.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 17866-2008, de 17 de abril de 2008.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 25736-2017, de 13 de julio de 2017.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 24731-2019, de 12 de septiembre de 2019.
- Directorio Caja de Compensación La Araucana con Superintendencia de Seguridad Social* (2019): Corte Suprema, 12 de marzo de 2019 (Rol N° 20380-2018) Tercera Sala. [Recurso de Queja].
- Emiliano Arias con Jorge Abott* (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de agosto de 2016, Rol N° 97952-2016). Primera Sala. [Recurso de Protección].
- ENAP Refinerías S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2021): Segundo Tribunal Ambiental, 12 de agosto de 2021 (Rol N° 262-2020) [Recurso de Reclamación].
- Farmacia Cruz Verde con Consejo de Defensa del Estado* (2020): Corte Suprema, 14 de febrero de 2020 (Rol N° 11430-2019) Tercera Sala. [Recurso de Casación en el Fondo].
- Forestal Celco con Director Regional de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles del Biobío* (2015): Corte Suprema, 30 de junio de 2015 (Rol N° 4503-2015). Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Grettys Bravo Perea con Superintendencia de Educación* (2015): Corte Suprema, 02 de septiembre de 2015 (Rol N° 7189-2015). Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Hernán Jorquera con Jaime Millar y otro* (2018): Corte Suprema, 19 de febrero de 2018 (Rol N° 40297-2017) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Ingeniería y Construcción Olivares y Utjes SpA contra Superintendencia del Medio Ambiente* (2022): Segundo Tribunal Ambiental, 28 de febrero de 2022 (Rol N° 269-2020). [Recurso de Reclamación].
- Inmobiliaria Macul S.A. contra Superintendencia del Medio Ambiente* (2021): Segundo Tribunal Ambiental, 14 de enero de 2021 (Rol N° 192-2018). [Recurso de Reclamación].

- Instituto de Diagnóstico S.A. con Superintendencia de Salud* (2021): Corte Suprema, 01 de octubre de 2021 (Rol N° 22318-2021) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Jorge Gregorio Pérez Valdés con Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2011): Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de junio 2011 (Rol N° 7718-2010). Segunda Sala. [Recurso de Reclamación].
- Luzparral S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2022): Corte Suprema de 26 de septiembre de 2022 (Rol N° 9229-2022) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- María Isabel Farah Silva con la Superintendencia de Valores y Seguros* (2016): Corte Suprema, 28 de agosto de 2016 (Rol N° 5383-2016). Tercera Sala. [Recurso de Casación en el Fondo y en la Forma].
- Marisol Castro con Fiscal Ramón Rebolledo* (2012): Corte Suprema, de 24 de enero de 2013 (Rol N° 6349-2012). Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Minera Vizcachitas Holding con Dirección General de Aguas* (2022): Corte Suprema de 26 de septiembre de 2022 (Rol N° 131-2022) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Montexchange S.A. con Unidad de Análisis Financiero* (2018): Corte Suprema, 03 de mayo de 2018 (Rol N° 45141-2017) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Pablo Huanca con Municipalidad de Huara* (2021): Corte Suprema, 21 de abril de 2021 (Rol N° 125575-2020) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Paulina Bustos López con Superintendencia de Educación de la Región del Maule* (2015): Corte Suprema, 16 de junio de 2015 (Rol N° 3051-2015). Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Perfil Market Servicios S.A con Subsecretaría de Salud Pública* (2020): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de 02 de junio de 2020 (Rol N° 226-2020) Segunda Sala. [Recurso de Protección].
- Rodrigo Delgado con Francisco Álvarez* (2021): Corte Suprema, 02 de febrero de 2021 (Rol N° 129415-2020) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Iberoamericana de Energía Ibener S. A., respecto de diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles y del artículo 81 N° 1 del DFL N° 1 de 1982 del Ministerio de Minería, en la causa caratulada Iberoamericana de Energía Ibener S. A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles, seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2006): Tribunal Constitucional, 27 de junio de 2006 (Rol N° 480-2006). Pleno. [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Hernán Lacalle Soza y otros respecto del artículo primero transitorio de la Ley N° 20.017 en la causa rol N° 577-2006 que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2006): Tribunal Constitucional, 02 de enero de 2007 (Rol N° 513-2006). Pleno. [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., respecto del inciso segundo del artículo 27 de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones (2007): Tribunal Constitucional, de 05 de julio de 2007 (Rol N° 694 - 2006). Pleno. [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de Diputados sobre la inconstitucionalidad de disposiciones del proyecto de ley contenido en el Boletín N° 3953-04, que introduce modificaciones al Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación, que aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley sobre subvención del Estado a establecimientos educacionales (2007): Tribunal Constitucional, 19 de junio de 2007 (Rol N° 771-2007). Pleno. [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de la Corte Suprema para que el Tribunal Constitucional se pronuncie acerca de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 161 del Código Tributario, en los autos caratulados "Sonia del Carmen Martínez Silva con S.I.I.", Rol N° 5619-2006 (2009): Tribunal Constitucional, 13 de enero de 2009 (Rol N° 1233-2008). Pleno. [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Jaime Eduardo Rosso Baco- vic respecto de los artículos 7°, inciso tercero, 8° N° 5, y 22 N° 3, de la Ley N° 18.175

- (Ley de Quiebras) (2010): Tribunal Constitucional, 16 de noviembre de 2010 (Rol N° 1413-2009). Pleno. [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por José Víctor Aya-la González respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, correspondiente también al artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud (2011): Tribunal Constitucional, 13 de enero de 2011 (Rol N° 1787-2010). Pleno. [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Elizabeth Olguín Suárez respecto del artículo 1° de la Ley N° 19.989, en los autos Rol N° 304-2011 sobre recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta en contra del Fondo Solidario de Crédito Universitario de la Universidad Católica del Norte (2012): Tribunal Constitucional, 05 de junio de 2012 (Rol N° 2066-2011). Pleno. [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por CGE Distribución S.A. respecto del artículo 15, inciso primero, de la Ley N° 18.410, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2013): Tribunal Constitucional, 10 de octubre de 2013 (Rol N° 2264-2012). Pleno. [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Aldo Motta Camp respecto del precepto legal contenido en el inciso segundo del artículo 35 de la Ley N° 19.880, en aquella parte que dispone cuando a la Administración no le consten los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, en los autos caratulados “Motta Camp Aldo con Superintendencia de Valores y Seguros”, sobre reclamo de ilegalidad de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° Civil-4359-2014 (2014): Tribunal Constitucional, 30 de octubre de 2014 (Rol 2682-14). Pleno. [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por BLUE SHELL S.A. respecto de los artículos 163, 166, 167 y 174 del Código Sanitario (2020): Tribunal Constitucional, 21 de diciembre de 2020 (Rol N° 8823-2020). Pleno. [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Constructora Casablanca Limitada respecto de los artículos 166, 171, inciso segundo, y 174, inciso primero, del Código Sanitario (2022): Tribunal Constitucional, 04 de enero de 2022 (Rol N° 9707-2020). Pleno. [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Rochet College S.A con Superintendencia de Educación* (2015): Corte Suprema, de 17.11.2015 (Rol N° 10359-2015). Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Salmones Camanchaca S.A con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017): Tercer Tribunal Ambiental, 20 de abril de 2017 (Rol N° 52-2017). [Recurso de Reclamación].
- Servicio Local de Educación Puerto Cordillera con Superintendencia de Educación* (2022): Corte Suprema, de 27 de enero de 2022 (Rol N° 848-2022) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Sociedad Agrícola El Tranque de Angostura con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017): Corte Suprema, 27 de diciembre de 2017 (Rol N° 18341-2017). Tercera Sala. [Recurso de Casación en el Fondo y en la Forma].
- Sociedad Educacional Gran Bretaña con Superintendencia de Educación* (2015): Corte Suprema, de 31 de agosto de 2015 (Rol N° 7946-2015). Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Solicitud de la Corte de Apelaciones de Talca, para que se emita un pronunciamiento acerca de la eventual inaplicabilidad de los artículos 6, letra B N° 3 y 6; 107 y 161 del Código Tributario, en causa Rol Corte N° 59.648-60.264 (2008): Tribunal Constitucional, 26 de junio de 2008 (Rol N° 725-2007). Pleno. [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Solicitud de la Corte de Apelaciones de Talca, para que se emita un pronunciamiento acerca de la eventual inaplicabilidad de los artículos 6, letra B N° 3 y 6; 107 y 161 del Código Tributario, en causa Rol Corte N° 60.928 y Rol N° 60.025-01 (2008): Tribunal Constitucional, 26 de junio de 2008 (Rol N° 766-2007). Pleno. [Requerimiento de inaplicabilidad].

Talleres Máquina de Escribir Continental con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2018): Corte Suprema, 03 de mayo de 2018 (Rol N° 6298-2018). [Recurso de Apelación].

Unnio Seguros Generales S.A. con Comisión para el Mercado Financiero (2022): Corte Suprema de 28 de junio de 2022 (Rol N° 39557-2021) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].

Universidad La República con Superintendencia de Educación Superior (2022): Corte Suprema de 22 de abril de 2022 (Rol N° 641-2022) Tercera Sala. [Recurso de Queja].

Derecho de opción frente al agotamiento previo y obligatorio de la vía administrativa para ejercer acciones especiales de carácter contencioso administrativo

Right of option in front of the previous and obligatory exhaust of the administrative way to exercise the respective administrative contentious action

Álvaro Quezada Vidal¹

En el presente trabajo se pretende demostrar que la exigencia del agotamiento previo y obligatorio de la vía administrativa antes de ejercer la respectiva acción especial de carácter contencioso administrativa establecida en casos especiales por el legislador debe primar por sobre el derecho de opción consistente en reclamar en sede administrativa o jurisdiccional contra los actos dictados por la Administración del Estado, no siendo aquella exigencia contraria al ejercicio del derecho de acceso a la justicia.

Palabras clave: Artículo 54 de la Ley N° 19.880, agotamiento previo de la vía administrativa, derecho de acceso a la justicia.

In the present work it is intended to demonstrate that the requirement of the previous and obligatory exhaustion of the administrative channel before exercising the respective special action of an administrative contentious nature established in special cases by the legislator must prevail over the right of option consisting in claiming in headquarters administrative or jurisdictional against the acts dictated by the State Administration, not being that requirement contrary to the exercise of the right of access to justice.

Keywords: Article 54 of Law N° 19.880, prior exhaustion of the administrative route, right of access to justice.

RESUMEN / ABSTRACT

¹ Abogado. Licenciado en derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción. Postítulo en Derecho Administrativo General, Universidad de Concepción. Diplomado en Litigación Constitucional y Administrativa, Universidad de los Andes. Magíster en Derecho Administrativo, Universidad de los Andes. Docente de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Las Américas, Sede Concepción. Correo electrónico: alvaro.quezada@edu.udla.cl Dirección postal: Chacabuco 539, Concepción, Chile.

Artículo recibido el 3 de enero de 2022 y aceptado el 7 de julio de 2022.

Introducción

El artículo 54 de la Ley N° 19.880 establece un derecho de opción para el interesado o litigante, según el caso, que pretenda cuestionar un acto administrativo dictado por la Administración del Estado, ya sea impugnándolo en sede administrativa antes de acudir a la jurisdiccional o reclamando directamente ante el tribunal competente llamado a conocer la respectiva acción de carácter contencioso administrativo, teniendo presente, eso sí, que existen contenciosos administrativos especiales que expresamente contemplan la posibilidad de optar, para el caso particular, entre la vía administrativa antes de ejercer la respectiva acción o reclamación de carácter jurisdiccional y el ejercicio directo de esta última.

Ahora bien, al revisar parte de nuestro ordenamiento jurídico administrativo, se pueden apreciar bastantes casos en los cuales se exige agotar en forma previa y obligatoria la vía administrativa a través de la interposición y resolución, ya sea expresa o tácita, de determinados recursos administrativos antes de acudir al tribunal que conocerá la acción o reclamación especial contemplada expresamente por el legislador. Sin embargo, esta situación ha sido criticada por parte de la doctrina, por algunos Ministros del Tribunal Constitucional y especialmente por la Corte Suprema, estableciendo principalmente que aquella exigencia generaría, eventualmente, un impedimento para ejercer el derecho de acceso a la justicia.

Sin embargo, a diferencia de lo anterior, en este trabajo se pretende demostrar que la exigencia del agotamiento previo y obligatorio de la vía administrativa antes de ejercer la respectiva acción especial de carácter contencioso administrativa establecida en casos especiales por el legislador debe primar por sobre el derecho de opción consistente en reclamar en sede administrativa o jurisdiccional contra los actos dictados por la Administración del Estado, no siendo aquella exigencia contraria al ejercicio del derecho de acceso a la justicia.

Para sustentar lo anterior, se tratarán en primer término algunos aspectos del derecho de opción consagrado en el artículo 54 de la Ley N° 19.880 y del agotamiento previo y obligatorio de la vía administrativa para ejercer acciones especiales de carácter contencioso administrativo. Luego, se mencionarán algunas sentencias del Tribunal Constitucional en las que se ha hecho alusión al agotamiento previo y obligatorio de la vía administrativa, indicando el criterio que se ha adoptado en esta materia. A continuación, se consignarán algunas sentencias de la Corte Suprema en virtud de las cuales se puede advertir que ésta se ha inclinado abiertamente por el derecho de opción del artículo 54 de la Ley N° 19.880 en desmedro de la regla contenida en el contencioso administrativo especial que exige expresamente el referido agotamiento previo y obligatorio. Posteriormente, se abordará lo concerniente al efectivo ejercicio del derecho de acceso a la justicia y su vínculo con el agotamiento previo y obligatorio de la vía administrativa, expresando lo que ha sostenido la doctrina al respecto. Finalmente, se establecerán algunas

razones y conclusiones en virtud de las cuales el mencionado agotamiento previo no impide el ejercicio del derecho de acceso a la justicia, existiendo más bien algunos resquemores vinculados al incumplimiento del principio de eficacia que debe observarse en la tramitación y resolución de la respectiva impugnación administrativa, pero que en definitiva se atenúan, provocando que aquel derecho permanezca incólume y reafirmandose así la primacía del agotamiento previo exigido en casos especiales por el legislador en desmedro del derecho de opción.

I.. El derecho de opción consagrado en el artículo 54 de la Ley N° 19.880

1. Aspectos generales

Tal como se hizo presente al iniciar este trabajo, el artículo 54 de la Ley N° 19.880 establece un derecho de opción para el sujeto que pretenda cuestionar un acto administrativo dictado por la Administración del Estado, ya sea optando por reclamar en sede administrativa o directamente por la vía jurisdiccional², sin exigirse un orden de prelación entre los procedimientos y procesos administrativos de impugnación, ni aún el paso previo por los primeros para llegar a los segundos³, situación que se colige principalmente de lo dispuesto en el inciso primero y tercero de aquella disposición.

En este sentido, sobre la base del referido artículo 54, el reclamante tiene el derecho de optar o elegir entre la vía administrativa previa y la vía jurisdiccional directa, constituyendo este derecho la regla general por estar consagrado en una ley de bases y de carácter supletoria a otros procedimientos administrativos especiales establecidos por el legislador, sin perjuicio de la existencia de situaciones en las cuales se contempla expresamente este derecho cuando se pretende reclamar contra un acto administrativo dictado por un determinado órgano de la Administración del Estado⁴.

2. Criterio adoptado por la Corte Suprema y parte de la doctrina nacional

Esta misma idea del derecho de opción subyace en el criterio adoptado por la Corte Suprema y parte de la doctrina nacional. Al respecto, la Corte Suprema afirma que la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos otorga a los administrados un derecho de opción, en virtud del cual este último puede, ante una decisión desfavorable de un órgano de la Administración del Estado, mantenerse en sede administrativa, presentando recursos admi-

² VALDIVIA 2018, 292.

³ FERRADA 2011, 255.

⁴ Al respecto, se puede observar nítidamente el caso contemplado en el artículo 183-K del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2003 y en el inciso décimoctavo del artículo 8 de la Ley N° 20.780, de 2014. Sin perjuicio de lo anterior, se puede colegir la existencia de este derecho, por ejemplo, en el artículo 124, en relación al artículo 123 bis, del Decreto Ley N° 830, de 1974; en el inciso final del artículo 10 de la Ley N° 19.728, de 2001; en el artículo 122, en relación al artículo 121, del Decreto con Fuerza de Ley N° 30, de 2006; en el artículo 51, en relación al artículo 50, de la Ley N° 21.091, de 2018.

nistrativos al interior de la Administración; o ejercer una acción jurisdiccional, directamente ante los tribunales, línea que se ha mantenido uniforme desde el año 2012⁵.

Ahora bien, si revisamos en concreto, nuestro máximo tribunal determinó en la sentencia de fecha 06 de marzo de 2017 la obligación de agotar la vía administrativa en el caso que el administrado opte por ésta, impidiendo en el intertanto ejercer acciones jurisdiccionales que versen sobre la misma pretensión y, a su vez, estableció el impedimento de conocer la impugnación en sede administrativa si se opta por la vía jurisdiccional⁶.

Por su parte, un sector de la doctrina nacional ha señalado que los tribunales de justicia estarán impedidos de conocer un asunto que configure el mismo conflicto si el administrado opta por la interposición del respectivo recurso administrativo⁷, produciéndose la clausura de esta vía⁸, siendo necesario esperar la decisión del órgano de la Administración del Estado antes de recurrir a la vía jurisdiccional para así evitar decisiones contradictorias⁹.

3. Insuficiencia de la interpretación antes consignada

Sobre la base de lo expuesto, se puede sostener que la interpretación que se efectúa por parte de la Corte y de la doctrina citada en materia de agotamiento de la vía administrativa cuando se ha optado por la reclamación en esta última sede es limitada o insuficiente, ya que solo se enfoca en el impedimento que recae en el interesado que no puede ejercer en paralelo la acción jurisdiccional mientras no se resuelva o, en su caso, transcurra el plazo para que se entienda desestimada aquella reclamación, naciendo así el derecho a la interrupción del plazo¹⁰, computándolo de forma íntegra una vez agotada la vía administrativa¹¹ y manteniéndose intacto su derecho de recurrir a un tribunal en caso de no obtener una resolución favorable a sus peticiones ante la autoridad administrativa¹².

Sin embargo, el referido impedimento para ejercer la acción jurisdiccional mientras esté pendiente el reclamo en sede administrativa no considera la posibilidad de que el interesado renuncie a su derecho de haber optado por esta última vía, situación que no está prohibida expresamente en el inciso primero del artículo 54 de la Ley N° 19.880, pero asumiendo, eso sí, la pérdida del derecho a la interrupción del plazo contemplado en el inciso segundo de esta disposición legal.

⁵ VERGARA 2019, 32.

⁶ Montajes del Pacífico S.A. con Secretaría Regional Ministerial II Región (2016), c.6°. En el mismo sentido, Montexchange S.A con Unidad de Análisis Financiero (2017), c.8°.

⁷ PONCE DE LEÓN 2018, 35.

⁸ OSSANDÓN y EJSMENTEWICZ 2016, 250.

⁹ BERMÚDEZ 2014, 229.

¹⁰ VERGARA 2016.

¹¹ VERGARA 2019.

¹² VERGARA 2013.

Además de lo anterior, y de conformidad al inciso tercero del artículo 54 de la Ley N° 19.880, se debe considerar que el ejercicio de aquella acción ante el respectivo tribunal mientras esté pendiente la reclamación administrativa generará que el órgano de la Administración del Estado asuma el deber de inhibirse de resolver o seguir conociendo de esta última¹³, deber que no ha sido impuesto al tribunal ante el cual se ejerza la acción de carácter contencioso administrativa si es que se interpusiera eventualmente una reclamación ante la Administración del Estado.

II. Agotamiento previo y obligatorio de la vía administrativa para ejercer acciones especiales de carácter contencioso administrativo

1. Nociones básicas

El agotamiento previo de la vía administrativa consiste en la necesaria interposición de los recursos que quepan en contra de un determinado acto administrativo¹⁴. También se ha dicho que es el trámite necesario para poder trasladar el reclamo contra la Administración de las instancias internas de ésta a los órganos jurisdiccionales¹⁵.

Con respecto a lo mencionado, se debe considerar que estamos ante una decisión adoptada por un órgano de la Administración del Estado, luego de un procedimiento legalmente tramitado, que será objeto de un recurso administrativo, el cual será eventualmente resuelto en forma expresa o tácita (en este último caso por aplicación de las reglas del silencio administrativo en su faz negativa) para que así el tribunal competente pueda entrar a conocer del asunto una vez ejercida la respectiva acción contencioso administrativa.

En este sentido, se ha sostenido que la interposición del recurso administrativo y el subsecuente agotamiento previo de la vía administrativa que culminará con el acto enjuiciable¹⁶ o decisión que lo resuelve, ya sea expresa o tácitamente, constituiría un aplazamiento para el ejercicio de la respectiva acción contencioso administrativa, además de generarse un riesgo por los breves plazos que se establecen para su ejercicio¹⁷, impidiendo así la obtención inmediata de una tutela jurisdiccional plena efectiva a través de los mecanismos de revisión judicial específicos de los actos administrativo, ya que primero se debe transitar y agotar necesariamente por aquella vía¹⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, hace bastantes años se señalaba que, a través del requisito del agotamiento previo de la vía administrativa, la Adminis-

¹³ CAMACHO 2021, 65.

¹⁴ ROJAS 2021, 3.

¹⁵ RODRÍGUEZ 1999, 21.

¹⁶ AGUILAR 2007, 612.

¹⁷ PEMÁN 1992, 146.

¹⁸ HUAPAYA 2015, 157-158.

tración tendría la posibilidad de revocar o modificar sus propias decisiones¹⁹, lo cual permitiría al interesado plantear y alegar en el recurso administrativo no solo vicios de legalidad para que se modifique, reemplace o deje sin efecto el acto impugnado, sino que aspectos de mérito, oportunidad y conveniencia que son propios de la esfera de actuación de la Administración del Estado. Así, el efecto positivo para el interesado que interpone el recurso administrativo que servirá de base para agotar la vía administrativa consistirá en que, eventualmente, podrá obtener por dicha vía una solución a sus intereses, sin tener que acudir a los tribunales de justicia ejerciendo la acción contencioso administrativa posterior. Pero el efecto negativo será, también eventualmente, que su recurso administrativo sea rechazado, no solo mediante un acto administrativo expreso en el que muchas veces no se efectúa un estudio serio de la cuestión²⁰, sino que a través de la falta de resolución expresa de la Administración²¹ por aplicación del silencio negativo cuando aquel recurso no sea resuelto dentro del plazo previsto por el legislador.

2. Situación que ocurre en el extranjero y a nivel nacional

Ahora bien, en cuanto a la situación que ocurre en el extranjero, podemos encontrar en varios países casos en los cuales se exige en términos generales el agotamiento de la vía administrativa. Así, en el caso argentino, se ha establecido tanto a nivel federal como provincial este requisito para poder impugnar un acto de alcance particular o general²², con un plazo breve para acceder a los tribunales de justicia²³. En el caso peruano, el agotamiento previo se ha recogido a nivel constitucional²⁴. En España, se debe agotar la vía administrativa con carácter previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo, para que así este último sea declarado admisible²⁵.

En Chile, por su parte, tal como se ha mencionado, la regla general es el derecho de opción entre la vía administrativa y la jurisdiccional, siendo la excepción, en consecuencia, el agotamiento de la primera vía para poder ejercer con posterioridad la acción contencioso administrativa establecida previamente por el legislador. En este sentido, el agotamiento previo de la vía administrativa no operaría, por regla general, como condición necesaria de admisibilidad de las pretensiones contencioso administrativas²⁶, sin perjuicio que en ciertos procedimientos jurisdiccionales dicha carga sí es exigible²⁷.

¹⁹ RODRÍGUEZ 1965, 23.

²⁰ PERRINO y De la Riva 2010, 283.

²¹ FERNÁNDEZ 1990, 260.

²² CASSAGNE 2017, 683-684.

²³ ABERASTURY 2010, 73.

²⁴ VEGAS 2012, 85.

²⁵ GARCÍA y FERNÁNDEZ 2020, 549.

²⁶ VALDIVIA 2017, 394.

²⁷ BERMÚDEZ 2014, 229.

3 Agotamiento previo y obligatorio de la vía administrativa en nuestro ordenamiento jurídico

Así, según se colige de lo recientemente expuesto, existen disposiciones legales chilenas que han exigido este requisito²⁸, siendo imperativa la interposición y tramitación en forma íntegra de los recursos administrativos previstos por el legislador, para que así el tribunal competente pueda entrar a conocer la respectiva acción contencioso administrativa, generándose la excepción al derecho de opción del artículo 54 de la Ley N° 19.880. En estos casos, la acción judicial es improcedente si no se ejercieron previamente aquellos recursos administrativos²⁹.

En relación a lo anterior, es sabido y palmario que nuestro ordenamiento jurídico administrativo no está debidamente sistematizado, dificultando muchas veces efectuar un estudio acabado, íntegro y adecuado de aquél. Por ejemplo, en materia de control externo de los actos de la Administración del Estado a través de acciones o reclamaciones especiales, habrá que inmiscuirse en cada sector de referencia de nuestra organización administrativa para tratar de descubrir dichas acciones jurisdiccionales en la multiplicidad de leyes en que están contenidas³⁰, las cuales muchas veces son desplazadas por acciones de carácter general que gozan de una mayor "popularidad" (v.g. acción constitucional de protección). Así, luego de descubrir dichas acciones o reclamaciones especiales, se debe trabajar en identificar los casos en los cuales se exige agotar previamente la vía administrativa que permitan el ejercicio posterior de aquellas acciones, siendo muchas veces dificultosa esta labor debido a lo disgregado y disímil de las normas en las cuales se regulan. Por ejemplo, en materia ambiental, se ha sostenido que la regla general es la exigencia de agotamiento previo de la vía administrativa para poder ejercer con posterioridad las reclamaciones jurisdiccionales ante el Tribunal Ambiental, sin perjuicio que existan acciones que pueden ser ejercidas en forma directa ante este tribunal³¹.

Ahora bien, una vez que se logre identificar en la respectiva norma el agotamiento previo y obligatorio de la vía administrativa, el derecho de opción perdería protagonismo y eficacia en el ordenamiento jurídico administrativo chileno³², considerando además que los casos en los que se visualiza el mencionado agotamiento son muchos, ya sea que aparezca nítidamente en la respectiva norma que lo consagra³³ o que, de su tenor normativo, no sea

²⁸ VALDIVIA 2018, 395.

²⁹ VALDIVIA 2018, 292.

³⁰ CARMONA 2005, 203.

³¹ MÉNDEZ 2018, 169.

³² FERRADA 2011, 257.

³³ Así, se debe indicar que dentro de los contenciosos administrativos especiales que exigen, a lo menos nítidamente, agotar previamente la vía administrativa está el contemplado en el artículo 58 del Decreto con Fuerza de Ley N° 323, de 1931; el artículo 80 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977; el artículo 70 y 71 del Decreto Ley N° 3.538, de 1980, remitiéndose a la primera disposición el artículo 71 del Decreto con Fuerza de Ley N° 251, de 1931, los artículos 35 bis, 78,

tan evidente deducir su procedencia³⁴, invirtiéndose así el derecho de opción en muchas ocasiones³⁵, sosteniéndose incluso que el legislador chileno optó

96, 117 y 118 del Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 1997, y el artículo 41 de la Ley N° 20.345, de 2009, y remitiéndose al Título V de este decreto ley, dentro del cual está el referido artículo 70 y 71, el artículo 15 letra c) de la Ley N° 18.045, de 1981, el artículo 32 de la Ley N° 19.220, de 1993, el artículo 5 de la Ley N° 19.491, de 1997, el artículo 19 del Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 1997, y el artículo 10 de la Ley N° 21.365, de 2021; la primera parte del artículo 137, en relación al artículo 136, del Decreto con Fuerza de Ley N° 1.122, de 1981, teniendo presente que se remiten a estas disposiciones el artículo 172 sexies del mismo cuerpo normativo, y los artículos 7 y 11 de la Ley N° 20.304, de 2008; el inciso duodécimo del artículo 13 A de la Ley N° 18.168, de 1982, considerando que se remite a esta disposición el artículo 9 de esta ley; el artículo 37 de la Ley N° 18.302, de 1984; el inciso sexto del artículo 27 de la Ley N° 18.838, de 1989, remitiéndose a esta disposición el artículo 15 y 30 de la misma ley; el inciso segundo del artículo 69 de la Ley N° 19.253, de 1993, teniendo presente que, de acuerdo a lo manifestado por la Contraloría General de la República en su Dictamen N° 2967, de 2011, la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua constituye un órgano colegiado integrante de la Administración del Estado; el inciso cuarto del artículo 20 de la Ley N° 19.300, de 1994, remitiéndose a esta disposición el artículo 25 quinquies, 29 y 30 bis de la misma ley; el inciso tercero del artículo 3 y el artículo 6 de la Ley N° 19.303, de 1994; el artículo 19 de la Ley N° 19.545, de 1998; el inciso noveno del artículo 21 del artículo tercero del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2000; el artículo 19 de la Ley N° 19.799, de 2002; el inciso final del artículo 183-I, el inciso final del artículo 183-M, el artículo 340 letra f), el inciso segundo del artículo 354 y el inciso final del artículo 512, todos del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2003; el inciso tercero de la letra h) del artículo 55 de la Ley N° 19.995, de 2005; el artículo 108 letra d) del Decreto con Fuerza de Ley N° 1-19.175, de 2005; el inciso final del artículo 113 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, considerando que se remite a esta disposición el artículo 121 N° 11 de la misma norma; el artículo 151 letra d) del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2006, remitiéndose a esta disposición el artículo 92 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1.122, de 1981, el artículo 58 bis del Decreto N° 2.385, de 1996, y el artículo 27 del Decreto N° 58, de 1997; el inciso final del artículo 13 de la Ley N° 20.249, de 2008; el inciso final del artículo 34 y el inciso segundo del artículo 37 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2009, teniendo presente que se remite a la primera disposición el inciso segundo del artículo 36 del mismo cuerpo normativo; el inciso tercero del artículo 11 de la Ley N° 20.378, de 2009; el inciso final del artículo 6 de la Ley N° 20.585, de 2012; el inciso segundo del artículo 270 y el inciso segundo del artículo 341 de la Ley N° 20.720, de 2014; el artículo 54 de la Ley N° 21.070, de 2018, el artículo 45 de la Ley N° 21.302, de 2021.

³⁴ En este sentido, podemos encontrar el artículo 17, en relación al artículo 16, de la Ley N° 18.755, de 1989, considerando que se remiten al procedimiento contemplado en las normas recientemente indicadas el artículo 3 de la Ley N° 18.164, de 1982, y el artículo 13 de la Ley N° 20.380, de 2009; el artículo 38 y la primera parte del artículo 73 de la Ley N° 19.718, de 2001; el artículo 12 y 305 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2003, teniendo presente que se remite a la primera disposición el artículo 26 de la Ley N° 21.109, de 2018; el inciso noveno del artículo 143 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005; el artículo 28 del artículo primero de la Ley N° 20.285, de 2008, remitiéndose a este cuerpo normativo el artículo 31 quáter de la Ley N° 19.300, de 1994, teniendo presente con respecto a esta última situación el alcance efectuado por la Excelentísima Corte Suprema en la causa caratulada *Empresa eléctrica Campiche S.A con Superintendencia del Medio Ambiente* (2016), c.8°; el artículo 85, en relación al artículo 84, de la Ley N° 20.529, de 2011; el artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, de 2012, de conformidad a lo manifestado por la Excelentísima Corte Suprema en la causa caratulada *Stipicic con Director Ejecutivo Servicio Evaluación Ambiental* (2018), c.17°; el inciso final del numeral 7) de la disposición transitoria cuadragésima segunda del Decreto N° 100, de 2005, en el entendido que se considere al Servicio Electoral como un órgano de la Administración del Estado, a lo menos desde un punto de vista funcional (TRICEL Rol N° 24 (2016), c 3°; OSORIO VARGAS, Cristóbal y Gabriel (2017), 19), y sin perjuicio de su limitada vigencia en el tiempo por ser una disposición transitoria.

³⁵ FERRADA 2021, 78.

por la alternativa opuesta, en el sentido de exigir por regla general agotar previamente la vía administrativa al regular diversos procedimientos especiales³⁶, lo cual abre la posibilidad para dudar si es que, en términos cuantitativos, efectivamente constituirían dichos casos la excepción al derecho de opción.

III. Algunos pronunciamientos del tribunal constitucional relacionados con el agotamiento previo de la vía administrativa

1. Posición del Tribunal Constitucional en materia de agotamiento previo de la vía administrativa

Si revisamos parte de la jurisprudencia constitucional relacionada con el agotamiento previo de la vía administrativa exigido para poder ejercer con posterioridad una determinada acción contencioso administrativa, podemos advertir que el Tribunal Constitucional ha conocido de este asunto a través del control de constitucionalidad de un proyecto de ley o por medio de la interposición de requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, siendo transversal, aunque no abundante, la legislación o disposiciones en particular que han sido objeto de análisis.

Además de lo anterior, se puede observar que no ha sido uniforme, tal como suele suceder, la opinión o criterio sobre este tema por parte de los miembros que pertenecen o han pertenecido a este tribunal. Así, en términos generales, y tal como se verá, los que están a favor de la exigencia de la vía administrativa antes de acudir a la vía jurisdiccional aducen que la Constitución no obliga al legislador para que establezca una vía directa de reclamo ante el tribunal competente. Por su parte, los que están en contra de este mecanismo indican que éste constituye un trámite inútil y dilatorio, ya que suspende o prohíbe transitoriamente el derecho a la acción.

2. Casos que ha conocido el Tribunal Constitucional

Sobre la base de lo recientemente expuesto, se puede destacar la siguiente legislación sectorial donde se ha discutido en sede constitucional el tema vinculado al agotamiento previo de la vía administrativa: Ley que regula el cierre de faenas e instalaciones mineras³⁷, Ley sobre otorgamiento y uso de licencias médicas³⁸, Ley que regula el ejercicio de los derechos a residir, permanecer y trasladarse hacia y desde el territorio especial de Isla de Pascua³⁹ y Ley sobre acceso a la información pública⁴⁰.

³⁶ BETANCOURT 2012, 17.

³⁷ Ley N° 20.551, de 2011.

³⁸ Ley N° 20.585, de 2012.

³⁹ Ley N° 21.070, de 2018.

⁴⁰ Ley N° 20.285, de 2008.

a) *Ley que regula el cierre de faenas e instalaciones mineras*

En materia de cierre de faenas e instalaciones mineras, el Tribunal Constitucional estableció en la sentencia de fecha 18 de octubre de 2011 que no existe ninguna norma constitucional que obligue a que el legislador establezca la posibilidad de recurrir directamente a los tribunales de justicia antes de utilizar la vía administrativa⁴¹. En este sentido, se declaró la constitucionalidad del inciso final del artículo 44 del proyecto de ley, haciendo procedente la reclamación jurisdiccional ante la Corte de Apelaciones respectiva contra la resolución que rechazare total o parcialmente la reposición deducida por la empresa minera. Sin embargo, hay que tener presente que el voto disidente señaló que el agotamiento previo de la vía administrativa, como requisito para habilitar la acción procesal, constituye un trámite inútil y dilatorio, ya que no se reexaminan decisiones adoptadas de manera discrecional por órganos subordinados del respectivo órgano de la Administración del Estado, sino que se vuelven a revisar las determinaciones adoptadas por esta misma autoridad [en este caso el director nacional] en ejercicio de potestades regladas que recaen sobre situaciones determinadas, no vislumbrándose que el recurso administrativo pueda tener alguna chance de éxito⁴².

b) *Ley sobre otorgamiento y uso de licencias médicas*

En el área de otorgamiento y uso de licencias médicas, el inciso final del artículo 6 del proyecto de ley establecía que, en contra de la resolución que deniegue la reposición, el profesional afectado podrá reclamar ante la Corte de Apelaciones correspondiente al territorio jurisdiccional de su domicilio. Al respecto, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia de fecha 10 de abril de 2012, declaró la constitucionalidad de esta disposición, principalmente por razones formales (norma sometida a control fue aprobada en ambas cámaras del Congreso Nacional con las mayorías requeridas en la Constitución Política; respecto de aquella norma no se suscitó cuestión de constitucionalidad; y fue oída sobre el particular la Corte Suprema, en cumplimiento de lo dispuesto en la Constitución Política⁴³). Sin embargo, el voto disidente consignó que el recurso administrativo previo no detendría automáticamente la ejecución de la sanción impuesta, la cual puede consumarse mientras esté pendiente la resolución de aquél, tornando inoperante el subsiguiente reclamo que se efectúe ante los tribunales respecto de una sanción agotada en sus efectos y ya cumplida en la práctica⁴⁴.

⁴¹ Sentencia TC Rol N° 2036 (2011), c 20°.

⁴² Sentencia TC Rol N° 2036 (2011), c 4° del voto disidente de los Ministros Marcelo Venegas, Hernán Vodanovic, Enrique Navarro e Iván Aróstica. En el mismo sentido, sentencia TC Rol N° 2181 (2012), c 6° del voto disidente de los Ministros Hernán Vodanovic, Enrique Navarro e Iván Aróstica.

⁴³ Sentencia TC Rol N° 2181 (2012), c 7°.

⁴⁴ Sentencia TC Rol N° 2181 (2012), c 4° del voto disidente de los Ministros Hernán Vodanovic, Enrique Navarro e Iván Aróstica.

c) *Ley que regula el ejercicio de los derechos a residir, permanecer y trasladarse hacia y desde el territorio especial de Isla de Pascua*

En lo concerniente al ejercicio de los derechos a residir, permanecer y trasladarse hacia y desde el territorio especial de Isla de Pascua, al igual que en el proyecto de ley sobre otorgamiento y uso de licencias médicas, el Tribunal Constitucional, a través de la sentencia de fecha 30 de enero de 2018, declaró la constitucionalidad del inciso primero del artículo 54 del proyecto de ley por razones formales, es decir, que la norma sometida a control fue aprobada en ambas cámaras del Congreso Nacional con las mayorías requeridas en la Constitución Política; respecto de aquella norma no se suscitó cuestión de constitucionalidad; y fue oída sobre el particular la Corte Suprema, en cumplimiento de lo dispuesto en la Constitución Política⁴⁵. Esta disposición sometida al control de constitucionalidad establecía que, en caso de rechazo de la impugnación administrativa, se podrá reclamar ante la Corte de Apelaciones competente. Ahora bien, una de las prevenciones efectuadas estableció que todo acto de la Administración del Estado se encuentra sujeto al control de los tribunales y toda persona tiene derecho a acudir ante éstos para impugnar dichos actos, teniendo presente que el agotamiento de la vía administrativa no es requisito previo para poder accionar directamente ante los tribunales de justicia⁴⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que advertir que uno de los votos disidentes de esta sentencia señaló que el deber de entablar obligatoriamente la reclamación administrativa, como requisito previo para acudir a los Tribunales de Justicia cuando se impugnan actos emanados de los órganos de la Administración del Estado, importa suspender o prohibir transitoriamente el ejercicio del derecho a la acción, cuestión que resulta contraria a los artículos 19 N° 3° y 38 de la Constitución⁴⁷.

d) *Ley sobre acceso a la información pública*

Por último, en lo relativo al acceso a la información pública, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia de fecha 28 de enero de 2014, rechazó, por improcedente, declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 28 del artículo primero de la Ley N° 20.285 solicitada por el Servicio de Impuestos Internos, al no ser decisivo el precepto impugnado y no tener una aplicación directa y necesaria en la resolución del litigio⁴⁸. Ahora bien, hay que tener presente que una de las prevenciones efectuadas por algunos Ministros señaló que esta ley establece la obligatoriedad de agotar la vía administrativa para interponer el reclamo de ilegalidad ante la respectiva Corte de Apelaciones, el cual no está concebido para impugnar

⁴⁵ Sentencia TC Rol N° 4274 (2018), c 11°.

⁴⁶ Sentencia TC Rol N° 4274 (2018), c 1° de una de las prevenciones efectuadas por los Ministros Juan Romero, Cristián Letelier y José Vásquez.

⁴⁷ Sentencia TC Rol N° 4274 (2018), c 6° del voto disidente de la Ministra María Brahm.

⁴⁸ Sentencia TC Rol N° 2449 (2013), c 4°.

la decisión del órgano de la Administración del Estado que no respondió a tiempo la solicitud, o que denegó la información, sino que está concebido para reclamar de la decisión del Consejo para la Transparencia⁴⁹.

IV. Interpretación errada y contraproducente en materia de agotamiento previo y obligatorio de la vía administrativa: la corte suprema fallando contra texto expreso de la ley

1. Explicaciones preliminares

Tal como se ha expuesto en este trabajo, el artículo 54 de la Ley N° 19.880 establece un derecho de opción para el sujeto que pretenda cuestionar o impugnar un acto emanado de la Administración del Estado, interponiendo los denominados recursos administrativos antes de acudir a la vía jurisdiccional o ejerciendo derechamente la acción o reclamación contemplada por el legislador para el caso particular, constituyendo, aparentemente, la regla general dentro de nuestro ordenamiento jurídico administrativo, ya que la disposición que lo consagra se sitúa en una norma que se aplica transversal y supletoriamente en relación a procedimientos administrativos que contemplan medios de impugnación o reclamación de carácter especial, tanto en sede administrativa como jurisdiccional, contra los actos administrativos que se dicten por un determinado órgano de la Administración del Estado.

Siguiendo esta línea, se puede colegir que la excepción estaría compuesta por los casos particulares o especiales establecidos por el legislador en los cuales se exige agotar en forma previa y obligatoria la vía administrativa antes de ejercer una determinada acción o reclamación de carácter contencioso administrativa, sin perjuicio de la prevención consignada en su oportunidad, donde perfectamente el referido agotamiento previo, solo en términos cuantitativos, pudiese constituir la regla general, por la gran cantidad de casos en los que se constató su existencia.

2. Algunos casos en los que se ha aplicado preferentemente el derecho de opción en desmedro de la exigencia del agotamiento previo de la vía administrativa

Ahora bien, a pesar de lo recientemente explicado, la Corte Suprema, estando frente a un caso excepcional de acción o reclamación jurisdiccional que exige expresamente el agotamiento previo de la vía administrativa, ha aplicado preferentemente el referido derecho contemplado en el artículo 54 de la Ley N° 19.880, desvirtuando el contencioso administrativo previamente establecido por el legislador.

⁴⁹ Sentencia TC Rol N° 2449 (2013), c 4° de una de las prevenciones efectuadas por los Ministros Hernán Vodanovic, Carlos Carmona y Gonzalo García. En el mismo sentido, sentencia TC rol N° 2895 (2015), c 9° del voto disidente de los Ministros Carlos Carmona y Juan Romero; sentencias TC Rol N° 2997 (2016), Rol N° 6126 (2019), Rol N° 9156 (2020) y Rol N° 9223 (2020), c 17° de los respectivos votos de mayoría.

Al respecto, se puede observar nítidamente esta situación en los contenciosos administrativos especiales seguidos contra actos administrativos dictados por la Superintendencia de Educación y por la Superintendencia de Salud, tal como se verá a continuación.

a) *Contencioso administrativo especial seguido contra la Superintendencia de Educación*

En materia educacional, y ante la disyuntiva en determinar si se está en presencia de un acto administrativo reclamable de conformidad a lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley N° 20.529, la Corte Suprema resolvió en la sentencia de fecha 10 de septiembre de 2018 que la interposición del reclamo administrativo contemplado en el artículo 84 de la Ley N° 20.529 es indispensable para el ejercicio de la acción jurisdiccional establecida en el artículo 85 de la misma ley⁵⁰, criterio que seguiría, correctamente, el camino del agotamiento previo y obligatorio de la vía administrativa. Sin embargo, el tribunal incurrió en contradicciones al momento de fundamentar su sentencia, al establecer en uno de sus considerandos que el derecho a reclamar judicialmente contemplado en el artículo 85 de la Ley N° 20.529 puede ejercerse una vez que se notifica la resolución que desestima el recurso de reclamación administrativo contemplado en el artículo 84 de la misma ley o, en su defecto, aquella que resuelve el recurso de reposición o jerárquico deducidos contra la decisión adoptada por el respectivo Director Regional de la Superintendencia de Educación⁵¹, dejando abierta la posibilidad para que, más adelante, y tal como ha ocurrido, se desvirtuara este contencioso administrativo especial, determinándose en definitiva su procedencia contra actos administrativos que no necesariamente hayan pasado por el filtro de la reclamación administrativa contemplada en el artículo 84 de la Ley N° 20.529.

Posteriormente, la Corte Suprema consignó en la sentencia de fecha 01 de octubre de 2019 que siempre asiste al administrado la posibilidad de acudir a la vía judicial, solicitando a los tribunales de justicia revisar el actuar de los órganos de la administración⁵², soslayando así el recurso de reclamación administrativo contemplado en el artículo 84 de la Ley N° 20.529 al permitir la interposición directa de la reclamación jurisdiccional, sin recorrer la vía administrativa exigida en el artículo 85 de la misma ley, en relación al referido artículo 84, para dar sustento a este contencioso administrativo especial.

Un punto importante que tiene relación con lo expuesto es lo relativo a la naturaleza jurídica sustantiva del acto administrativo contra el cual se interpone tanto la reclamación administrativa como la jurisdiccional. En la primera sentencia consignada, el acto administrativo reclamado se dictó en virtud de un procedimiento de cancelación de matrícula. Por su parte, en la

⁵⁰ *Fundación Educacional Cristo Rey con Superintendencia de Educación* (2017), c 7° y 8°.

⁵¹ *Fundación Educacional Cristo Rey con Superintendencia de Educación* (2017), c 6°.

⁵² *Sociedad Educacional San Francisco SpA con Superintendencia de Educación* (2019), c 5° y 6°. En términos similares, *Congregación Salesiana con Superintendencia de Educación* (2021), c 5° y 6°.

segunda sentencia, el acto administrativo cuestionado se refería al rechazo de una rendición de gastos. Ahora bien, si observamos la estructura de la Ley N° 20.529, los artículos 84 y 85 se ubican en el Párrafo 5° del Título III, esto es, “De las infracciones y sanciones” que puede aplicar la Superintendencia de Educación, lo cual da a entender que la reclamación, tanto administrativa como jurisdiccional, procede contra un acto administrativo de carácter sancionatorio. En el mismo sentido se efectuó una prevención en la sentencia de la Corte Suprema de fecha 21 de enero de 2020, indicándose que el rechazo de una rendición de gastos no es una sanción administrativa, no siendo procedente la reclamación administrativa del artículo 84 de la Ley N° 20.529 ni la jurisdiccional del artículo 85 de la misma ley⁵³.

Por último, la Corte Suprema consignó en la sentencia de fecha 23 de agosto de 2021 que debe primar el derecho al recurso y a la tutela jurisdiccional efectiva del administrado afectado por resoluciones del Superintendente de Educación, a pesar que en la vía administrativa se haya ejercido tanto el recurso de reposición como el jerárquico y que la resolución reclamable no tenía carácter sancionatoria⁵⁴, situación que desvirtúa el contencioso administrativo especial del artículo 85 de la Ley N° 20.529 al desatender no solo el reclamo administrativo previo del artículo 84 de la misma ley, sino que la naturaleza jurídica sustantiva del acto administrativo contra el cual se reclama, al hacerlo extensible a actos que no tienen el carácter de sancionatorios.

b) Contencioso administrativo especial seguido contra la Superintendencia de Salud

En el ámbito de la salud, la Corte Suprema estableció en la sentencia de fecha 08 de febrero de 2017 que, al haber optado el administrado por el agotamiento de la vía administrativa, es el último acto dictado por la Administración, esto es, la resolución que desestimó el recurso jerárquico, el que es reclamable en los términos expuesto en el artículo 113 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005⁵⁵. Sin embargo, el contencioso administrativo contemplado en esta disposición procede contra la resolución que deniegue el recurso de reposición interpuesto en su oportunidad contra las resoluciones o instrucciones que dicte la Superintendencia de Salud. En este sentido, nuestro máximo tribunal estaría permitiendo o propendiendo por la vía jurisdiccional la creación e instauración de una reclamación jurisdiccional contra un acto administrativo distinto al contemplado en su origen, alejándose así del texto expreso del legislador.

⁵³ *Congregación Salesiana con Superintendencia de Educación* (2021), prevención de la Ministra María Eugenia Sandoval.

⁵⁴ *Corporación Educacional Celestin Freinet con Superintendencia de Educación* (2021), c 3° y 4°.

⁵⁵ *Isapre Cruz Blanca S.A. con Superintendencia de Salud* (2016), c 5°. En términos similares, *Isapre Banmedica S.A con Superintendencia de Salud* (2018), c 4°; *Clínica Alemana de Temuco S.A. con Superintendencia de Salud* (2019), c 4.

Por su parte, mediante sentencia de fecha 07 de agosto de 2019, la Corte Suprema determinó que la reclamación administrativa es potestativa, es decir, el administrado se encuentra facultado para ejercerla, no constituyendo una exigencia previa para interponer la acción contencioso administrativa⁵⁶. Reforzando lo anterior, la misma sentencia añadió que el artículo 113 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, utiliza la expresión “podrá” para presentar el respectivo recurso de reposición administrativo⁵⁷. En este punto, cabe señalar que efectivamente se menciona en el inciso primero del referido artículo 113 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, que “podrá” deducirse recurso de reposición en contra de las resoluciones o instrucciones que dicte la Superintendencia de Salud. Sin embargo, el inciso tercero de aquella disposición, pese a que también utiliza la expresión “podrá”, establece expresamente que la reclamación ante la Corte de Apelaciones procederá “en contra de la resolución que deniegue la reposición”.

De conformidad a lo recientemente consignado, se debe indicar que la Corte Suprema yerra en su criterio, independiente que el legislador sea contradictorio en su redacción, ya que el mencionado artículo 113 no le confirió a la Corte de Apelaciones la competencia para pronunciarse sobre la reclamación interpuesta directamente contra las resoluciones o instrucciones de la Superintendencia de Salud, sino que la resolución que deniega la reposición administrativa deducida contra el mismo órgano de la Administración del Estado será el objeto del contencioso administrativo, creando así, tal como se señaló, un contencioso administrativo especial sin que exista una norma constitucional o legal que habilite al tribunal para adoptar aquella decisión.

V. El agotamiento previo de la vía administrativa no impide el ejercicio del derecho de acceso a la justicia

1. Aspectos básicos del derecho de acceso a la justicia

Se ha sostenido doctrinariamente que el proceso contencioso administrativo, al igual que todo asunto sometido al conocimiento de los tribunales de justicia, debe cumplir con ciertas reglas básicas que aseguren al justiciable el ejercicio de ciertos derechos de naturaleza procesal, dentro los cuales está el derecho a acceder a un tribunal⁵⁸.

Relacionado con lo anterior, parte de nuestra doctrina señala que este derecho de acceso a la justicia o a los órganos jurisdiccionales estaría expresamente reconocido en nuestra actual Constitución Política, específicamente en el artículo 19 N° 3 inciso primero⁵⁹.

⁵⁶ *Isapre Vida Tres S.A* (2019), c 3°. En el mismo sentido, *Clínica Santa María SpA con Superintendencia de Salud* (2021), c 5°.

⁵⁷ *Isapre Vida Tres S.A* (2019), c 5°. En el mismo sentido, *Clínica Santa María SpA con Superintendencia de Salud* (2021), c 7°.

⁵⁸ CORDERO VEGA 2015, 616-617.

⁵⁹ SOTO KLOSS 2012, 615.

Es más, se ha sostenido que el mencionado derecho está estrechamente vinculado a algunos principios que son propios de nuestra carta fundamental y que deben ser observados principalmente por parte de los tribunales de justicia, como sería el caso del principio de inexcusabilidad. Así, en el ámbito contencioso administrativo laboral, la Corte Suprema estableció en la sentencia de fecha 18 de abril de 2018 que no debe desatenderse el principio de inexcusabilidad que nuestra Constitución Política de la República consagra en el artículo 76, ya que se privaría al recurrente de su derecho de acceder a la jurisdicción si es que efectivamente se desatendiera aquel principio⁶⁰.

Ahora bien, en cuanto a sus nociones básicas, este derecho consiste no solo en el derecho a la apertura del proceso, sino que, además, en que la ley no establezca óbices excesivos o irrazonables que imposibiliten su acceso⁶¹, posibilitando el ingreso de la acción jurisdiccional al tribunal sin más requisitos de admisibilidad que los imprescindibles para asegurar la igualdad ante la ley⁶².

2. Derecho de acceso a la justicia y su vínculo con el derecho a la acción

Conforme a lo recientemente expuesto, podemos advertir que este derecho de acceso a la justicia está directamente vinculado al derecho a la acción ya que, mediante el ejercicio de este último, podemos tener la posibilidad de acceder al tribunal que conocerá de ésta, vulnerándose este derecho fundamental ante el establecimiento de la obligatoriedad de la vía previa en sede administrativa⁶³ por parte del legislador, limitando el ejercicio de aquel derecho⁶⁴, y cuya inobservancia de agotar dicha vía puede ser considerada como una omisión a un presupuesto procesal o, en su caso, como un elemento que determina la carencia de la legitimación activa⁶⁵.

Así, con respecto a la primera inobservancia del agotamiento previo de la vía administrativa considerada como una omisión a un presupuesto procesal, se ha señalado que en caso de no realizarse la reclamación previa, el administrado puede subsanar este defecto realizando la presentación pertinente si es que efectivamente se acoge la excepción opuesta ante la omisión del reclamo previo en sede administrativa⁶⁶. Dicho de otro modo, se colige que el órgano de la Administración del Estado, al momento de contestar la reclamación jurisdiccional, generalmente a través de un informe, opondría una excepción de forma o dilatoria para que el administrado subsane el vicio

⁶⁰ *Tecnoglobal S.A. (Dirección del Trabajo)* (2018), c 4°. Cabe tener presente que existen otras sentencias que se pronuncian en el mismo sentido, como sería en el caso de *Iberoamerican Radio Holdings Chile S.A.* (2018), *Canaval Larenas Henry William* (2019) o *Polifusión S.A. (Dirección Nacional del Trabajo)* (2021), entre otras.

⁶¹ CARRASCO 2018, 528.

⁶² ARÓSTICA 2008, 91.

⁶³ BORDALÍ y FERRADA 2008, 169.

⁶⁴ ORTÍZ 2001, 246.

⁶⁵ ROMERO 2014, 385.

⁶⁶ ROMERO 2014, 385.

consistente en no haber agotado la vía administrativa para acceder a la vía jurisdiccional; aunque en la práctica esto no debiese ocurrir, ya que el órgano opondrá sus excepciones y defensas pretendiendo que el tribunal declare en la sentencia definitiva este vicio, evitando que el administrado tenga la posibilidad de subsanar su omisión. Y esta última idea subyace en algunos procesos jurisdiccionales, como sería el caso del reclamo de ilegalidad municipal, ya que no existe una etapa previa en la cual se resuelvan las cuestiones formales, sino que son resueltas con las de fondo en la sentencia definitiva⁶⁷, teniendo presente, además, que difícilmente esta omisión podrá ser subsanada, ya que los plazos para interponer los respectivos recursos administrativos, cuando se pretenda hacerlo, probablemente ya estarán vencidos.

Por su parte, en lo concerniente a la segunda inobservancia mencionada, es decir, que la falta de agotamiento previo se considere como un elemento que determina la carencia de legitimación activa, se busca evitar la proliferación de reclamos judiciales posteriores por parte de personas que no han agotado la vía administrativa previa⁶⁸, aplicándose esta situación, por ejemplo, en materia de evaluación ambiental para resolver el asunto⁶⁹, lo cual incentiva la interposición de los recursos administrativos por parte del mismo sujeto que ejercerá con posterioridad la acción especial de carácter contencioso administrativa con el objeto de que exista una continuidad y congruencia entre la pretensión formulada en sede jurisdiccional y aquella hecha valer ante la Administración del Estado⁷⁰.

3 Rechazo y aceptación del agotamiento previo de la vía administrativa a la luz del derecho de acceso a la justicia

Sin perjuicio de lo expuesto hasta ahora, podemos encontrar a nivel de doctrina posturas que propenden al rechazo de esta exigencia debido a que vulneraría el ejercicio del derecho de acceso a la justicia; y, por otra parte, encontramos quienes la aceptan, especialmente cuando se establece en términos razonables.

Dentro de quienes rechazan el agotamiento previo podemos encontrar autores tanto a nivel nacional como extranjero. En Chile, se ha sostenido que el agotamiento previo de la vía administrativa estaría dentro de varias figuras que acusan un designio legal obstructivo⁷¹, resultando inaceptable que el legislador obligue a los ciudadanos a remitir forzosamente sus impugnaciones ante la misma autoridad administrativa antes de llegar a los tribunales de justicia⁷², situación que ha sido destacada por el Tribunal Constitucional al ratificar que no debe establecerse trabas para acceder a la justicia, impugnando las actua-

⁶⁷ HUNTER 2020, 16.

⁶⁸ ROMERO 2014, 386-387.

⁶⁹ CARRASCO 2016, 292.

⁷⁰ *Herman y otros con Ministerio del Medio Ambiente* (2017), c 14°.

⁷¹ ARÓSTICA 2017, 22.

⁷² ARÓSTICA 2008, 98.

ciones de los diversos órganos administrativos⁷³. En el extranjero, y de conformidad al criterio adoptado por la doctrina moderna administrativa, el agotamiento de la vía administrativa puede considerarse como un formalismo que entraba el acceso a la justicia⁷⁴, exigiéndose incluso la eliminación o relativización de este principal requisito de admisibilidad de la pretensión procesal⁷⁵.

Por otra parte, dentro de quienes estiman que el agotamiento previo es perfectamente conciliable con el efectivo acceso a la justicia, podemos encontrar posturas que explican lo que ocurre a nivel nacional y extranjero. En Chile, se ha puesto énfasis en el efecto "filtro" que tiene una vía administrativa, ya que la reclamación debe pasar primero por el conocimiento técnico, apto y experto de los órganos sectoriales administrativos antes de acudir a un órgano jurisdiccional, no necesariamente especializado⁷⁶. En cuanto a lo que sucede en el exterior, se ha dicho que el agotamiento de la vía administrativa se halla razonablemente reglamentado, tiene tantas excepciones que se convierte en una excepción más que en la regla y está contrapesado por garantías para el particular⁷⁷, lo cual no implica o invalida la posibilidad de que exista una modulación razonable del acceso a la justicia⁷⁸.

4. El establecimiento del agotamiento previo de la vía administrativa no impide el ejercicio del derecho de acceso a la justicia

Sobre la base de lo expuesto, y a diferencia de la postura sostenida por quienes consideran que el agotamiento previo de la vía administrativa vulnera el efectivo acceso a la justicia, se debe señalar que ni la actual Constitución Política ni el legislador impiden en forma explícita que el justiciable pueda acceder a un tribunal de justicia con el objeto de ejercer con posterioridad la acción o reclamación especial de carácter contencioso administrativa en los términos previstos para cada caso en particular ya que, apenas se dicta y comunica el acto administrativo, el afectado dispone, en esa oportunidad, de todos los medios para impugnarlo, pudiendo reclamar tanto por la vía administrativa como por la vía jurisdiccional, garantizándose en todo momento la tutela judicial y el derecho de ejercer la respectiva acción ante los tribunales de justicia⁷⁹. Por el contrario, si el constituyente o el legislador impidieran el ejercicio posterior de una acción o reclamación en sede jurisdiccional, ahí estaríamos alejándonos de los derechos de naturaleza procesal que sustentan el contencioso administrativo, dentro de los cuales está, tal como señalamos, el derecho de acceso a la justicia.

⁷³ NAVARRO 2011, 25.

⁷⁴ FARÍA VILLARREAL 2009, 51.

⁷⁵ CASSAGNE 2005, 95.

⁷⁶ OSSANDÓN y EJSMENTEWICZ 2016, 248.

⁷⁷ MONTI 2013, 325.

⁷⁸ CORVALÁN 2012, 1155.

⁷⁹ BETANCOURT 2012, 13.

Ahora bien, se puede advertir que los resquemores que envuelven al agotamiento previo de la vía administrativa dicen relación más bien con la eficacia que conlleva la interposición de los recursos administrativos exigidos antes de acudir a la vía jurisdiccional y no por la falta de acceso posterior a la justicia, lo cual se podrá materializar más adelante mediante el ejercicio de la acción contencioso administrativa en el caso que la decisión del órgano de la Administración del Estado sea adversa.

Así, la mencionada falta de eficacia podría observarse con mayor nitidez cuando los recursos administrativos interpuestos son rechazados por aplicación del silencio negativo, lo cual evidenciaría la falta de revisión de aquellos recursos por parte de la Administración del Estado, socavando, según se ha sostenido, los estándares de sencillez, rapidez, efectividad, idoneidad y utilidad que debiese guiar la tramitación y resolución de la impugnación administrativa⁸⁰. Además, esta falta de eficacia, iniciativa o desdén en la tramitación de la impugnación administrativa obligatoria por parte del órgano de la Administración del Estado ante el cual se presenta podría generar en paralelo que el mismo órgano ejerza su potestad de autotutela ejecutiva, es decir, que pueda hacer uso de su propia coacción sin recabar el apoyo o auxilio jurisdiccional para hacer cumplir lo resuelto en el acto administrativo reclamado⁸¹, considerando que éste obliga a su inmediato cumplimiento aunque otro sujeto discrepe sobre su legalidad, lo cual es manifestación de la presunción o ficción de legalidad y del ejercicio de la potestad de autotutela en su vertiente declarativa⁸². Por último, se ha dicho que el conocimiento y resolución de la impugnación administrativa por parte del mismo órgano que dictó el acto administrativo cuestionado implicaría una falta de independencia, imparcialidad y objetividad, ya que será la propia Administración del Estado quien la resolverá⁸³.

Sin embargo, se ha sostenido que aquella potestad de autotutela ejecutiva, que aparentemente tendría reconocimiento general en el inciso final del artículo 3 de la Ley N° 19.880, solo se aplicaría en los casos expresamente establecidos por el legislador⁸⁴. Además, el interesado que debe agotar necesariamente la vía administrativa cuenta, en el caso que no se regule en particular, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley N° 19.880, con el derecho de solicitar en esta sede la suspensión del acto impugnado cuando su cumplimiento pudiere causar daño irreparable o hacer imposible el cumplimiento de lo que se resolviera, en caso de acogerse el recurso, teniendo presente que la autoridad llamada a resolver el recurso debe observar varios principios que permitan al interesado confiar en la Administración del Estado (v.gr. celeridad, imparcialidad, entre otros). Es más, el referido inciso

⁸⁰ CORVALÁN 2012, 1159.

⁸¹ GARCÍA y FERNÁNDEZ 2020, 560.

⁸² GARCÍA y FERNÁNDEZ 2020, 557.

⁸³ PONCE DE LEÓN 2018, 54.

⁸⁴ ENTEICHE 2014, 177-178.

final del artículo 3 de la misma ley posibilita al interesado para que se decrete en su favor una orden de suspensión, tanto en sede administrativa como jurisdiccional, permitiendo contrarrestar la potencialidad imperativa de la actuación administrativa⁸⁵ y reforzando el ejercicio del derecho de acceso a la justicia, el cual se enmarca dentro de la tutela judicial efectiva⁸⁶ que pretende el justiciable, soslayando así los resquemores señalados.

Conclusiones

1. En este trabajo se pudo constatar que existe una postura mayoritaria que defiende el derecho del reclamante de optar entre el ejercicio directo de la respectiva acción de carácter contencioso-administrativo ante el tribunal competente y la impugnación en sede administrativa antes de acudir a la jurisdiccional cuando se pretende cuestionar un determinado acto emanado de un órgano de la Administración del Estado. En otras palabras, se repudia que el legislador exija agotar en forma previa y obligatoria la vía administrativa antes de acudir ante los tribunales de justicia con el objeto de ejercer la respectiva acción o reclamación especial de carácter jurisdiccional, propendiéndose, por ende, el pleno ejercicio del derecho de acceso a la justicia.

2. Siguiendo esta línea, algunas posturas de los Ministros del Tribunal Constitucional y con mayor energía la Corte Suprema prefieren aplicar el derecho de opción contemplado en el artículo 54 de la Ley N° 19.880 en desmedro de la normativa específica que contempla en forma excepcional el agotamiento previo y obligatorio de la vía administrativa, creando por la vía jurisprudencial, incluso contra texto expreso, un contencioso administrativo que debiese ser regulado por el legislador.

3. Sin embargo, no debe considerarse que vulnera el mencionado derecho de acceso a la justicia la sola circunstancia de establecerse por parte del legislador el agotamiento previo y obligatorio de la vía administrativa antes de ejercer la respectiva acción especial de carácter contencioso administrativo, debiendo primar, por su especialidad, frente al referido derecho de opción. Así, la vulneración al ejercicio de aquel derecho fundamental se produciría, por ejemplo, si el constituyente o el legislador impidieran o no contemplaran el ejercicio posterior de una acción o reclamación en sede jurisdiccional, situación que no ocurre en los casos consignados en este trabajo.

4. Ahora bien, tal como se mencionó, los resquemores que envuelven al agotamiento previo y obligatorio de la vía administrativa se vinculan con el incumplimiento del principio de eficacia que debe observarse por parte del órgano de la Administración del Estado en la tramitación y resolución de la impugnación administrativa exigida por el legislador y que antecede a la vía jurisdiccional, lo cual puede generar, eventualmente, el rechazo de ésta por aplicación del silencio negativo. Además de lo anterior, y en paralelo, el

⁸⁵ FERRADA y SAGREDO 2015, 344.

⁸⁶ BORDALÍ 2011, 330. En el mismo sentido, GARCÍA y CONTRERAS 2013, 247.

órgano podría ejercer su potestad de autotutela ejecutiva para hacer cumplir el acto administrativo contra el cual se reclama. Por último, se alega una falta de independencia, imparcialidad y objetividad ya que, probablemente, será el mismo órgano que dictó el acto administrativo cuestionado quien conocerá y resolverá la impugnación administrativa obligatoria.

5. Sin embargo, aquellos resquemores se atenúan y el derecho de acceso a la justicia cuestionado por la exigencia del agotamiento previo y obligatorio de la vía administrativa permanece incólume, al establecerse por parte de la doctrina que la autotutela ejecutiva es excepcional en el derecho administrativo chileno; que la autoridad administrativa debe observar principios que evitan el desdén en la tramitación de la impugnación administrativa; y que existe la posibilidad de suspender los efectos del acto administrativo, tanto en sede administrativa como jurisdiccional, potenciando así el derecho a la tutela jurisdiccional que pretende hacer efectivo el justiciable en el proceso contencioso administrativo.

Bibliografía citada

- ABERASTURY, P. (2010). El agotamiento de la vía administrativa y el plazo de caducidad. *Revista AÍDA-Ópera prima de Derecho Administrativo* (12), 65-96.
- AGUILAR VALDEZ, O. (2007). El agotamiento de la vía administrativa. En J. CASSAGNE [Dir.], *Tratado de Derecho Procesal Administrativo Tomo I* (pp. 605-659). La Ley.
- ARÓSTICA MALDONADO, I. (2008). Los contenciosos administrativos especiales en la legislación chilena. Una visión crítica a la luz de la Constitución. *Revista Ius Publicum* (20), 85-103.
- ARÓSTICA MALDONADO, I. (2017). Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. *Revista del Centro de Justicia Constitucional* (11), 13-34.
- BERMÚDEZ SOTO, J. (2014). *Derecho Administrativo General*. Legal Publishing.
- BETANCOURT SOLAR, R. (2012). El agotamiento de la vía administrativa previa en el derecho chileno: el artículo 54 de la Ley N° 19.880 y el régimen en los procedimientos especiales. *Revista de Derecho Administrativo* (6), 1-26.
- BORDALÍ SALAMANCA, A. y FERRADA BÓRQUEZ, J. (2008). *Estudios de Justicia Administrativa*. Legal Publishing.
- BORDALÍ SALAMANCA, A. (2011). Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial. *Revista Chilena de Derecho, volumen 38* (2), 311-337.
- CAMACHO CEPEDA, G. (2021). Un examen con enfoque garantista de los recursos administrativos. *Revista de Derecho Público* (91), 51-68.
- CARMONA SANTANDER, C. (2005). El contencioso administrativo entre 1990-2003. En J. Ferrada Bórquez [Coord.], *La justicia administrativa* (pp. 183-240). Editorial LexisNexis.
- CARRASCO QUIROGA, E. (2016). Tres años de jurisprudencia desde la creación de los Tribunales Ambientales (2013-2015). *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales* (1), 283-315.
- CARRASCO POBLETE, J. (2018). La inadmisibilidad como forma de invalidez de las actuaciones de parte y de terceros técnicos en el Código de Procedimiento Civil. *Revista Ius et Praxis, año 24* (1), 497-552.
- CASSAGNE, J. (2005). La justicia administrativa en Iberoamérica. *Revista Iuris Dictio, volumen 6* (9), 91-103.
- CASSAGNE, J. (2017). *Derecho Administrativo Tomo II*. Palestra Editores.
- CORDERO VEGA, L. (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Legal Publishing.
- CORVALÁN, J. (2012). Agotamiento de la vía administrativa vs. tutela judicial efectiva (hacia una modulación razonable del acceso a la justicia). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLV* (135), 1111-1165.

- ENTEICHE ROSALES, N. (2014). La excepcional autotutela ejecutiva de los actos administrativos en Chile. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, volumen 21 (2), 137-182.
- FARIA VILLARREAL, I. (2009). Agotamiento opcional de la vía administrativa en Venezuela. *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, volumen III (1), 43-68.
- FERNÁNDEZ PASTRANA, J. (1990). Orientación antiformalista de la jurisprudencia en el agotamiento de la vía administrativa previa. *Revista de Administración Pública* (121), 259-267.
- FERRADA BÓRQUEZ, J. (2011). Los procesos administrativos en el derecho chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, volumen XXXVI (1), 251-277.
- FERRADA BÓRQUEZ, J. y SAGREDO REYMAN, P. (2015). La tutela cautelar en la justicia administrativa chilena: Fundamentos, regulación, limitaciones y desafíos. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, volumen XLIV (1), 337-367.
- FERRADA BÓRQUEZ, J. (2021). *Justicia administrativa*. DER Ediciones.
- GARCÍA PINO, G. y CONTRERAS VÁSQUEZ, P. (2013). El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 11 (2), 229-282.
- GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. (2020). *Curso de Derecho Administrativo II*. Aranzadi.
- HUAPAYA TAPIA, R. (2015). El derecho constitucional al debido procedimiento administrativo en la ley del procedimiento administrativo general de la República del Perú. *Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba*, volumen 2 (1), 137-165.
- HUNTER AMPUERO, I. Iván (2020). Relaciones entre procedimiento administrativo y proceso jurisdiccional en el reclamo de ilegalidad municipal. *Revista de Derecho (Coquimbo. En línea)*, volumen 27, e4376.
- MÉNDEZ ORTIZ, P. (2018). ¿Acción general de reclamación ambiental?. *Revista de Derecho Ambiental*, año VI (9), 162-185.
- MONTI, L. (2013). Agotamiento de la vía administrativa y tutela judicial efectiva. En E. Alonso Regueira [Dir.], *Estudios de Derecho Público* (pp. 317-325). Asociación de docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires.
- NAVARRO BELTRÁN, E. (2011). El debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En J. Arancibia Mattar, J. Martínez Estay y A. Romero Seguel [Coord.], *Litigación pública* (pp. 11-36). Legal Publishing.
- ORTÍZ-ORTÍZ, R. (2001). La inconstitucionalidad del agotamiento de la vía administrativa como condición del acceso a la justicia. En F. Parra Aranguren y A. Rodríguez García [Ed.], *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, con ocasión del Vigésimo Aniversario del Curso de Especialización en Derecho Administrativo II* (pp. 209-265). Tribunal Supremo de Justicia.
- OSORIO VARGAS, C. y OSORIO VARGAS, G. (2017). Sobre la autonomía constitucional del Servicio Electoral y el control judicial del Tribunal Calificador de Elecciones. *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado* (9), 13-29.
- OSSANDÓN ROSALES, J. y Ejsmentewicz Cáceres, D. (2016). La judicialización del riesgo. Comentarios a la sentencia del Tribunal Ambiental de Santiago en el Caso Río Cuervo. *Revista de Derecho Ambiental*, año IV (6), 240-256.
- PEMÁN GAVIN, J. (1992). Vía administrativa previa y derecho a la tutela judicial (A propósito de la sentencia de la Corte Constitucional italiana de 11 de enero de 1991, N° 15). *Revista de Administración Pública* (127), 145-169.
- PERRINO, P. y DE LA RIVA, I. (2010). Las vías previas administrativas para el acceso a la jurisdicción Contencioso Administrativa en el Derecho Argentino. *Revista de Derecho Administrativo* (9), 265-284.
- PONCE DE LEÓN SALUCCI, S. (2018). *Jurisdicción contencioso-administrativa. El control de la administración por los tribunales ordinarios y especiales. Procedimientos aplicables*. DER Ediciones.
- ROJAS ORTEGA, A. (2021). El Agotamiento de la Vía Administrativa en el Derecho Administrativo Moderno. *Revista IUS Doctrina*, volumen 14 (1), 1-32.

- RODRÍGUEZ ELIZONDO, J. (1965). Reflexiones sobre el contencioso-administrativo. *Revista de Derecho Público* (4), 22-25.
- RODRÍGUEZ ALVARADO, E. (1999). El agotamiento de la vía administrativa. *Revista Jurídica de Seguridad Social* (9), 21-25.
- ROMERO SEGUEL, A. (2014). Proceso civil y prejudicialidad administrativa. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, volumen 21* (2), 377-400.
- SOTO KLOSS, E. (2012). *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*. Abeledo Perrot, Legal Publishing-Thomson Reuters.
- VALDIVIA OLIVARES, J. (2017). Reflexiones sobre las acciones en Derecho Administrativo. En A. Shopf Olea y J. Marín González [Ed.], *Lo público y lo privado en el derecho Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie* (pp. 349-431). Legal Publishing.
- VALDIVIA OLIVARES, J. (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Tirant lo Blanch.
- VEGAS GUERRERO, C. (2012). Apuntes para la protección de los derechos ciudadanos a través del Proceso Contencioso Administrativo: el agotamiento de la vía previa. *Revista de Derecho Administrativo* (11), 75-85.
- VERGARA BLANCO, A. (2013). Recursos administrativos previos e "interrupción" del plazo para recursos jurisdiccionales. <https://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/13661-profesor-alejandro-vergara-recursos-administrativos-previos-e-interrupcion-del-plazo-para-recursos-jurisdiccionales>.
- VERGARA BLANCO, A. (2016). Agotamiento de la vía administrativa e interrupción del plazo para interponer recursos jurisdiccionales. <https://derecho.uc.cl/cn/noticias/derecho-uc-en-los-medios/16777-profesor-alejandro-vergara-agotamiento-de-la-via-administrativa-e-interrupcion-del-plazo-para-interponer-recursos-jurisdiccionales>.
- VERGARA BLANCO, A. (2019). Derecho del administrado al agotamiento de la vía administrativa. Análisis jurisprudencial. <https://derecho.uc.cl/cn/noticias/derecho-uc-en-los-medios/22956-profesor-alejandro-vergara-derecho-del-administrado-al-agotamiento-de-la-via-administrativa-analisis-jurisprudencial>.
- VERGARA BLANCO, A. (2019). El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema: Líneas y vacilaciones. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (28), 5-175.

Normativa citada

- Constitución Política de la República de Chile [Const.]. 17 de septiembre de 2005 (Chile).
- Ley N° 18.045 de 1981. Ley de mercado de valores. 21 de octubre de 1981. D.O. No. 31.096.
- Ley N° 18.046 de 1981. Ley sobre sociedades anónimas. 21 de octubre de 1981. D.O. No. 31.096.
- Ley N° 18.164 de 1982. Introduce modificaciones a la legislación aduanera. 07 de septiembre de 1982. D.O. No. 31.370.
- Ley N° 18.168 de 1982. Ley general de telecomunicaciones. 15 de septiembre de 1982. D.O. No. 31.382.
- Ley N° 18.302 de 1984. Ley de seguridad nuclear. 16 de abril de 1984. D.O. No. 31.860.
- Ley N° 18.755, de 1989. Establece normas sobre el Servicio Agrícola y Ganadero, deroga la Ley N° 16.640 y otras disposiciones. 23 de octubre de 1988. D.O. No. 33.266.
- Ley N° 18.838 de 1989. Crea el Consejo Nacional de Televisión. 29 de septiembre de 1989. D.O. No. 33.485.
- Ley N° 19.220 de 1993. Regula establecimiento de bolsas de productos agropecuarios. 10 de mayo de 1992. D.O. No. 34.578.
- Ley N° 19.253 de 1993. Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. 28 de septiembre de 1993. D.O. No. 34.683.
- Ley N° 19.300 de 1994. Aprueba ley sobre bases generales del medio ambiente. 01 de marzo de 1994. D.O. No. 34.810.
- Ley N° 19.303 de 1994. Establece obligaciones a entidades que indica, en materia de seguridad de las personas. 29 de marzo de 1994. D.O. No. 34.838.

- Ley N° 19.491 de 1997. Regula funcionamiento de administradoras de recursos financieros de terceros destinados a la adquisición de bienes. 17 de enero de 1997. D.O. No. 35.678.
- Ley N° 19.545 de 1998. Crea un sistema de certificación oficial de conformidad de exportaciones. 31 de diciembre de 1997. D.O. No. 35.986.
- Ley N° 19.718, de 2001. Crea la Defensoría Penal Pública. 27 de febrero de 2001. D.O. No. 36.909.
- Ley N° 19.728 de 2001. Establece un seguro de desempleo. 30 de abril de 2001. D.O. No. 36.961.
- Ley N° 19.799 de 2002. Sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma. 25 de marzo de 2002. D.O. No. 37.233.
- Ley N° 19.880 de 2003. Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. 22 de mayo de 2003. D.O. No. 37.570.
- Ley N° 19.995 de 2005. Establece las bases generales para la autorización, funcionamiento y fiscalización de casinos de juego. 04 de enero de 2005. D.O. No. 38.054.
- Ley N° 20.249 de 2008. Crea el espacio costero marino de los pueblos originarios. 31 de enero de 2008. D.O. No. 38.989.
- Ley N° 20.285 de 2008. Sobre acceso a la información pública. 11 de agosto de 2008. D.O. No. 39.142.
- Ley N° 20.304 de 2008. Sobre operación de embalses frente a alertas y emergencias de crecidas y otras medidas que indica. 22 de octubre de 2008. D.O. No. 39.236.
- Ley N° 20.345 de 2009. Sobre sistemas de compensación y liquidación de instrumentos financieros. 14 de mayo de 2009. D.O. No. 39.380.
- Ley N° 20.378 de 2009. Crea un subsidio nacional para el transporte público remunerado de pasajeros. 01 de septiembre de 2009. D.O. No. 39.455.
- Ley N° 20.380 de 2009. Sobre protección de animales. 11 de septiembre de 2009. D.O. No. 39.477.
- Ley N° 20.529 de 2011. Sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización. 11 de agosto de 2011. D.O. No. 40.046.
- Ley N° 20.551 de 2011. Regula e cierre de faenas e instalaciones mineras. 28 de octubre de 2011. D.O. No. 40.107.
- Ley N° 20.585 de 2012. Sobre otorgamiento y uso de licencias médicas. 26 de abril de 2012. D.O. No. 40.259.
- Ley N° 20.600 de 2012. Crea los Tribunales Ambientales. 18 de junio de 2012. D.O. No. 40.299.
- Ley N° 20.720 de 2014. Sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la Superintendencia del ramo. 30 de diciembre de 2013. D.O. No. 40.752.
- Ley N° 20.780 de 2014. Reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario. 26 de septiembre de 2014. D.O. No. 40.969.
- Ley N° 21.070 de 2018. Regula el ejercicio de los derechos a residir, permanecer y trasladarse hacia y desde el territorio especial de Isla de Pascua. 07 de marzo de 2018. D.O. No. 42.015.
- Ley N° 21.091 de 2018. Sobre educación superior. 11 de mayo de 2018. D.O. No. 42.068.
- Ley N° 21.109 de 2018. Establece un estatuto de los asistentes de la educación pública. 24 de septiembre de 2018. D.O. No. 42.170.
- Ley N° 21.302 de 2021. Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia y modifica normas legales que indica. 22 de diciembre de 2020. D.O. No. 42.846.
- Ley N° 21.365 de 2021. Regula las tasas de intercambio de tarjetas de pago. 27 de julio de 2021. D.O. No. 43.021.
- Código Tributario [CT]. Decreto Ley N° 830 de 1974. 27 de diciembre de 1974 (Chile).

- Código de Aguas [CdA]. Decreto con Fuerza de Ley N° 1.122 de 1981. 13 de agosto de 1981 (Chile).
- Código del Trabajo [CdT]. Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2003. 31 de julio de 2002 (Chile).
- Decreto Ley N° 1.939 de 1977. Normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado. 05 de octubre de 1977. D.O. No. 29.908.
- Decreto Ley N° 3.472 de 1980. Crea el Fondo de Garantía para Pequeños Empresarios. 25 de agosto de 1980. D.O. No. 30.756.
- Decreto Ley N° 3.538 de 1980. Crea la Comisión para el Mercado Financiero. 09 de diciembre de 1980. D.O. No. 30.847.
- Decreto N° 251 de 1931 [con fuerza de ley]. Compañías de seguros, sociedades anónimas y bolsas de comercio. 20 de mayo de 1931. D.O. No. 15.977.
- Decreto N° 323 de 1931 [con fuerza de ley]. Ley de Servicios de Gas. 20 de mayo de 1931. D.O. No. 15.985.
- Decreto N° 3 de 1997 [con fuerza de ley]. Fija texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos y de otros cuerpos legales que se indican. 26 de noviembre de 1997. D.O. No. 35.944.
- Decreto N° 1 de 2000 [con fuerza de ley]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N° 4.808, sobre Registro Civil; de la Ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos; de la Ley N° 16.618, Ley de Menores; de la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N° 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. 16 de mayo de 2000. D.O. No. 36.676.
- Decreto N° 30 de 2005 [con fuerza de ley]. Aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley de Hacienda N° 213, de 1953, sobre Ordenanza de Aduanas. 18 de octubre de 2004. D.O. No. 38.177.
- Decreto N° 1-19.175 de 2005 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado, sistematizado y actualizado de la Ley N° 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional. 08 de agosto de 2005. D.O. No. 38.306.
- Decreto N° 1 de 2005 [con fuerza de ley]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de las Leyes N° 18.933 y N° 18.469. 23 de septiembre de 2005. D.O. No. 38.446.
- Decreto N° 1 de 2006 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. 09 de mayo de 2006. D.O. No. 38.523.
- Decreto N° 1 de 2009 [con fuerza de ley]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Tránsito. 27 de diciembre de 2007. D.O. No. 39.498.
- Decreto N° 2.421 de 1964. Fija el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República: Ley N° 10.336. 07 de julio de 1964. D.O. No. 25.886.
- Decreto N° 2.385 de 1996. Fija texto refundido y sistematizado del Decreto Ley N° 3.063, de 1979, sobre Rentas Municipales. 20 de mayo de 1996. D.O. No. 35.620.
- Decreto N° 58 de 1997. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 19.418, sobre Juntas de Vecinos y demás Organizaciones Comunitarias. 09 de enero de 1997. D.O. No. 35.721.

Jurisprudencia citada

- Canaval* (2019). Corte Suprema, 03 de enero de 2020 (32000-2019). Cuarta Sala [Recurso de queja].
- Clínica Santa María SpA con Superintendencia de Salud* (2021). Corte Suprema, 20 de julio de 2021 (Rol N° 45156-2021). Tercera Sala [Recurso de apelación].
- Clínica Alemana de Temuco S.A con Superintendencia de Salud* (2019). Corte Suprema, 03 de junio de 2019 (Rol N° 3725-2019). Tercera Sala [Recurso de apelación].

- Congregación Salesiana con Superintendencia de Educación* (2019). Corte Suprema, 21 de enero de 2020 (Rol N° 6232-2019). Tercera Sala [Recurso de apelación].
- Contraloría General de la República. Dcitamen 2.967-2011, 17 de enero de 2011.
- Control de constitucionalidad del proyecto de ley que regula el cierre de faenas e instalaciones mineras.* (Boletín N° 6415-08). Requirente: Senado (2011). Tribunal Constitucional, 18 de octubre de 2011 (2036-11) [Control de constitucionalidad].
- Control de constitucionalidad de proyecto de ley sobre otorgamiento y uso de licencias médicas.* Boletín N° 6811-11. Ley N° 20.585 (D. Oficial: 11/05/2012) (2012). Tribunal Constitucional, 10 de abril de 2012 (2181-12) [Control de constitucionalidad].
- Control de constitucionalidad del Proyecto de ley que regula el ejercicio de los derechos a residir, permanecer y trasladarse hacia y desde el territorio especial de Isla de Pascua, correspondiente al boletín N° 10683-06.* Ley N° 21.070 (D. Oficial: 23/03/2018) (2018). Tribunal Constitucional, 30 de enero de 2018 (4274-18) [Control de constitucionalidad].
- Corporación Educacional Celestin Freinet con Superintendencia de Educación* (2021). Corte Suprema, 23 de agosto de 2021 (Rol N° 31586-2021). Tercera Sala [Recurso de apelación].
- Empresa Eléctrica Campiche S.A con Superintendencia del Medio Ambiente* (2016). Corte Suprema, 07 de agosto de 2017 (Rol N° 41790-2016). Tercera Sala [Recurso de casación].
- Fundación Educacional Cristo Rey con Superintendencia de Educación* (2017). Corte Suprema, 10 de septiembre de 2018 (Rol N° 37186-2017). Tercera Sala [Recurso de apelación].
- Herman y otros con Ministerio del Medio Ambiente* (2017). Corte Suprema, 15 de enero de 2018 (Rol N° 258-2017). Tercera Sala [Recurso de casación].
- Iberoamerican Radio Holding S.A con Dirección del Trabajo* (2018). Corte Suprema, 24 de julio de 2018 (Rol N° 7449-2018). Cuarta Sala [Recurso de queja].
- Isapre Banmedica S.A con Superintendencia de Salud* (2018). Corte Suprema, 09 de agosto de 2018 (Rol N° 16594-2018). Tercera Sala [Recurso de apelación].
- Isapre Cruz Blanca S.A con Superintendencia de Salud* (2016). Corte Suprema, 08 de febrero de 2017 (Rol N° 76467-2016). Tercera Sala [Recurso de apelación].
- Isapre Vida Tres S.A* (2019). Corte Suprema, 07 de agosto de 2019 (Rol N° 13232-2019). Tercera Sala [Recurso de queja].
- Montajes del Pacífico S.A con Secretaría Regional Ministerial II Región* (2016). Corte Suprema, 06 de marzo de 2017 (Rol N° 50060-2016). Tercera Sala [Recurso de casación].
- Montexchange S.A con Unidad de Análisis Financiero* (2017). Corte Suprema, 03 de mayo de 2018 (Rol N° 45141-2017). Tercera Sala [Recurso de apelación].
- Polifusión S.A con Dirección Nacional del Trabajo* (2021). Corte Suprema, 13 de agosto de 2021 (Rol N° 38107-2021). Cuarta Sala [Recurso de queja].
- Partido Demócrata Cristiano y otros, suscriptores del pacto electoral "Nueva Mayoría"* (2016). Tribunal Calificador de Elecciones, 11 de mayo de 2016 (24-2016) [Recurso de queja].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el Servicio de Impuestos Internos respecto del inciso segundo del artículo 28 de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en los autos sobre reclamo de ilegalidad caratulados "Vila Fernández Mario con Consejo para la Transparencia", de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 7127-2012* (2013). Tribunal Constitucional, 28 de enero de 2014 (2449-13) [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 28, inciso segundo, de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en el marco del reclamo de ilegalidad en contra del Consejo para la Transparencia, tramitado ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, tramitado-bajo el Rol N° C-815-2015* (2015). Tribunal Constitucional, 06 de diciembre de 2016 (2895-15) [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el Servicio de Impuestos Internos respecto del artículo 28, inciso segundo, de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en los autos sobre reclamo de ilegalidad, caratulados "Servicio de Impuestos Internos con Consejo para la Transparencia", de que conoce la*

- Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 11.884-2015 (2016). Tribunal Constitucional, 13 de junio de 2017 (2997-16) [Requerimiento de inaplicabilidad].*
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Ilustre Municipalidad de Maipú respecto del artículo 28, inciso segundo, de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en los autos sobre reclamo de ilegalidad de que conoce la Corte Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 519-2018 (Contencioso Administrativo) (2019). Tribunal Constitucional, 08 de octubre de 2019 (6126-19) [Requerimiento de inaplicabilidad].*
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Blanco y Negro S.A. respecto de los artículos 79, incisos primero y final, y 74, inciso final, ambos, Decreto Ley N° 1.094 de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile, en los autos caratulados "Blanco y Negro S.A. contra Bellolio", sobre recurso de protección, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol Ingreso Corte Protección N° 41.868-2019 (2019). Tribunal Constitucional, 25 de junio de 2020 (7587-19) [Requerimiento de inaplicabilidad].*
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Servicio de Salud del Libertador General Bernardo O'higgins respecto del artículo 28, inciso segundo, de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en el proceso Rol N° 9-2020 (Contencioso Administrativo), seguido ante la Corte de Apelaciones de Rancagua (2020). Tribunal Constitucional, 21 de diciembre de 2020 (9156-20) [Requerimiento de inaplicabilidad].*
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Ilustre Municipalidad de Maipú respecto del artículo 28, inciso segundo, de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en el proceso Rol N° 363-2020, sobre reclamo de ilegalidad, seguido ante la Corte Apelaciones de Santiago (2020). Tribunal Constitucional, 21 de diciembre de 2020 (9223-20) [Requerimiento de inaplicabilidad].*
- Stipicic con Director Ejecutivo Servicio Evaluación Ambiental (2018). Corte Suprema, 12 de marzo de 2020 (Rol N° 8737-2018). Tercera Sala [Recurso de casación].*
- Sociedad Educacional San Francisco SpA con Superintendencia de Educación (2019). Corte Suprema, 01 de octubre de 2019 (Rol N° 5229-2019). Tercera Sala [Recurso de apelación].*
- Tecnoglobal S.A con Dirección del Trabajo (2018). Corte Suprema, 18 de abril de 2018 (Rol N° 832-2018). Primera Sala [Recurso de queja].*

El enigmático *dominio originario* de los recursos naturales del artículo 124 de la Constitución de la Nación Argentina

Aportes para su esclarecimiento

The enigmatic original domain of the natural resources of article 124 of the Constitution of the Argentine Nation
Contributions for its clarification

Ignacio M. de la Riva¹

Tras su reforma en 1994, la Constitución argentina declara que los recursos naturales pertenecen al *dominio originario* de las provincias en que se encuentran. Este trabajo busca contribuir al esclarecimiento del significado de esa noción, aun sujeta a debate pese a los casi treinta años transcurridos desde su recepción constitucional.

Palabras clave: dominio originario, recursos naturales, dominio eminente, federalismo.

After its reform in 1994, the Argentine Constitution declares that natural resources belong to the original domain of the provinces in which they are located. This work seeks to contribute to the clarification of the meaning of this notion, still subject to debate despite the almost thirty years that have elapsed since its constitutional reception.

Keywords: original domain, natural resources, eminent domain, federalism

RESUMEN / ABSTRACT

¹ Profesor Titular Ordinario de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina. Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid (España). Magister en Derecho Administrativo por la Universidad Austral (Buenos Aires). Correo electrónico: ignaciodelariva@uca.edu.ar. Dirección Postal: Talcahuano 833, piso 3, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, CP 1103.

Artículo recibido el 8 de agosto de 2022 y aceptado el 15 de noviembre de 2022.

Introducción

La reforma introducida a la Constitución argentina en 1994 incorporó a su art. 124 el siguiente párrafo final: "Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio".

La figura del *dominio originario* resultó una novedad en el paisaje constitucional local, cuyos alcances se encuentran aún pendientes de ser delimitados. La demora en precisar sus contornos no es, por cierto, inocua, pues de la extensión que se le asigne dependen no solo la amplitud de las prerrogativas de su titular, sino también, correlativamente, la densidad de los derechos derivados que puedan adquirir los particulares sobre los recursos en cuestión.

Lamentablemente, han transcurrido casi tres décadas desde la reforma y la literatura sobre la materia está bien lejos de brindar la seguridad jurídica anhelada por los operadores implicados. Tampoco la jurisprudencia ha hecho, hasta el momento, aportes significativos para rodear a la noción de la claridad necesaria.

Esta investigación nace de la convicción de que, ante la enorme relevancia de los recursos implicados, urge acometer un esfuerzo exegético sistemático orientado a dotar al título acuñado por el constituyente de la nitidez de la que hoy carece. Una tarea, ciertamente, compleja, que requiere consultar una pluralidad de fuentes: los debates constituyentes, los antecedentes de la cláusula constitucional, las otras disposiciones de la Constitución que guardan relación con el tema, la labor jurisprudencial y legislativa posterior a la reforma, las otras acepciones de la figura dominical.

Ese es el derrotero que me propongo recorrer, con la expectativa de contribuir a superar las pujas interpretativas que suscita esta figura clave para el desarrollo del potencial que encierran los recursos naturales existentes en el territorio argentino.

I. Tensiones sobre el dominio de los recursos naturales previas a la reforma constitucional de 1994

La Constitución argentina sancionada en 1853 guardó silencio respecto de la titularidad de los recursos naturales². Tal vacío dio cabida a incesantes de-

² En contra, Alberto Dalla Via sostiene que el antiguo art. 104 (hoy 121) de la Constitución, al establecer que las provincias se reservan los poderes no delegados al gobierno federal, supuso reconocer implícitamente a las provincias el dominio sobre los recursos naturales (cfr. DALLA VIA 2006, 760). No comparto esa lectura, pues entiendo que la cláusula referida solo sienta un criterio rector en lo atinente al reparto de competencias entre la Nación y las provincias argentinas, razón por la cual no cabe inferir de ella criterio alguno en materia de asignación de bienes. De hecho, hasta 1994, el constituyente o el legislador argentinos podrían haber optado, incluso, por un temperamento distinto al que supone atribuir al Estado nacional o provincial el dominio de los recursos naturales (sistema regalista), atribuyendo, por ejemplo, tal dominio al titular del predio al cual acceden dichos recursos, como ocurre en tantos países. Esto demuestra que el silencio del texto constitucional no debía interpretarse, necesariamente, como una evidencia de la decisión de las provincias de reservar para sí el dominio en cuestión.

bates entre quienes abogaban por asignar esos bienes a la Nación y quienes postulaban el dominio de las provincias sobre los mismos.

Un breve repaso de los ecos de ambas tesis, reflejadas tanto en el plano doctrinario, como en el normativo y jurisprudencial³, contribuirá a dar una adecuada percepción de la dimensión del problema que afrontaron los constituyentes de 1994. Como se verá, a lo largo de casi ciento cincuenta años, esas tensiones se hicieron sentir con particular fuerza en diversos terrenos, como el de los hidrocarburos y el de las aguas fluviales.

La confrontación aludida se hizo presente desde los albores de nuestra vida institucional con toda crudeza cuando, en el año 1869, el Senado de la Nación tuvo que debatir sobre la celebración del contrato para la construcción del Puerto Madero en la Ciudad de Buenos Aires. En esa ocasión, Dalmacio Vélez Sársfield defendió la tesis de que los ríos navegables pertenecían al Estado Nacional, invocando para ello el art. 26 de la Constitución Nacional⁴, en tanto que Bartolomé Mitre asumió con igual vehemencia la postura contraria, al sostener que las provincias solo habían delegado a la Nación el ejercicio de la jurisdicción sobre los ríos en materia de navegación interjurisdiccional, reteniendo, en cambio, su dominio⁵.

En su argumentación, Mitre hizo hincapié en la dispersión política que sobrevino a la declaración de la independencia argentina, que mantuvo a las provincias fraccionadas a partir de 1820. Esta situación significó –a su juicio– que cada una de ellas haya debido asumir el ejercicio de sus poderes soberanos y el dominio eminente de sus respectivos territorios, situación que se prolongó hasta que lograron consolidar su unión al darse la Constitución en 1853.

Semejante discurso contrasta con las razones que inspiraron a los abandonados de la postura contraria, inclinados a reconocer el dominio nacional de los recursos naturales. Uno de sus representantes más notables, Joaquín V. González, postulaba que “una vez proclamada la independencia se produce la reversión de todas esas propiedades constituidas en provecho de la corona, a favor del verdadero dueño, del soberano, del pueblo de cada una de las naciones independizadas. Es por eso que la propiedad minera de la

Manili, por su parte, también discrepa de la idea de que la Constitución de 1853 no haya sentado posición respecto del dominio de los recursos naturales. En su criterio, ese texto constitucional habría reconocido, implícitamente, a las provincias la propiedad de los recursos naturales al atribuirles el dominio de sus respectivos territorios (arts. 3º, 4º, 11, 13, 75 –incisos 5 y 15– y 125) (MANILI 2021, 528-531).

³ El convencional Guinle, en una de sus intervenciones durante los debates constituyentes de 1994, sostuvo que, durante ese largo período previo a la reforma, “invariablemente la doctrina dice sí pero la jurisprudencia y la legislación nacional le dicen no al derecho que tienen las provincias”. Cfr. *Convención Nacional Constituyente: Diario de Sesiones* (1994), 3636.

⁴ Según el artículo mencionado, “la navegación de los ríos interiores de la Nación es libre para todas las banderas, con sujeción únicamente a los reglamentos que dicte la autoridad nacional”.

⁵ Puede verse una reseña de este debate en MARIENHOFF 1939, 297-302.

República Argentina pertenece por derecho de sucesión legítima al pueblo argentino, es decir, a la Nación”⁶.

Esta afirmación de Joaquín V. González resulta irreconciliable con la tesis de Mitre, quien parecía sugerir que esa continuidad histórica entre los derechos de la Corona española y el Estado Nacional argentino en su condición de soberano se habría visto interrumpida durante los treinta años que mediaron entre la independencia y la unión nacional. En ese lapso las provincias habrían reasumido los poderes soberanos, para volver a delegarlos luego en el gobierno federal constituido en 1853. Para los sostenedores de la propiedad provincial de los recursos naturales, el título que hace a su dominio no estaría comprendido entre las prerrogativas transferidas a la Nación en el pacto de unión sellado al dictarse la Constitución.

En paralelo al choque doctrinario, durante las primeras décadas de vida institucional, la sanción del Código de Minería (1887) brindó un importante respaldo a la tesis provincialista, al declarar a las minas como “bienes privados de la Nación o de las provincias, según el territorio en que se encuentren”⁷. Su redactor, Enrique Rodríguez, se cuidó de advertir en la nota al artículo transcrito que la solución adoptada no venía impuesta por la Constitución, sino que derivaba, exclusivamente, de razones de conveniencia⁸.

La disputa por el dominio de los recursos naturales, generada por la parquedad del constituyente, se mantuvo viva a lo largo de los años entre aquellos que propiciaban un extendido señorío provincial sobre esos bienes⁹, y quienes se inclinaban por atribuir ese dominio a la Nación¹⁰.

Durante la breve vigencia de la Constitución sancionada en 1949, los defensores de la tesis centralista pudieron verla reflejada en el plano más alto de nuestro sistema jurídico. El art. 40 de aquel efímero estatuto disponía, en efecto, que “los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedad imprescriptibles e inalienables de la Nación,

⁶ GONZÁLEZ 1917, 72.

⁷ Art. 7° del Código de Minería.

⁸ Según la nota aludida, “dada nuestra organización y régimen político era consiguiente, y bajo muchos aspectos conveniente, atribuir a los Estados la propiedad de las sustancias minerales comprendidas en sus respectivos dominios, pero (no) era indispensable”, de modo que “el objeto principal de la ley de minas quedaba cumplido, ya adjudicándolas exclusivamente a la Nación, ya atribuyéndolas a las Provincias”. *Código de Minería* (1987), 17.

⁹ MARIENHOFF 1939, 302-303; CANO 1972, 735; y BIDART CAMPOS 1979, 392. Este último autor fundaba el dominio provincial de los recursos naturales en el respeto a la integridad territorial de las provincias, la que no podría ser alterada sin el consentimiento de sus legislaturas, según surge de los arts. 3° y 13 de la Constitución (BIDART CAMPOS 2013, 449-450).

¹⁰ En MARIENHOFF 1939, 303, nota 305, puede encontrarse la referencia de los autores que sostienen que el dominio de los ríos navegables pertenece a la Nación. Allí se menciona a Gualberto Escalera y Zubiría, Luis Linares, Manuel de Olazábal, Carlos Silveyra, y Luis A. Huergo, entre otros.

con la correspondiente participación en su producto que se convendrá con las provincias”.

Restablecida, en 1956, la Constitución de 1853, la Corte Suprema argentina tuvo ocasión de terciar en la puja por el dominio de los recursos naturales. Lo hizo, en una primera oportunidad, al resolver la causa “Yacimientos Petrolíferos Fiscales contra Mendoza, Provincia y otros s/ nulidad de concesión minera” (1979), célebre en la materia, donde tras constatar que la Constitución Nacional había omitido expedirse sobre la propiedad minera, consideró que la encomienda al Congreso Nacional de dictar el régimen jurídico de las minas (que comprenden los yacimientos de hidrocarburos) supuso, necesariamente, dejar en sus manos la definición de lo relativo a su dominio (el fallo alude, incluso, específicamente, a su “dominio originario”), puesto que de otro modo el régimen dado resultaría trunco e incompleto¹¹. La Corte ratificó su posición unos años más tarde al resolver el caso “Mendoza, Provincia de contra Estado Nacional s/ inconstitucionalidad” (1988), donde, sobre la base de la misma línea argumental, estimó justificado que el Congreso, en ejercicio de su facultad de dictar el Código de Minería, atribuyese a la Nación el dominio de los yacimientos de hidrocarburos¹².

La lógica que subyace en el razonamiento de la Corte no significaba, sin embargo, dar por resuelto el debate en forma definitiva en favor de los defensores de la titularidad nacional de los recursos naturales. El máximo tribunal se limitó a reconocer la ausencia de toda pauta constitucional, lo cual significaba –a su juicio– diferir el tema a cuanto dispusiera el legislador nacional al dictar los regímenes pertinentes (fundamentalmente, los Códigos Civil y de Minería), y hay que advertir que tales leyes han consagrado soluciones dispares¹³. De hecho, los repertorios jurisprudenciales de la propia Corte muestran que el tribunal mantuvo constante su criterio de que los ríos que atraviesan las provincias les pertenecen¹⁴.

Las tensiones descriptas a lo largo de este apartado resonaron también en el plano de las constituciones provinciales. A partir de la segunda mitad del siglo pasado se desencadenó entre las provincias una corriente refor-

¹¹ *Yacimientos Petrolíferos Fiscales contra Mendoza, Provincia de y otros s/* (1979). La sentencia fue dictada con la disidencia del Ministro Pedro J. Frías, quien sostuvo la defensa del *dominio institucional* de las provincias sobre los recursos naturales existentes en sus territorios.

¹² *Mendoza, Provincia de con Estado Nacional* (1988).

¹³ A título de ejemplo, el Código de Minería, según ya se ha indicado, adoptó la tesis favorable al dominio de las provincias, en tanto que en materia de hidrocarburos la legislación ha sufrido oscilaciones pendulares respecto de la titularidad de los yacimientos, que por momentos se ha atribuido a la Nación (leyes 14.773 y 17.319) y en otras ocasiones a esta o a las provincias según el territorio en que se encontrase el recurso (leyes 12.161 y 24.145). Por su parte, el Código Civil (hoy derogado), en sus arts. 2339 y siguientes, se inclinaba por el reconocimiento del dominio provincial de las aguas fluviales y lacustres, mientras que las leyes 17.500 y 17.094 reservaron mayormente el dominio de las aguas marítimas y sus recursos a la Nación.

¹⁴ *Gobierno Nacional y Sociedad del Puerto del Rosario contra Provincia de Santa Fe* (1909); *Empresa del Puerto del Rosario contra Nogues, Alejandro* (1921); *Vega, Zenobio y otro* (1939); *Canoa “Stella Alpina”* (1957); y *Franck, Roberto Angel con Provincia de Buenos Aires* (1969).

madora dirigida a introducir en sus propios textos constitucionales cláusulas explícitas sobre el dominio o las prerrogativas declamados por ellas sobre los recursos naturales existentes en sus respectivos territorios¹⁵. Este movimiento extendido desde la cúspide de los ordenamientos provinciales resultaba, en ciertos casos, irreconciliable con los criterios impresos en algunas leyes nacionales, revelando una grave disfuncionalidad del sistema en su conjunto¹⁶.

II. El debate en la Asamblea Constituyente de 1994

1 Cuestión predominante: dominio y jurisdicción como títulos diferentes

En la Convención Constituyente de 1994 se revivieron las tensiones respecto de la titularidad y los poderes de regulación sobre los recursos naturales. La disparidad de pareceres se puso de manifiesto ya en la fase del trabajo en Comisiones, dando lugar a diferentes dictámenes (uno por la mayoría y varios por minorías). El interés por repasarlos no reside tanto en conocer acabadamente su contenido, cuanto en la oportunidad que ofrece para comprobar hasta qué punto los convencionales advertían la diferencia que media entre las categorías de dominio y jurisdicción, punto de partida indispensable para llegar a una acertada comprensión del alcance del art. 124 aprobado.

El dictamen de mayoría tratado por la Comisión de Redacción de la Asamblea Constituyente –que es el que finalmente se adoptó– contenía la fórmula más abreviada, redactada en los siguientes términos: “Corresponde a las provincias el *dominio originario* de los recursos existentes en su territorio”¹⁷ (énfasis añadido).

Como dictamen en disidencia parcial, un primer despacho de minoría propuso este texto:

“Pertenecen al territorio de las provincias el suelo, subsuelo, espacio aéreo, ríos, costas, mar, lecho y la plataforma continental pertinente. Tienen el *dominio originario* de los recursos mineros, energéticos, y de la fauna y la flora. Ejercen la *jurisdicción* en todas estas materias, salvo las que hayan delegado expresamente a la Nación en esta Constitución...”¹⁸ (énfasis añadido).

¹⁵ Art. 228 de la Constitución del Neuquén (sancionada en 1957, objeto luego de una completa reforma en el año 2006); art. 58 de la Constitución de la Provincia de Misiones (aprobada en 1958); arts. 75 y 76 de la Constitución de la Provincia de Jujuy (de 1986); arts. 70, 71, 79 y 82 de la Constitución de la Provincia de Río Negro (de 1988); arts. 61 y 66 de la Constitución de la Provincia de Catamarca (de 1988); art. 1° de la Constitución de la Provincia de Mendoza (reformada en 1991); los arts. 81 a 88 de la Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego (dictada en 1991); art. 58 de la Constitución de la Provincia de Corrientes (de 1993); art. 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (de 1994); arts. 99 a 108 de la Constitución de la Provincia de Chubut (de 1994); y arts. 41 y 50 de la Constitución de la Provincia del Chaco (aprobada en 1994).

¹⁶ En similares términos, cfr. MARTÍN 2010, 74-80. Un completo estudio del fenómeno comentado puede verse en LÓPEZ 1993, 1-134.

¹⁷ Convención Nacional Constituyente... 1994, 3158.

¹⁸ Convención Nacional Constituyente... 1994, 3160.

Otro de los despachos parciales en minoría presentados rezaba así:

“Las provincias tienen el *dominio originario* de sus territorios, su suelo, subsuelo, ríos interprovinciales, mar, costas, lecho, plataforma continental, espacio aéreo y de todos los recursos naturales, renovables o no, cualquiera sea su origen, que en ellas se encuentren, ejerciendo la *jurisdicción* en todas las materias que no han delegado expresamente a la Nación, en esta Constitución...”¹⁹ (énfasis añadido).

Finalmente, un último despacho parcial exhibía un claro contrapunto frente a los anteriores, al atribuir a las provincias tanto del dominio como de la jurisdicción sobre los recursos naturales existentes en sus respectivos territorios, en estos términos:

“Corresponde a las provincias el *dominio* y la *jurisdicción* inalienable e imprescriptible de su territorio y de todos los recursos naturales de su suelo, subsuelo, litoral marítimo y espacio aéreo. Podrán celebrar convenios con la Nación para su explotación conjunta, sin que ello implique renuncia o abandono de su *dominio* y *jurisdicción*...”²⁰ (énfasis añadido).

Los proyectos transcritos no dejan dudas sobre la percepción compartida por los constituyentes acerca de la dicotomía que existe entre dominio y jurisdicción²¹. La distinción entre ambos títulos estaba presente en todas las propuestas, con prescindencia de que optasen por desdoblar ambas prerrogativas entre la Nación y las provincias, o por acumularlas en cabeza de estas últimas.

Los debates mantenidos, luego, por los convencionales durante las sesiones plenarias vinieron a confirmar que el eje de la discusión residía, precisamente, en optar por la aprobación de una fórmula que aludiese, tan solo, al dominio originario sobre los recursos naturales (propuesta de la mayoría), o por alguna de las alternativas que incluyese, también, la mención de lo atinente a la jurisdicción sobre ellos (dictámenes de minoría)²².

De todos modos, el hecho de que la votación se haya inclinado por la versión mayoritaria no debe ser interpretado como un despojo a las provincias de toda jurisdicción sobre los recursos naturales, sino únicamente como el rechazo de la pretensión minoritaria de asignarles en bloque la potestad jurisdiccional. No obstante, semejante negativa no significó atribuir a las

¹⁹ Convención Nacional Constituyente... 1994, 3165.

²⁰ Convención Nacional Constituyente... 1994, 3172.

²¹ Resulta elocuente a este respecto el intercambio que protagonizaron los convencionales Cappelleri y Martínez, que refleja la preocupación por mantener escrupulosamente el significado propio de cada uno de los dos términos en juego, dominio y jurisdicción, que campeaba en el seno de la Comisión del Régimen Federal, sus Economías y Autonomía Municipal (*Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994 1995, Tomo VI, 3508-3509*).

²² Cfr. las intervenciones de los convencionales BATTAGION, ROMERO FERIS, VEGA DE TERRONES, PONTUSSI y A.M. HERNÁNDEZ, en Convención Nacional Constituyente... 1994, 3215-3216, 3341, 3424, 3444, 3457-3458 y 3861-3862.

autoridades nacionales en forma exclusiva la jurisdicción sobre los recursos naturales. La omisión de incluir en el art. 124 toda referencia a la jurisdicción obliga, así, a recorrer el resto del articulado constitucional en aras de identificar aquellas materias sobre las cuales las provincias han delegado en la Nación poderes de jurisdicción a los recursos naturales²³, para concluir acto seguido que la jurisdicción remanente ha sido retenida por aquéllas, por imperio del art. 121 de la Constitución²⁴.

2. Otros aspectos del debate constituyente

La lectura detenida de los debates constituyentes proporciona otros elementos que contribuyen, aunque en un grado menor al deseable, a desentrañar el sentido de la cláusula constitucional objeto de este estudio.

El sentir generalizado de los integrantes de la Asamblea reformadora se orientaba a reivindicar para las provincias una riqueza (los recursos naturales) de la cual –entendían– el legislador nacional les había privado sin verdadero respaldo constitucional²⁵. Pese a que, para muchos de ellos, la cláusula inserta con segundo párrafo del art. 124 no satisfizo plenamente sus expectativas (hubieran preferido que aludiera al dominio y a la jurisdicción), su aprobación permitió, al menos, revertir la asignación del dominio de algunos de esos recursos dispuesta por el Congreso de la Nación en favor del Estado Nacional.

Otra preocupación manifestada en forma recurrente por los convencionales apuntaba a la conveniencia de definir con precisión cuáles serían los recursos naturales sobre los cuales se extendería el dominio originario reconocido, a fin de evitar futuras controversias interpretativas²⁶. Las voces que se pronunciaron sobre esta cuestión abogaban por un temperamento amplio, abarcador de los recursos (renovables y no renovables) existentes en el suelo, el subsuelo, el espacio aéreo, las aguas (marítimas²⁷ y fluviales), sus lechos y riberas. Los participantes en el debate y algunos de los proyectos de minoría se detuvieron, incluso, a enumerar los recursos de manera específica: minerales (comprendidos los hidrocarburos), fauna y flora silvestres, recursos

²³ He analizado la cuestión desde esa perspectiva y con relación, específicamente, a los hidrocarburos, en DE LA RIVA 2015, 35-40.

²⁴ El art. 121 de la Constitución Nacional sienta el criterio fundamental en lo que hace a la división de atribuciones entre las órbitas nacional y provincial en el sistema federal argentino: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

²⁵ Cfr., entre otras, las ponencias de los convencionales Ferreyra de las Casas y Marcolini, en *Convención Nacional Constituyente...* 1994, 3360-3362 y 3371-3372.

²⁶ Así lo expusieron los convencionales MÁRQUEZ, AGUILAR TORRES, FIGUEROA y RUBIO DE MINGORANCE (*Convención Nacional Constituyente...* 1994, 3348, 3673 y 3864-3865).

²⁷ La convencional Arellano sostuvo que la alusión al *territorio* contenida en la cláusula constitucional debe entenderse como sinónimo de *espacio territorial* ubicado dentro de los límites de cada provincia, lo cual abarca –en su criterio– a los mares, hasta el límite previsto por las leyes. Cfr. *Convención Nacional Constituyente...* 1994, 3721-3722.

ictícolas y forestales, energía²⁸. Pese a las quejas y reclamos por una mayor precisión, terminó por prevalecer la versión más escueta de cuantas se habían sometido a debate, que la mera alusión genérica a “los recursos naturales”, sin más.

Sin embargo, es indudable que el aspecto del debate que genera mayor desazón es falta de esmero de los convencionales en explicitar el sentido de la locución *dominio originario*. Las diferencias sobre este punto fueron notorias. No faltó quien afirmara que configuraba un título de propiedad²⁹ o una prerrogativa de índole patrimonial (un derecho real)³⁰. O quien adujese que implicaba un derecho de explotación, susceptible de ser transferido a terceros por un tiempo determinado y recuperado, más tarde, cuando éstos incumplieran sus obligaciones³¹. Expresiones aisladas e insuficientes, que dejaron sin respuesta la inquietud manifestada por el convencional Natale cuando afirmó desconocer el significado de la expresión *dominio originario* y solicitó –sin éxito– al miembro informante de la mayoría que se lo aclarase³².

III. Aproximación al *dominio originario* desde la legislación minera

La expresión *dominio originario* carece de arraigo en el ordenamiento positivo argentino. El antecedente que suele señalarse proviene de la reforma al Código de Minería dispuesta por la Ley N° 22.259 (1980), que dejó sentado que el *dominio originario* de las minas pertenece al Estado³³, marcando así su diferencia con la “propiedad particular de las minas” que adquieren los privados a partir del momento en que el titular estatal del *dominio originario* les otorga una concesión legal para explotar el recurso metalífero³⁴.

La ley citada, dictada por un gobierno de facto, estuvo precedida por una Exposición de Motivos que explicita las razones por las cuales se decidió anteponer a la norma original, que disponía que “la propiedad particular de las minas se establece por la concesión legal”, un párrafo tendiente a aclarar

²⁸ Cfr. lo manifestado por los convencionales A.F. Cafiero, Marcolini, A.M. HERNÁNDEZ, FIGUEROA, AGUILAR TORRES, SARAVIA TOLEDO y GUINLE, en Convención Nacional Constituyente... 1994, 3311, 3371-3373, 3457-3458, 3618, 3674 y 3863-3864.

²⁹ Así lo sostuvo BATTAGIÓN. Cfr. Convención Nacional Constituyente... 1994, 3215-3216.

³⁰ Esta calificación pertenece al convencional QUIROGA LAVIÉ. Cfr. Convención Nacional Constituyente... 1994, 3933.

³¹ En este sentido, ver lo expuesto por los convencionales DÍAZ ARAUJO y QUIROGA LAVIÉ (Convención Nacional Constituyente... 1994, 3309-3311, 3866 y 1933).

³² Convención Nacional Constituyente... 1994, 3374.

³³ Art. 10 del Código de Minería argentino.

³⁴ Unos años más tarde de la sanción de la Ley N° 22.259, la Constitución de la Provincia de Río Negro aprobada en 1988 declaró que los recursos naturales existentes en la Provincia pertenecen a su propiedad originaria (art. 70), lo cual podría constituir otro posible antecedente de la cláusula constitucional estudiada.

que esa propiedad nacida de la concesión es “sin perjuicio del dominio originario del Estado reconocido por el art. 7°”³⁵.

Dada su claridad y pertinencia, creo justificado transcribir algunos de los párrafos más salientes de dicha Exposición de Motivos, que sirven para comprender el significado que el *legislador* de entonces otorgaba a la noción de dominio originario inserta, por vez primera, en el ordenamiento nacional.

El texto señalado comienza por recodar que:

“Las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se encuentren, conforme lo han admitido el Código Civil en el inciso 2° de su art. 2342, la Ley N° 726 del 1865 en su art. 2° y el Código de Minería en su art. 7°. Ese carácter de bienes privados del Estado es el que le permite a éste establecer sobre las minas una propiedad particular mediante un acto de concesión, efecto que no tienen las concesiones administrativas que pueden otorgarse sobre los bienes públicos. Cuando el Estado concede una mina, estableciendo sobre ella una propiedad particular, no se desprende de su dominio originario; por el contrario, mantiene el mismo con tal alcance que, de no cumplir el propietario particular con las condiciones del amparo o conservación de la concesión que el Código le impone – pago del canon, inversión de capital, mensura de pertenencias y, en su caso, explotación efectiva–, los derechos de éste caducan, pudiendo consecuentemente el Estado volver a conceder la mina en propiedad particular al primer solicitante, cuantas veces se opere la caducidad.

Es decir, que el dominio originario del Estado sobre ese su bien privado que es la mina, existe antes, durante y después de la concesión mediante la cual el propio Estado establece sobre aquella una propiedad particular a favor de un tercero”.

A continuación, se ocupa, sin embargo, de advertir que:

“... ni el dominio originario del Estado sobre la mina ni la propiedad particular constituida sobre ella por el acto de concesión, son la misma cosa que la propiedad común legislada por el Código Civil. No lo es el dominio originario del Estado, porque éste lo tiene para ejercer las facultades reglamentarias que se impuso a sí mismo al dictar el Código; y no lo es la propiedad particular del tercero, porque ésta, si bien está amparada, como toda propiedad, por la garantía de la inviolabilidad consagrada por el art. 17 de la Constitución Nacional, es caducable ante cualquier incumplimiento de las condiciones del amparo o conservación de la concesión, que impone el mismo Código y que la reforma actualiza”.

Y aclara, también, que: “... el dominio originario del Estado sobre las minas no se enajena ni prescribe jamás...”.

³⁵ En rigor, el art. 7° a que remite el precepto no habla de “dominio originario”, sino que se limita a establecer que “las minas son bienes privados de la Nación o de las provincias, según el territorio en que se encuentren”.

Estos párrafos de la Exposición de Motivos de la Ley N° 22.259, referidos específicamente al concepto de dominio originario contemplado en su art. 10, echan luz sobre varios aspectos esenciales de esa categoría jurídica, a saber:

- a) su carácter primigenio, no derivado, en tanto que no procede de la transferencia de un tercero³⁶;
- b) su concomitancia con la *propiedad minera* que, con motivo de la concesión, adquieren los particulares (el dominio originario existe “antes, durante y después de la concesión” de la mina);
- c) el carácter definitivo del dominio originario, ya que su titular “no se desprende de él” con motivo de la concesión, pues se trata de un dominio que “no se enajena ni prescribe jamás”;
- d) el dominio originario no equivale a la propiedad civil, como tampoco tiene ese alcance la propiedad minera que deriva de aquel.

Aunque novedoso para el Derecho argentino, el concepto de dominio originario no fue, por cierto, una invención de nuestro legislador³⁷. Su antecedente remoto se encuentra en el Derecho indiano, según lo puntualiza la misma Exposición de Motivos citada, que menciona las Ordenanzas de Minería de Nueva México de 1783, que rigieron en nuestra patria hasta la entrada en vigencia del Código minero de 1887³⁸.

³⁶ CATALANO 2006, 68.

³⁷ México y Bolivia ofrecen dos ejemplos foráneos de atribución originaria de los recursos naturales a la Nación y al Estado, respectivamente. En cuanto a la Constitución Política de los Estados Mexicanos, desde su reforma del año 1934 dispone que “la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada” (art. 27). La Constitución de Bolivia de 1938, por su parte, atribuyó al Estado el “dominio originario” de los recursos naturales (art. 107). Las versiones sucesivas del texto mantuvieron la misma expresión, hasta que, en el año 2009, se la reemplazó por la de “dominio directo” (art. 349).

³⁸ El título V de las citadas Ordenanzas de Nueva México disponía: “las minas son propiedad de mi real corona” (art. 1°), pero, “sin separarlas de mi real patrimonio, las concedo a mis vasallos en propiedad y posesión, de tal manera que pueden venderlas, permutarlas, arrendarlas, donarlas, dejarlas en testamento por herencia o manda, o de cualquiera otra manera enajenar el derecho que en ellas les pertenezca en los mismos términos que lo poseen, y en personas que puedan adquirirlo” (art. 2°).

Joaquín Velázquez, uno de sus redactores (MARTIRE, 1979, 72), en sus Notas al Proyecto de Ordenanzas de la minería de Nueva España emplea la expresión “dominio original” para destacar que los beneficiarios de una concesión “no adquieren un dominio perfecto y absoluto para poder usar y disponer de las Minas a todo su arbitrio y voluntad; sino limitado y modificado, de suerte que la Corona mantiene siempre el dominio radical: y de aquí es que la Mina pueda perderse por una breve caducidad en el tiempo prescrito por las Ordenanzas; en cuyo caso, o en el de haber sido voluntariamente abandonada, o desierta por más largos años que los que bastan para la ordinaria prescripción, no la adquiere el primer ocupante, aunque sea su antiguo dueño: sino que necesita que nuevamente se la conceda la Corona, de cuyo *dominio original* jamás pudo entenderse separada, ni perdida” (*Ordenanzas de minería de la Nueva España...*, 204; énfasis añadido).

Esta dicotomía entre dominio originario y propiedad minera que emerge de la reforma legal comentada pone en evidencia que el significado del primero solo se comprende a partir de este desdoblamiento ínsito en el sistema regalista. Hay, pues, un título radical sobre las minas (el dominio originario) que pertenece, de manera pétrea y definitiva, al soberano, quien puede asignar derechos de aprovechamiento que no reportan para sus destinatarios una propiedad perfecta. La propiedad minera queda subordinada al dominio originario, que persiste en todo momento, hasta el punto de que su titular puede revocarla cuando el concesionario incumple las condiciones fijadas para su otorgamiento.

IV. Ecos normativos y jurisprudenciales de la reforma constitucional

En este intento por revelar el significado del dominio originario será, sin duda, útil conocer qué recepción tuvo en las normas y en la jurisprudencia.

1. Modificaciones normativas derivadas de la reforma constitucional

En términos generales, el impacto en el terreno normativo (nacional y público local) del reconocimiento del dominio originario en favor de las provincias ha sido bastante moderado.

En ciertos casos, ello puede atribuirse al hecho de que, al tiempo de modificarse la Constitución, las normas ya guardaban sintonía con el criterio consagrado en el nuevo art. 124. Por ejemplo, desde 1886 el Código de Minería asigna el dominio de las minas al Estado Nacional y a las provincias en cuyo territorio se encuentran³⁹.

Fuera de estos casos en que el legislador proporcionaba un criterio que no requería de ajustes, era de esperar que tras la reforma se hubieran producido cambios tendientes a acomodar las normas a la nueva directiva constitucional, cosa que no ocurrió más que en ciertos supuestos puntuales.

El primero de ellos corresponde al sector pesquero, con la sanción de la Ley N° 24.922 (1997), que atribuye a las provincias el dominio de los recursos vivos que poblaren las aguas interiores y el mar territorial argentino adyacente a sus costas hasta una distancia de doce millas⁴⁰.

Pero la novedad legislativa de mayor envergadura se produjo en el ámbito de los hidrocarburos, donde la Ley N° 26.197 (2006) vino a coronar un camino iniciado incluso antes de la reforma constitucional (cuando la Ley N° 24.145 sentó las bases para la transferencia a las provincias del dominio de los yacimientos de hidrocarburos⁴¹). La mencionada Ley N° 26.197 modificó el art. 1 de la Ley N° 17.319, para declarar que “los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos situados en el territorio de la República Ar-

³⁹ Arts. 7° y 10

⁴⁰ Art. 3° de la citada ley 24.922.

⁴¹ Arts. 1° y 22 de la ley 24.145.

gentina y en su plataforma continental pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado nacional o de los Estados provinciales, según el ámbito territorial en que se encuentren”, trazándose a estos efectos el límite del mar territorial provincial en las doce millas marinas⁴².

A su turno, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (2014) incluyó una disposición de reenvío, según la cual “la Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos arts. 235 y 236”⁴³ –esto es, de los bienes del dominio público y del dominio privado estatal, respectivamente–. Si bien esta norma podría parecer baladí, lo cierto es que, dado el número y la relevancia de los recursos naturales mencionados en los arts. 235 y 236 (los mares, los ríos, las lagunas, los glaciares, las aguas subterráneas, las playas, el espacio aéreo), la expresa remisión a la Constitución contenida en el art. 237 transcrito despeja toda duda acerca del titular del dominio de tales bienes.

Más allá de los casos comentados, el Congreso de la Nación no introdujo otras enmiendas dirigidas a receptar en el plano legislativo la solución adoptada por el constituyente.

En el ámbito local, luego de la reforma varias provincias modificaron sus cartas constitucionales para evidenciar el dominio originario que el constituyente nacional les reconoció sobre sus recursos naturales⁴⁴.

2. Interpretación del art. 124 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Los primeros pronunciamientos de la Corte posteriores a 1994 que se vinculan a la materia se enderezan a delimitar el ámbito (geográfico y material) sobre el cual recae el dominio originario.

Ante todo, el tribunal se vio enfrentado a la necesidad de precisar la extensión del *territorio* de las provincias adyacentes al mar. Los dos fallos que afrontan el tema no proporcionan, sin embargo, una respuesta franca, sino que se limitan a subrayar la incumbencia del Congreso de la Nación para determinar los límites de las provincias, según lo prevé el art. 75, inciso 15, de la Constitución. En ambos casos, no obstante, la Corte desmerece la relevancia de las leyes específicamente invocadas por las partes contendientes, sea por entender que no tenían otro objeto que reivindicar la soberanía estatal sobre las primeras doce millas del mar frente a la comunidad internacional (el caso de las leyes N° 23.968 y N° 24.543), o por considerar que el propósito del legislador se limitaba a reconocer a las provincias costeras

⁴² Art. 1° de la ley 26.197.

⁴³ Art. 237, último párrafo, del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁴⁴ Tal es el caso de las constituciones reformadas o promulgadas por las provincias de Salta (art. 85), en 1998; Santa Cruz (art. 52), en 1998; Córdoba (art. 68), en 2001; Neuquén (art. 95), en 2006; Corrientes (art. 58), en 2007; La Rioja (arts. 64 y 65), en 2008; Entre Ríos (art. 85), en 2008; y Chubut (art. 99), en 2010. Cabe, también, mencionar a la constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 8), aprobada en el año 1996.

dominio y jurisdicción sobre el recurso pesquero dentro de las doce millas (la Ley N° 24.922), sin ánimo de dar ese alcance al territorio provincial⁴⁵. Los pronunciamientos comentados no permiten, en suma, extraer un criterio sobre la extensión del mar que debe reputarse incluido dentro del *territorio* de las provincias al que alude el art. 124.

La Corte se ocupó, también, de examinar el alcance de la categoría de los *recursos naturales*, ante lo cual adoptó una postura restrictiva, a partir de diferenciar los bienes que componen el patrimonio natural (un concepto más amplio, que abarca, por ejemplo, a los meteoritos), de los recursos naturales en sentido estricto. Lo interesante del precedente que introduce esta disquisición reside, en mi opinión, en el contraste que plantea entre la necesidad de *preservar los bienes naturales*, y la de dar una *utilización racional* a los *recursos naturales*⁴⁶, sentando de este modo los objetivos que deben inspirar al dueño originario en la gestión de sus recursos.

Los restantes fallos de interés para nuestro tema ingresan de lleno a la cuestión que nos convoca, cual es la determinación de los alcances del *dominio originario*.

En el primero de ellos, la Corte ratificó que el art. 124 de la Constitución “solo reconoce a las provincias el dominio originario de los recursos naturales ubicados en su territorio mas no la jurisdicción sobre ellos”⁴⁷, en sintonía con cuanto surge de los debates constituyentes. Esta afirmación sirve de antesala para los pronunciamientos ulteriores, que irán explicitando los poderes de jurisdicción, exclusivos o compartidos, atribuidos a la autoridad nacional sobre los recursos naturales del dominio provincial.

Así, en materia medioambiental, la Corte consideró constitucionalmente válida la competencia asignada a la autoridad de aplicación nacional de la Ley N° 26.331 –que fija los presupuestos mínimos de protección ambiental de los bosques nativos en todo el territorio nacional–, facultándola a realizar las gestiones necesarias para velar por el respeto de esos estándares mínimos, sin alterar las jurisdicciones locales⁴⁸.

Años más tarde, el alto tribunal tuvo una nueva ocasión de pronunciarse sobre los potenciales conflictos entre los arts. 41 y 124 con motivo del cuestionamiento dirigido contra la Ley N° 26.639. que estableció los presupuestos mínimos para la preservación de los glaciares. En esa oportunidad, señaló que “la invocación en abstracto por parte de la provincia de la regla que establece el dominio originario de sus recursos naturales (art. 124) con el objeto de desvirtuar otra regla de igual jerarquía que establece el mandato al

⁴⁵ *Total Austral S.A. contra Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Provincia de* (2003); y *Total Austral S.A. –Sucursal Argentina– contra Dirección Provincial de Puertos de la Provincia de T.D.F.* (2020), disidencia de los Ministros Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti.

⁴⁶ *Campo del Cielo S.R.L. contra Provincia del Chaco* (2011).

⁴⁷ *Chevron San Jorge S.R.L. contra Neuquén, Provincia del* (2011).

⁴⁸ *Salas, Dino y otros contra Salta, Provincia de y Estado Nacional* (2011).

Estado Nacional de dictar los presupuestos mínimos ambientales para toda la Nación (art. 41) genera una superflua e innecesaria tensión entre dos cláusulas constitucionales". Y a continuación añadió: "Antes que buscar la confrontación de sus mandatos, los arts. 41 y 124 de la Constitución Nacional deben ser interpretados buscando adaptar la gestión de los recursos naturales a las directivas de la cláusula ambiental, para cumplir de la forma más fidedigna un mecanismo propio del federalismo concertado"⁴⁹.

Más recientemente, la Corte ha vuelto a expedirse sobre la tensión entre dominio originario y competencias ambientales. Ante un caso referido a una cuenca hídrica interprovincial, remitió al dictamen de la Procuración General de la Nación para dejar que "la titularidad de los recursos naturales que contempla el art. 124 de la Constitución Nacional a favor de las provincias no puede impedir ni obstaculizar el ejercicio de la jurisdicción que corresponde al Estado Nacional en materia ambiental –máxime si se encuentran en juego los presupuestos mínimos– cuando se trata de un recurso interjurisdiccional e indivisible que se extiende más allá de la frontera provincial"⁵⁰.

Son también valiosos los aportes de la Corte respecto del intrincado problema que generan los establecimientos de utilidad nacional en cuyo interior existen recursos naturales del dominio provincial. El tribunal no dudó en respaldar la validez de las disposiciones de la Ley N° 22.351 que confieren atribuciones de gestión a la Administración de Parques Nacionales, "aun cuando los Estados sean dueños de los recursos naturales (art. 124, Constitución Nacional), y solo hayan delegado a la Nación la fijación de los presupuestos mínimos de protección ambiental (arts. 41 y 121, de la Carta Magna)", pues "resulta insoslayable que aquellas disposiciones deban aplicarse en el caso, de manera que quede resguardada la previsión contenida en el art. 75, inciso 30"⁵¹. Una interpretación fiel a la directiva contenida en el referido inciso, que otorga prevalencia al interés nacional ínsito en la finalidad del establecimiento por sobre los poderes de policía e imposición de las provincias, que solo podrán ejercerse "en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines".

Un par de años después el alto tribunal fue, todavía, más enfático en su propuesta interpretativa del juego armónico de los arts. 124, *in fine*, y 75, inciso 30, de la Constitución, al señalar que el primero de esos preceptos "no puede ser interpretado con una amplitud tal que implique negar el derecho real de dominio a quienes tienen el carácter de titulares de bienes inmuebles al tiempo de sancionarse la reforma del año 1994, ni tampoco para incidir en los límites de un establecimiento de utilidad nacional, fijados con anteriori-

⁴⁹ *Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro contra Estado Nacional* (2019).

⁵⁰ Dictamen de la Procuración General de la Nación, suscripto por Laura Monti, cuyas conclusiones hace suyas la sentencia del 11 de marzo de 2021 dictada por la Corte en *Corrientes, Provincia de contra Estado Nacional* (2021).

⁵¹ *Misiones, Provincia de contra Estado Nacional y otro* (2015).

dad a la fecha de entrada en vigencia de esa reforma⁵². Esta consideración impone un claro límite al dominio originario frente a otros títulos o derechos de base constitucional preexistentes a la reforma, a los que otorga prevalencia en atención a su precedencia temporal, pese al carácter *originario* que predica de aquel dominio.

Ha quedado para el final un fallo que involucra a las dos cuestiones tratadas en los párrafos anteriores, puesto que versa sobre una controversia donde se dan cita las tres disposiciones constitucionales que se vienen examinando: los arts. 41, 75 inciso 30 y 124. El caso nace del cuestionamiento por parte del Estado Nacional contra dos leyes provinciales que crearon un “área natural protegida” y declararon sujeto a expropiación un establecimiento del Ejército Argentino. La impugnación se fundó en la afectación de la propiedad y en la interferencia de los fines del establecimiento que tales leyes, a juicio del Estado demandante, ocasionaban. La decisión de la Corte hizo prevalecer la potestad provincial de dictar las normas complementarias de los presupuestos mínimos de tutela ambiental, invocando al efecto tanto el art. 41 de la Constitución como la titularidad provincial del dominio originario sobre los recursos naturales implicados. Recordó, además, el tribunal que “los establecimientos de utilidad nacional no cuentan con inmunidad absoluta ante la potestad de imposición general que se impone a las provincias”, y que “el menoscabo al fin público concebido ha de ser efectivamente demostrado⁵³”.

V. Posturas doctrinarias sobre el significado del dominio originario impreso en la Constitución

La consagración constitucional del dominio originario de los recursos naturales lejos estuvo de poner fin a las disputas, que continuaron tanto en el terreno doctrinario como institucional.

En el primero de esos planos, una mirada panorámica de la dialéctica planteada permite clasificar a sus exponentes según tres vertientes fundamentales, a saber: (i) aquellos que atribuyen al dominio originario una naturaleza potestativa (*potestas*), cercana al dominio eminente; (ii) quienes le asignan un sentido de corte patrimonial (*proprietas*), ya sea análogo al dominio

⁵² *Administración de Parques Nacionales contra Misiones, Provincia de* (2017). Un comentario a este precedente puede verse en DE LA RIVA 2018, 419.

⁵³ *Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) contra Mendoza, Provincia de* (2019). En su voto disidente, el Ministro Rosenkrantz desestimó que una provincia pueda expropiar un establecimiento de utilidad nacional que no ha sido formalmente desafectado de su finalidad propia, y adujo que “aun cuando los Estados provinciales tengan el dominio de los recursos naturales (art. 124, *in fine*, Constitución Nacional), y solo hayan delegado en la Nación la fijación de los presupuestos mínimos ambientales (arts. 41 y 121 de la Carta Magna), resulta insoslayable que las disposiciones y resoluciones nacionales que regulan la actividad del Ejército Argentino deban aplicarse sobre él, de manera que quede resguardada la previsión contenida en el art. 75, inc. 30; sin menoscabar, impedir, perturbar, dificultar, frustrar o entorpecer los fines federales que determinaron la creación y la continuidad del establecimiento”.

público o equiparable al dominio privado; y (iii) quienes consideran que la expresión empleada por el constituyente remite a un tipo de dominio distinto a todos cuantos le precedieron.

1. Dominio originario como *potestas* y su similitud con el dominio eminente

El importante número de los autores se inclinan por identificar al dominio originario previsto en la Constitución con la figura del dominio eminente, concebido como poder soberano atribuido al Estado sobre todos los bienes (sean o no de su propiedad) situados dentro de su territorio⁵⁴.

El dominio eminente es un instituto de larga data. Durante la Edad Media, se contraponía al dominio útil que el soberano o el señor feudal (titulares del dominio eminente) asignaban al vasallo sobre una porción de su territorio a cambio de una participación en los resultados de la explotación (regalía). Resultaba, así, una figura anclada en la idea de soberanía, pero no exenta, al propio tiempo, de cierta connotación patrimonial⁵⁵.

Para caracterizar qué se entiende por dominio eminente en el entorno jurídico de la Argentina, nada mejor que recurrir a la nota inserta por Dalma- cío Vélez Sársfield al art. 2507 del Código Civil (hoy derogado), donde distin- gue el dominio eminente del dominio civil. Allí, para caracterizar al primero, el ilustre redactor del mencionado Código explica que “la Nación tiene el derecho de reglamentar las condiciones y las cargas públicas de la propiedad privada”, y que “el ser colectivo que se llama Estado tiene, respecto a los bienes que están en el territorio, un poder, un derecho superior de legisla- ción, de jurisdicción y de contribución, que aplicado a los inmuebles no es otra cosa que una parte de la soberanía territorial interior. A este derecho del Estado –concluye Vélez–, que no es un verdadero derecho de la propiedad o dominio, corresponde solo el deber de los propietarios de someter sus derechos a las restricciones necesarias al interés general y de contribuir a los gastos necesarios a la existencia o al mayor bien del Estado”.

Los autores clásicos del Derecho administrativo advierten que el domi- nio eminente es una potestad (no una propiedad) que el Estado ejerce sobre las personas y los bienes (no solo los suyos, sino también los ajenos) dentro de los límites de su territorio, como titular de la soberanía interna en ese ám-

⁵⁴ SACRISTÁN 2014, 149-157, 2017, 332-334, y 2019, 121-132; 1182; VALLS 1992, 97-98; ERIZE 2010, 284; GONZÁLEZ MORAS 2009, 24-25; IRIBARREN 2006, 55-65; y SARAVIA 1999. La misma tesis aparece reflejada en el memorable dictamen del Procurador General ante la Corte Suprema, Elías P. Guastavino, en *Yacimientos Petrolíferos Fiscales contra Mendoza, Provincia de y otros* (1979).

⁵⁵ VILDÓSOLA FUENZALIDA 1999, 55-65 y 100-107.

Vergara Blanco expone cómo, en Chile, la noción de dominio eminente, sistematizada en su día por Grocio y Pufendorf como una facultad del príncipe sobre las personas y los bienes que derivaba de la soberanía, fue deformada por juristas posteriores para cargarla de contenido patrimonial y aplicarla con este alcance al dominio del Estado sobre las minas, cual si se tratase de una especie de propiedad superior a la privada (VERGARA BLANCO 1988, 87-100).

bito geográfico, y que se traduce en su facultad de legislar sobre ellos⁵⁶. En términos similares se expresa la doctrina civilista⁵⁷.

Es, precisamente, en virtud de esa potestad suprema (facultad eminente) que el soberano está en condiciones de reivindicar para sí y atribuirse el dominio originario sobre los recursos naturales existentes en su territorio⁵⁸. Y lo mismo ocurre con el dominio público y con el dominio privado, productos ambos del dominio eminente. Es, en efecto, en ejercicio del dominio eminente que el soberano crea y otorga al Estado el dominio público, y dicta la legislación que habilita a los particulares (o al propio Estado) a adquirir el dominio privado a través de los medios que la ley civil (dictada por el Estado en ejercicio del dominio eminente) estipula al efecto. Otro tanto cabría afirmar de la expropiación, fruto emblemático del dominio eminente.

De este modo, queda claro que dominio eminente y dominio originario son títulos diferentes, aunque el segundo tenga su origen en el primero, como ocurre también, en cierto modo, con los restantes dominios⁵⁹. Por tanto, no es el dominio eminente lo que explica la dinámica de los poderes provinciales sobre los recursos naturales sino, en todo caso, lo que da fundamento a la atribución de tal dominio.

La referencia al territorio como ámbito geográfico dentro del cual se reconoce el dominio originario es, probablemente, el elemento que conduce a establecer un parentesco entre el dominio originario y el dominio eminente. Sin embargo, la circunstancia de que el dominio eminente se ejerza genéricamente sobre la totalidad de los bienes y personas ubicados dentro de ese espacio proporciona un argumento decisivo para rechazar su pretendida equiparación con el dominio originario, pues semejante asimilación conduciría a reconocer al Estado y a las provincias la facultad de otorgar concesiones sobre todos los bienes existentes en sus respectivos territorios, y no únicamente sobre aquellos que detenta a título de dueño originario.

2. Dominio originario como *proprietas* en su doble vertiente: derecho real de dominio o dominio público

Ante la lacónica fórmula inserta por los reformadores de 1994, otros autores interpretan que la norma vino a atribuir a las provincias (y, eventualmente, a la Nación) una verdadera propiedad, en términos patrimoniales.

⁵⁶ VILLEGAS BASAVILBASO 1952, 11-14; MARIENHOFF 2011, 38-39; y CASSAGNE 2021, 319.

⁵⁷ Ver, por todos, SALVAT 1962, 29-30.

⁵⁸ Así lo expresa Vildósola Fuenzalida cuando afirma que “de acuerdo al dominio eminente del Estado/Nación, mediante la suma potestas y el *ius imperium*, derivado de la soberanía inalienable e imprescriptible, se elaboraron y desarrollaron diferentes clases de dominio minero a partir del regalismo medieval radical-regalista, originario, directo, demanial, etc.” (VILDÓSOLA FUENZALIDA 1999, 107).

⁵⁹ Debe advertirse, sin embargo, que en el dominio originario, el dominio público y la expropiación, el ejercicio del dominio eminente estatal adquiere carácter constitutivo, mientras que en el caso del dominio privado, solo positiviza y delimita un derecho que encuentra su fuente y fundamento último en el Derecho natural secundario.

Esta segunda perspectiva se desdobra, sin embargo, en dos variantes.

Algunos postulan que el dominio originario al que hace referencia el precepto sería equiparable, lisa y llanamente, al derecho real de dominio previsto en la legislación civil⁶⁰, algo, ciertamente, difícil de conciliar con el carácter inalienable que, como luego se verá, es inherente a aquel título dominical.

Otros sostienen que se trataría de un tipo de propiedad diferente a la civil, de carácter público, analogable al dominio público, aun sin llegar a asimilarse plenamente a esta figura. Quienes se ubican en esta segunda tesitura consideran, con toda lógica, de aplicación al dominio originario el régimen de los bienes del dominio público, con sus notas de inalienabilidad e imprescriptibilidad⁶¹, sin advertir que estas características son consustanciales al dominio originario y no contingentes como ocurre con los bienes del dominio público, cuyo titular está sujeto a esas limitaciones solo mientras persista la afectación al uso público dispuesta por la autoridad competente.

3. Dominio originario como título *sui generis*

Frente a las posturas expuestas, estamos, finalmente, quienes nos resistimos a encasillar al dominio originario bajo alguna de las acepciones de dominio tradicionales, puesto que advertimos que los rasgos que lo rodean no encajan, estrictamente, en las notas que definen a ninguna de ellas, aun cuando reúna en sí características atribuibles a más de una de las nociones de dominio que le han precedido. Ante ello, postulamos la necesidad de reconocer en el dominio originario una figura autónoma, aun cuando sus perfiles presenten, todavía, escasa nitidez⁶².

El dominio originario se caracteriza, por cierto, como un dominio absolutamente inalienable e imprescriptible, al igual que el dominio público. Y conlleva la facultad de conferir a terceros derechos de aprovechamiento sobre los bienes sobre los cuales recae (como ocurre con el derecho real de dominio). Finalmente, como el dominio eminente, el dominio originario se ejerce dentro del territorio perteneciente a su titular, si bien solo respecto de ciertos bienes (los recursos naturales).

⁶⁰ QUIROGA LAVIÉ 2007, 623; BARRERA BUTELER 2020, 202-203; MARTELLI y MANILI 2010, 874; HERNÁNDEZ 1997, 114; y PRIETO 2005, 1182-1183. Podría, también, ubicarse a Cuadros en este elenco, en tanto describe al dominio originario como un "dominio patrimonial de las provincias sobre tales bienes" (CUADROS, 2018, 37). En rigor, Hernández y Prieto sostienen, más bien, que el dominio originario comprende tanto las prerrogativas propias del derecho real de dominio, como otras derivadas del dominio eminente.

⁶¹ CATALANO 2006, 69-82.

Por su parte, Rodrigo Vera entiende que, tras la reforma constitucional de 1994, corresponde a las provincias dictar el régimen de sus respectivos recursos naturales, estableciendo (en ese marco) si los caracterizan como bienes de su dominio público o de su dominio privado (VERA 2008, 124-131).

⁶² CASSAGNE 2007, 1142-1143; CASSAGNE y DE LA RIVA 2014, 799-824; DE LA RIVA 2008, 506-523; VALLS 2006, 29-30; PALAZZO 2015, 67-93; y REBASA y CARBAJALES 2011, 1167-1181.

Pese a estas similitudes, el constituyente de 1994 –que pudo haber apelado a alguna de esas nociones más consolidadas en el mundo jurídico: dominio público, dominio eminente o, simplemente, dominio– optó por emplear una expresión distinta: *dominio originario*. Tal elección no puede dejar de concitar la atención del intérprete, y de invitarlo a hacer un esfuerzo por desentrañar su significado, que ciertamente no emerge prístino de una primera ni de una segunda lectura.

VII. Notas definitorias del dominio originario instituido por el constituyente argentino

La Asamblea Constituyente de 1994 compartía, mayoritariamente, la convicción de que los recursos naturales debían quedar en la esfera provincial. Le faltó, sin embargo, claridad para definir con precisión esa firme intuición.

Toca, por tanto, al intérprete develar el contenido de la parca locución (*dominio originario*) escogida por los constituyentes para expresar su decisión. Una tarea que no puede ser afrontada con espíritu voluntarista, sino con objetividad y respeto al sistema constitucional en su conjunto, hurgando en todas sus cláusulas y en cualquier otro elemento tangible que pueda recabar-se entre los antecedentes y consecuentes de la disposición aprobada.

A partir de los datos hasta aquí relevados, procuraré en los puntos siguientes delinear los perfiles esenciales de esta peculiar modalidad de dominio institucionalizada por el art. 124 de la Constitución.

1. Dominio originario y federalismo: dominio vs. jurisdicción

La disputa por los recursos naturales enfrentó, en la Argentina, a centralistas y provincialistas en un debate referido al diseño de nuestro modelo federal.

La Corte de Justicia de la Nación ha recordado de manera constante que “dominio y jurisdicción no son conceptos equivalentes ni correlativos, pues bien puede existir uno sin la otra y viceversa”⁶³.

El dominio sobre los bienes es, por definición, en su sentido más propio, exclusivo⁶⁴. La jurisdicción, en cambio, es por naturaleza fraccionable, y en nuestro sistema federal está distribuida entre la Nación, las provincias y los municipios, sin que ello impida que en ocasiones más de una de esas instan-

⁶³ *Marconetti Boglione y Cía. contra Municipalidad de Santa Fe* (1929); y *Misiones, Provincia de contra Estado Nacional y otro* (2015).

⁶⁴ SALVAT 1962, 31-33.

La exclusividad aducida va referida, en rigor, al *dominio perfecto*, contemplado en el art. 1941 del Código Civil y Comercial de la Nación. Ese carácter exclusivo aplica también a los condóminos, cada uno de los cuales ejerce con ese alcance las facultades pertinentes sobre la parte indivisa que le corresponde. Distinto es el caso del *dominio imperfecto* o *desmembrado* (arts. 1964 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación), que reciben esa denominación, precisamente, por no atenerse a este rasgo esencial del instituto dominical (su carácter exclusivo).

cias de gobierno detentan potestades de legislación y administración sobre las mismas personas o bienes⁶⁵.

Según se ha visto, los constituyentes debatieron sobre diferentes propuestas, y optaron por aquella redacción de la cláusula que implicaba dejar de lado toda referencia a la jurisdicción sobre los recursos naturales, y limitarse a aludir únicamente al dominio originario. Esta decisión, según se adelantó, no debe ser leída como excluyente de todo poder jurisdiccional de las provincias sobre esos bienes, sino solo como la voluntad del reformador de no asignar en bloque tal potestad a la autoridad provincial.

Esta opción por la fórmula más breve, que omite pronunciarse sobre lo atinente a la jurisdicción, obliga a aplicar al caso los criterios clásicos sobre los cuales se estructura el reparto de competencias en nuestra matriz federal, empezando por la regla cardinal del art. 121 de la Constitución. A falta de una pauta específica, entonces, habrá que entender que las provincias (en lo que hace a la jurisdicción sobre los recursos naturales) se han reservado todo el poder no delegado al gobierno nacional, de manera expresa o implícita.

Ello no impide reconocer que ciertos retazos del poder jurisdiccional, en algunos casos de significativa importancia, han sido transferidos por la Constitución a la órbita federal.

Algunos de ellos, de manera exclusiva, como, por ejemplo, la competencia para dictar los Códigos de fondo (en particular, el Código Civil y el Código de Minería, este último comprensivo de los hidrocarburos) que el art. 75, inciso 12, confiere al Congreso de la Nación; o el poder para regular el comercio interjurisdiccional y la navegación que el propio legislador nacional debe ejercer, conforme surge de los arts. 26, 75 –incisos 10 y 13– y 126 de la Constitución.

En otras ocasiones, tal transferencia de potestades a las autoridades nacionales no es plena, sino que concurre con aquellas que conservan las provincias sobre el mismo ámbito material o geográfico. Así sucede con el dictado de las normas tuitivas del medioambiente (art. 41); o con las facultades de legislación y administración sobre los establecimientos de utilidad nacional, en los cuales las provincias mantienen poderes de policía y tributación (art. 75, inciso 30); o con el despliegue de políticas de fomento (arts. 75, inciso 18, y 125); o con los genéricos poderes implícitos que titulariza el Congreso federal (art. 75, inciso 32), que se activan, por ejemplo, cada vez que entran en juego intereses que conciernen a la Nación.

⁶⁵ La disociación entre dominio y jurisdicción suele ilustrarse a través de los ríos navegables, que pertenecen al dominio provincial pese a que el gobierno federal ejerce sobre ellos la jurisdicción exclusiva en materia de navegación (arts. 75, inciso 10, y 124 de la Constitución Nacional). Pero podrían traerse a colación otras muchas situaciones donde ese fenómeno se verifica. Un caso notorio es el de los hidrocarburos, que pertenecen al dominio originario de las provincias (art. 124 de la Constitución), pese a que compete al Congreso de la Nación sancionar la legislación sustantiva que los gobierna (art. 75, inciso 12, de la Constitución).

La opción de los constituyentes por la versión más acotada de cuantas se discutieron (aquella, insisto, que solo aludía al dominio originario y guardaba silencio respecto de la jurisdicción) abre, por tanto, un panorama donde los poderes de legislación sobre los recursos naturales aparecen repartidos entre la Nación y las provincias⁶⁶, si bien estas últimas, por imperio del art. 121 de la Constitución, pueden considerarse depositarias de una potestad residual⁶⁷.

2. Dominio originario vs. otros "dominios"

El dominio originario previsto en el art. 124 convive, como es notorio, con otros dominios, que pueden encontrarse en cabeza del mismo titular o de otro distinto (público o privado).

Por de pronto, asumida la diferencia que existe entre dominio originario y dominio eminente, las prerrogativas provenientes de uno y otro en modo alguno se excluyen entre sí, como lo pone en evidencia el hecho de que las provincias puedan ejercerlas, simultáneamente, sobre sus propios recursos naturales.

El dominio originario sobre los recursos naturales es, también, compatible con la ocasional calificación de estos como bienes del dominio público⁶⁸, o como bienes del dominio privado, sea del Estado⁶⁹ o de los particulares⁷⁰.

Finalmente, el dominio originario armoniza con la propiedad minera concedida al particular explotador, título al que preexiste, con el cual coexiste y frente al cual subsiste (cuando se declara su caducidad)⁷¹.

En definitiva, el dominio originario y las otras figuras dominicales (que guardan entre sí una indudable relación de analogía) comportan señoríos diferentes, por lo que pueden superponerse respecto de los mismos bienes, confluyendo o no en manos del mismo sujeto, según las circunstancias.

A ello, la clave está en determinar qué potestades entraña el dominio originario, y de qué forma esas prerrogativas se articulan y armonizan con

⁶⁶ GELLI 2018, 731-735; y MANILI 2021, 551-553.

⁶⁷ Así lo ilustran, por ejemplo, los Códigos de Aguas o las leyes de suelos dictadas por parte de cada provincia.

El fundamento de estos poderes residuales proviene, a mi juicio, de cuanto ha sido expuesto en el texto *supra*. Con una mirada diferente, sin embargo, un calificado sector de la doctrina argumenta que el dominio conllevaría, como regla, la jurisdicción, salvo que esta aparezca limitada o excluida por alguna disposición o circunstancia (Frías 1987, 323; VILLEGAS BASAVILBASO 1952, 14; Marienhoff 1984, 791; y Abalos 2007, 308. Personalmente, dada la disociación que existe entre ambos conceptos, no encuentro motivos para afirmar que la jurisdicción lleve aparejado, de suyo, el dominio.

⁶⁸ Art. 235, incisos a), b), c), d) y e), del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁶⁹ Arts. 236, incisos b) y c), del Código Civil y Comercial, y 7° del Código de Minería.

⁷⁰ El mismo art. 236, inciso c), del Código Civil y Comercial citado en la nota anterior reconoce, implícitamente, la posible existencia de lagos no navegables de propiedad privada.

⁷¹ VALLS 1992, 97.

las provenientes de otros títulos dominicales que puedan reposar sobre los mismos bienes⁷². Una labor ardua, pero indispensable para dar respuesta a las dificultades que plantea la existencia de estos distintos *dueños*, dado que el art. 124 irrumpe en la escena constitucional sin que se haya dispuesto la derogación de cláusulas tales como las contenidas en los arts. 14, 17 o 75, incisos 12 y 30, que dan sustento a esos otros títulos.

3. Dominio originario vs. dominio útil: su carácter primario e inalienable

Para avanzar en la identificación de las prerrogativas inherentes al dominio originario, es menester volver la atención a su antecedente directo, el art. 10 del Código de Minería. La lógica que preside esta disposición consiste, como surge de su Exposición de Motivos, en la necesidad de diferenciar el dominio originario de las minas atribuido al Estado, de la propiedad minera derivadamente adquirida por el concesionario.

Este contraste entre dominio originario y propiedad minera pone de manifiesto una de las notas esenciales del primero: se trata de un título primitivo, que no proviene de un dueño anterior (puesto que no lo hay). Los recursos naturales pertenecen desde siempre a las provincias (o a la Nación, si están en territorio de esta última), les pertenecen originariamente, desde un principio⁷³. Su titular podrá transferir a otros ciertos derechos de explotación sobre los recursos en cuestión, reconociéndoles el dominio útil sobre el producto de su actividad extractiva⁷⁴ y conservando para sí una porción de los beneficios de ese aprovechamiento.

La cesión de estos derechos de explotación no desdice, sin embargo, el carácter inalienable del dominio originario, que perdura en cabeza de su titular. La propia condición originaria (no derivada) sugiere su naturaleza intransferible, pues si se admitiera, por hipótesis, la posibilidad de cederlo, el beneficiario de la transmisión ya no podría esgrimir su condición originaria.

La índole inalienable y definitiva de la posición del dueño originario explica y funda, por lo demás, su poder de control sobre el concesionario, cuya propiedad puede extinguir (a título de caducidad) si constata que la explotación que ejerce no se atiene a las pautas racionales y sustentables estipuladas.

4. Dominio originario y medio ambiente: deber de garantizar una explotación racional

Es indudable que los recursos naturales son bienes de singular importancia, y ello por una pluralidad de motivos: son imprescindibles para la subsistencia y el desarrollo humanos; constituyen una fuente primordial de generación de

⁷² En el mismo sentido, Martín 2010, 106.

⁷³ CATALANO 2006, 68; CASSAGNE 2010, 19; CASSAGNE y DE LA RIVA 2014, 821-822; MANILI 2021, 526; y Saulino 2016, 342-343.

⁷⁴ CASSAGNE 2010, 18-20.

riqueza; su cantidad es limitada (debido, en buena medida, a su condición no renovable); e integran un ecosistema que necesita ser preservado.

Al acometer el desafío de intentar perfilar los contornos del dominio asignado por el constituyente sobre este tipo peculiar de bienes, no es posible desentenderse de las notas que los rodean. Ellos constituyen un patrimonio común que debe ser racionalmente explotado y preservado en beneficio de las generaciones presentes y futuras, por lo que su titular no puede hacer de ellos un uso desaprensivo (como el que podría tolerarse del propietario privado de un determinado bien), pues el dominio que se le atribuye no solo lo convierte en su *dueño*, sino también en su *guardián*.

Más allá de la multiplicidad de recursos naturales existentes, es ostensible la estrecha relación que entre ellos existe en razón del único ecosistema que integran. Este dato cobra particular relevancia para la configuración del régimen que ha de gobernarlos, que debe apuntar –entre otras cosas– a garantizar que su aprovechamiento no afecte su conservación ni erosione el equilibrio del sistema en su conjunto, máxime cuando gran parte de ellos no se renuevan y podrían correr el riesgo de degradarse, y aun agotarse, si no se los explota con cuidado.

Esta perspectiva encuentra respaldo en el propio texto constitucional, cuyo art. 41 encomienda a las autoridades velar por la “utilización racional” de los recursos naturales, un mandato que no va dirigido únicamente al titular de su dominio originario sino a la totalidad de las esferas de gobierno y en la medida de las incumbencias de cada una de ellas en materia medioambiental.

Es, por tanto, inevitable ver a este art. 41 como un complemento del art. 124. Los contornos de las prerrogativas del dueño originario no pueden demarcarse sin tener presente esta exigencia de velar por la utilización racional de los recursos naturales, un mandato que debe interpretarse en un doble sentido: como contrario a su sobreexplotación, pero opuesto, también, al aprovechamiento ineficiente de esos mismos recursos⁷⁵. Ambos artículos, el 41 y el 124, deben, pues, ser leídos al unísono y en armonía.

5. ¿Qué es, en suma, el dominio originario consagrado por el constituyente?

A partir de los elementos reunidos en las páginas precedentes, ¿qué puede extraerse en limpio acerca del contenido de esta singular modalidad de dominio calificado como *originario*? Dada la parquedad del texto constitucional, sus rasgos deberán, necesariamente, inferirse de la misma condición originaria de que ha sido investido, de las exigencias impuestas por la índole peculiar de los bienes sobre los cuales recae (los recursos naturales), y de cuanto pueda colegirse de otras cláusulas constitucionales vinculadas o complementarias al art. 124.

⁷⁵ RODRÍGUEZ 2021, 238-239.

El recorrido realizado nos permite sentar los siguientes caracteres definitorios del dominio originario surgido de la reforma constitucional de 1994:

a) El dominio originario, ante todo, hace referencia al *primer dueño* de los recursos sobre los cuales recae, puesto que configura un título que no se recibe de otro, que no es adquirido, sino que se posee *ex tunc*.

b) El dueño originario ha de ser, forzosamente, definitivo. Si se le concediera (por hipótesis) la posibilidad de transferir esa condición a un tercero, este ya no ostentaría el título de dueño originario, sino derivado del primero. De allí que el dominio originario resulte, por definición, *inalienable*. Su titular podrá, en todo caso, transmitir derechos de explotación sobre los bienes sobre los cuales detenta esa prerrogativa, pero en ningún caso podrá despojarse en favor de otro de su calidad de dueño originario, condición que subsiste aun tras el otorgamiento de tales derechos de explotación.

c) La facultad del titular del dominio originario de ceder a terceros derechos de explotación conlleva, en razón de la naturaleza de los bienes implicados y de la directiva impuesta por el art. 41 de la Constitución, su deber de velar porque tal aprovechamiento se desarrolle de forma racional y sustentable, lo cual constituye otro de los rasgos inherentes al dominio reconocido. De allí resultan, precisamente, los *poderes de control* sobre el beneficiario del dominio útil transferido, cuyo título podrá declarar caduco si aquel no se atiene a las exigencias previstas.

d) Pese al carácter originario del dominio instituido, *no* se lo debe concebir como un *título dominical completamente autónomo*, ya que su reconocimiento se inserta en un marco constitucional que ampara, en simultáneo, otros dominios. Por ello, el ejercicio de las prerrogativas del dueño originario deba armonizarse con esos otros derechos y prerrogativas que pudieran existir sobre los mismos bienes con base en el texto constitucional, entre ellos, el dominio público, la propiedad privada o las potestades estatales derivadas de un establecimiento de utilidad nacional. Tales derechos o potestades subsisten pese al dominio originario reconocido; pero, al propio tiempo, esos derechos o potestades se verán impactados y condicionados por el dominio originario atribuido sobre los bienes en cuestión.

Conclusiones

Las observaciones expuestas no alcanzan, ciertamente, para dar una idea acabada y completa del significado exacto de la noción estudiada. Ese grado de madurez conceptual llegará con el tiempo, cuando la labor reglamentaria del Congreso, sumada a la tarea interpretativa de jueces y doctrinarios, contribuyan a sedimentar esta novel categoría. No puede apurarse ese proceso sin riesgo de caer en errores y dogmatismos.

Lo que creo que ha quedado claro es que el constituyente ha querido someter a los recursos naturales a un régimen de dominio especial, acorde a la índole peculiar que revisten en razón de su extraordinario potencial como

fuelle de riqueza, pero, también, al cuidado especial que requieren para asegurar su preservación para las generaciones futuras.

El dominio originario tiene, así, algo de *proprietatis* y algo de *potestas*. Importa un señorío, si bien no acompañado de las mismas notas que el derecho real de dominio (entre otras cosas, porque es definitivamente indisponible). Pero, en paralelo, el dominio originario entraña para su titular una amplia gama de deberes y potestades orientados a garantizar que ese aprovechamiento se lleve a cabo de manera racional y sustentable.

En definitiva, el dominio originario reconocido a la Nación y a las provincias argentinas sobre los recursos naturales existentes en sus respectivos territorios les permite beneficiarse de su aprovechamiento racional, pero las compele, en simultáneo, a disponer lo necesario para la custodia y conservación de tales recursos, en un marco de respeto y armonía con los derechos y situaciones jurídicas preexistentes a la reforma que gozan de idéntico amparo constitucional.

Bibliografía citada

- ÁBALOS, María G. (2007). Los recursos naturales y las facultades nacionales, provinciales y municipales en el federalismo argentino: algunas consideraciones. En *El Derecho (Derecho Constitucional)*, Tomo 2007 (pp. 308-318).
- BARRERA BUTELER, Guillermo E. (2020). Dominio y jurisdicción del gobierno federal, de las provincias y de los municipios. En Antonio María Hernández y Guillermo E. Barrera Buteler [Coord.], *Derecho público provincial*, 3ª edición (pp. 313-340). Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- BIDART CAMPOS, Germán J. (1979). Las provincias y las minas. En *El Derecho*, Tomo 83 (pp. 392).
- BIDART CAMPOS, Germán J. (2013). *Manual de la Constitución reformada*. Tomo I. Buenos Aires, Ediar.
- CANO, Guillermo J. (1972). Reflexiones sobre la reforma del Código de Minería y el anteproyecto del doctor Edmundo F. Catalano. En *La Ley*, Tomo 145 (pp. 729-740).
- CASSAGNE, Juan Carlos (2007). El dominio de los yacimientos de hidrocarburos (Su relación con las potestades nacionales y provinciales y los derechos de los concesionarios). En *La Ley*, Tomo 2007-C (pp. 1135-1151).
- CASSAGNE, Juan Carlos (2010). Acerca de la noción del dominio público y las nuevas ideas sobre los usos especiales. En *Jurisprudencia Argentina*, número especial 2010-III (pp. 11-25).
- CASSAGNE, Juan Carlos (2021). *Curso de derecho administrativo*. Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley. T II, 13ª.
- CASSAGNE, Juan Carlos, y DE LA RIVA, Ignacio M. (2014). Formación, trayectoria y significado actual del dominio público en la Argentina. En *Revista de Derecho Administrativo* (93), 799-824.
- CATALANO, Edmundo F. (2006). *Código de Minería comentado*. Buenos Aires, Zavalía, décima edición.
- Código de Minería de la República Argentina. Leyes Complementarias (con las notas del Dr. Enrique Rodríguez)* (2017). Buenos Aires, AAZ editora. 4ª edición actualizada.
- Convención Nacional Constituyente: Diario de Sesiones* (1994). Buenos Aires, Congreso de la Nación.
- CUADROS, Oscar Álvaro (2018). *Administración y mercado (Dominio y contratos del Estado. Regulación de los derechos de propiedad)*. Buenos Aires, Astrea.

- DALLA VÍA, Alberto R. (2006). *Derecho constitucional económico*. Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot. 2ª Edición.
- DE LA RIVA, Ignacio M. (2008). Dominio y jurisdicción sobre hidrocarburos en nuestro sistema federal: un auténtico rompecabezas para armar. En *El Derecho (Derecho Constitucional)*, Tomo 2008 (pp. 506-523).
- DE LA RIVA, Ignacio M. (2015). Poderes de regulación nacionales y provinciales bajo el nuevo régimen de hidrocarburos. *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería (RADEHM)* (5), pp. 35-40.
- DE LA RIVA, Ignacio M. (2018). ¿Qué dominio originario? Definir su alcance sigue siendo una asignatura pendiente (Comentario al fallo 'Administración de Parques Nacionales c. Misiones Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad' de la Corte Suprema. En *El Derecho (Derecho Administrativo)*, Tomo 2018 (pp. 469-474).
- ERIZE, Luis (2010). Eminent Domain and Regulatory Changes. En Aileen McHarg et al. (ed.), *Property and the law in energy and natural resources* (Oxford, Oxford University press) (pp. 281-310).
- FRIAS, Pedro José (1987). Dominio y jurisdicción de la Nación y las provincias. En *Derecho público provincial* (pp. 323-342) Buenos Aires, Depalma.
- GELLI, María Angélica (2018). *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*. Buenos Aires, Thomson Reuters - La Ley. T II, 5ª edición ampliada y actualizada.
- GONZÁLEZ, Joaquín V. (1917). *La propiedad de las minas. Estudios legales y constitucionales relativos a la reforma del Código de Minería*. Buenos Aires, Librería "La Facultad" de Juan Roldán.
- GONZÁLEZ MORAS, Juan Martín (2009). El régimen dominial del Estado y los recursos naturales. En *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* (374)17-36.
- HERNÁNDEZ, Antonio María (h) (1997). *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires*. Buenos Aires, Depalma.
- IRIBARREN, Federico J. (2006). Acerca del dominio originario de los recursos naturales. En *Revista de Derecho Ambiental* (5), 55-65.
- LÓPEZ, Joaquín (1993). Los recursos naturales, la energía y el ambiente en las constituciones de las provincias argentinas. En: Dardo Pérez Guilhou y otros, *Derecho público provincial*, T III. (pp. 1-134). Mendoza, Depalma.
- MANILI, Pablo Luis (2021). *Tratado de derecho constitucional argentino y comparado*. Buenos Aires, Thomson Reuters - La Ley. T IV.
- MARIENHOFF, Miguel S. (1939). *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- MARIENHOFF, Miguel S. (1984). El régimen de aguas en nuestro sistema federal. En *El Derecho*, Tomo 106 (pp. 791-802).
- MARIENHOFF, Miguel S. (2011). *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. T V.
- MARTELLI, Hugo C., y MANILI, Pablo L. (2010). El dominio originario de los recursos naturales. En Daniel A. Sabsay (Dir.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T 4 (pp. 872-899). Buenos Aires, Hammurabi.
- MARTIN, Liber (2010). *Derecho de aguas (Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas)*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- MARTIRÉ, Eduardo (1979). *Historia del derecho minero argentino*. Buenos Aires, Perrot.
- Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994* (1995). Buenos Aires, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos del Ministerio de Justicia de la Nación. T VI.
- Ordenanzas de minería de la Nueva España formadas y propuestas por su Real Tribunal*, González, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/184/14.pdf>
- PALAZZO, Eugenio Luis (2015). Los hidrocarburos en los equilibrios y en las tensiones entre la nación y las provincias. En *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería (RADEHM)* (5), 67-93.
- PRIETO, Hugo N. (2005). El dominio originario de los recursos naturales. La titularidad de las provincias y sus consecuencias en materia de hidrocarburos. En *La Ley*, Tomo 2005-E (pp. 1181-1194).

- QUIROGA LAVIÉ, Humberto (2007). *Constitución de la Nación Argentina comentada*. Buenos Aires, Zavallía.
- REBASA, Marcos, y CARBAJALES, Juan José (2011). Los recursos naturales en la reforma del 94': Aportes para una interpretación constitucional (El caso de los hidrocarburos). En *La Ley*, Tomo 2011-C (pp. 1167-1181).
- RODRÍGUEZ, Leandro G. (2021). *Leyes provinciales que prohíben determinadas técnicas de extracción y beneficio de minerales para la minería metalífera: el análisis de su constitucionalidad frente al ordenamiento constitucional y el interés público de la actividad, previsto en el Código de Minería* (Tesis para optar al grado de Doctor en Ciencias jurídicas y sociales, Pontificia Universidad Católica Argentina).
- SACRISTÁN, Estela B. (2014). Dominio originario de los recursos naturales. La cuestión del dominio eminente. En *La Ley (Derecho Constitucional)*, Tomo 2014 (pp. 149-157).
- SACRISTÁN, Estela B. (2017). Dominio originario y dominio eminente: a propósito del art. 124 de la Constitución Nacional argentina. En Luis Ferney Moreno Castillo y Víctor Rafael Hernández-Mendible (Coord.), *Derecho de la energía en América Latina*, T I. pp. 315-337. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- SACRISTÁN, Estela B. (2019). Los recursos naturales en la Constitución Nacional argentina: La cuestión del dominio originario. En *Revista de Derecho Administrativo Económico (ReDAE)* (30) (pp. 111-139).
- SALVAT, Raymundo M. (1962). *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina S.A. 5ª. Edición.
- SARAVIA, Luis Adolfo (1999). El petróleo y las provincias. En *La Ley*, Tomo 1999-B (pp. 1182-1195).
- SAULINO, María Florencia (2016). Distribución de competencias en materia ambiental. En AA. VV., *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina (Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria)*, T I (pp. 329-344). Buenos Aires, Thomson Reuters.
- VALLS, Mario F. (1992). *Recursos naturales (Lineamientos de su régimen jurídico)*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. T I.
- VALLS, Mario F. (2006). *Código de Minería de la República Argentina (Anotado, comentado y concordado)*. Buenos Aires, LexisNexis, 4ª. Edición.
- VERA, Rodrigo E. (2008). El impacto del art. 124 de la Constitución Nacional en la dogmática del dominio público en la Argentina. En *Revista Argentina del Régimen de Régimen de la Administración Pública* (363), 121-131.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1988). El dominio eminente y su aplicación en materia de minas. En *Revista Chilena de Derecho* (15), 87-110.
- VILDÓSOLA FUENZALIDA, Julio (1999). *El dominio minero y el sistema concesional en América Latina y el Caribe*. Caracas, Editorial Latina C.A.
- VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín (1952). *Derecho administrativo*. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina. T IV.

Normativa citada

- Ley N° 12.161. Régimen legal de las minas de petróleo e hidrocarburos fluidos. Boletín Oficial, 1 abril 1935.
- Ley N° 14.773. Energía y combustibles nacionalización. Boletín Oficial, 13 noviembre 1958.
- Ley N° 17.094. Extensión de la soberanía de la nación argentina sobre la plataforma continental y el mar territorial. Boletín Oficial, 10 enero 1067.
- Ley N° 17.319. Ley de Hidrocarburos. Boletín Oficial, 30 de junio 1967.
- Ley N° 17.500. Ley de Pesca. Boletín Oficial, 31 octubre 1967.
- Ley N° 22.259. Establece Código de Minería. Boletín Oficial, 1 agosto 1980.
- Ley N° 22.351. Ley de Parques Nacionales. Boletín Oficial, 12 diciembre 1980.
- Ley N° 23.968. Espacios Marítimos. Boletín Oficial, 5 diciembre 1991.
- Ley N° 24.145. Ley de Federalización de Hidrocarburos. Boletín Oficial, 6 noviembre 1992.
- Ley N° 24.543. Aprueba la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Boletín Oficial, 25 noviembre 1995.

- Ley N° 24.922. Aprueba el régimen federal de pesca. Boletín Oficial, 12 enero 1998.
- Ley N° 26.197. Administración de las provincias sobre los yacimientos de hidrocarburos que se encontraren en sus respectivos territorios, lecho y subsuelo del mar territorial del que fueren ribereñas. Boletín Oficial, 5 enero 2007.
- Ley N° 26.331. Aprueba los presupuestos mínimos de protección ambiental de los bosques nativos. Boletín Oficial, 26 diciembre 2007.
- Ley N° 26.639. Aprueba los presupuestos mínimos para la preservación de los glaciares y del ambiente periglaciario. Boletín Oficial, 28 octubre 2010.

Jurisprudencia citada

- Administración de Parques Nacionales contra Misiones, Provincia de* (2017): CSJN, 10 de agosto de 2017, en *Fallos* 340:991 [Acción declarativa de inconstitucionalidad].
- Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro contra Estado Nacional s/* (2019): CSJN, 4 de junio de 2019, en *Fallos* 342:917 [Acción declarativa de inconstitucionalidad].
- Campo del Cielo S.R.L. con Provincia del Chaco* (2011): CSJN, 24 de mayo de 2011, en *Fallos* 334:565 [Recurso de hecho].
- Canoa "Stella Alpina" (1957)*: CSJN, 29 de mayo de 1957, en *Fallos* 237:837 [Denuncia penal].
- Chevron San Jorge S.R.L. contra Neuquén, Provincia del s/* (2011): CSJN, 1 de noviembre de 2011, en *Fallos* 334:1162 [Acción declarativa de inconstitucionalidad].
- Corrientes, Provincia de contra Estado Nacional* (2021): CSJN, 11 de marzo de 2021, en *Fallos* 344:251 [Acción declarativa de inconstitucionalidad].
- Empresa del Puerto del Rosario contra Nogues, Alejandro* (1921): CSJN, 18 de julio de 1921, en *Fallos* 134:283 [Expropiación].
- Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) contra Mendoza, Provincia de* (2019): CSJN, 17 de diciembre de 2019, en *Fallos* 342:2256 [Acción declarativa de inconstitucionalidad].
- Franck, Roberto Angel contra Provincia de Buenos Aires* (1969): CSJN, 14 de noviembre de 1969, en *Fallos* 275:357 [Acción de daños y perjuicios].
- Gobierno Nacional y Sociedad del Puerto del Rosario contra Provincia de Santa Fe* (1909): CSJN, 8 de mayo de 1909, en *Fallos* 111:179 [Expropiación].
- Marconetti Boglione y Cía. contra Municipalidad de Santa Fe* (1929): CSJN, 29 de mayo de 1929, en *Fallos* 154:312 [Acción contencioso administrativa].
- Mendoza, Provincia de contra Estado Nacional* (1988): CSJN, 2 de agosto de 1988, en *Fallos* 311:1265 [Acción declarativa de inconstitucionalidad].
- Misiones, Provincia de contra Estado Nacional y otro* (2015): CSJN, 13 de mayo de 2015, en *Fallos* 338:362 [Nulidad de acto administrativo].
- Salas, Dino y otros contra Salta, Provincia de y Estado Nacional* (2011): CSJN, 13 de diciembre de 2011, en *Fallos* 334:1754 [Recurso de amparo].
- Total Austral S.A. contra Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Provincia de* (2003): CSJN, 8 de septiembre de 2003, en *Fallos* 326:3368 [Acción declarativa].
- Total Austral S.A. -Sucursal Argentina- contra Dirección Provincial de Puertos de la Provincia de T.D.F.* (2020): CSJN, 24 de septiembre de 2020, en *Fallos* 343:1086 [Acción mera declarativa de inconstitucionalidad].
- Vega, Zenobio y otro* (1939): CSJN, 3 de julio de 1939, en *Fallos* 184:153.
- Yacimientos Petrolíferos Fiscales contra Mendoza, Provincia de y otros* (1979): CSJN, 3 de mayo de 1979, en *Fallos* 301:341 [Nulidad de concesión minera].

Más allá del reconocimiento como 'sujeto de derechos' a la Naturaleza: Un análisis práctico para una comprensión semántica

Beyond Nature Subject of Rights' recognition: A discussion for semantic understanding

Irit Milkes S.*
 Julián A. Pimiento E.**
 Samuel Baena C.***

El cambio de paradigma de una visión antropocéntrica a una ecocéntrica ha llevado a que en diversas latitudes se declare a la naturaleza como 'sujeto de derecho', muchas veces sin cuestionarse cuáles son sus alcances y los efectos prácticos y jurídicos de dicha categoría. El presente artículo pretende ofrecer algunas razones del porqué esta declaratoria no es presupuesto único para la protección material y efectiva de la naturaleza en sí misma e incluso, afirmar que la categoría no guarda un análisis semántico de lo que verdaderamente significa ser sujeto de derecho. Para ello, a partir

The paradigm shift from an anthropocentric to an ecocentric vision has led to the declaration of nature as a 'subject of rights' in several countries, often without questioning the scope and legal and practical effects of this category. This article aims to offer some reasons why this declaration is not the only presupposition for the real and effective protection of nature itself, and even to affirm that the category does not keep a semantic analysis of what it really means to be a subject of rights. To this end, based on a (de)construction of the category,

RESUMEN / ABSTRACT

* Abogada y docente investigadora de la Universidad Externado de Colombia. Máster en Derecho Público de la Université Panthéon-Sorbonne Paris 1 (Francia). Candidata a Doctora en Derecho y Ciencia Política de la Universitat de Barcelona (España). Correo electrónico: irit.milkes@uexternadu.edu.co, CP 111711. Colombia.

** Abogado y docente investigador de la Universidad Externado de Colombia. Máster y Doctor en Derecho Público de la Université Panthéon-Assas Paris II (Francia). Correo electrónico: Julian.pimiento@uexternado.edu.co, CP 111711. Colombia.

*** Abogado y docente investigador de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho, persona y mercado de la Università di Torino (Italia). Correo electrónico: samuel.baena@uexternado.edu.co, CP 111711. Colombia.

Artículo recibido el 20 de julio de 2022 y aceptado el 15 de noviembre de 2022.

de una (de)construcción del contenido de la categoría *sujeto de derecho*, justificaremos por un lado el por qué su adaptación a entes naturales, no ha logrado obtener los efectos útiles esperados hasta el momento, respecto a la creación de mecanismos o herramientas diferentes a las ya existentes en el sistema jurídico colombiano en materia de medio ambiente; por el otro, porqué, a pesar de lo anterior, del reconocimiento de los derechos bioculturales podría promoverse algunos escenarios de participación significativa dirigidos a escenarios alternativos para la protección de la naturaleza.

Palabras clave Sujeto de derechos, ecocentrismo, gestión ambiental, política ambiental, participación significativa, derechos bioculturales.

we will justify, on the one hand, why its adaptation to natural entities has not achieved the useful effects expected so far, regarding the creation of mechanisms or tools different from those already existing in the Colombian legal system in environmental matters; on the other hand, why, despite the above, the recognition of biocultural rights could promote meaningful participation aimed at alternative scenario for the protection of nature.

Keywords Subject of Rights, ecocentrism, environmental management, environmental policy, meaningful participation, biocultural rights.

Introducción

La evolución del Derecho en relación con los seres humanos, así como también con la naturaleza demuestra que ha sido progresiva. Ya sea desde el reconocimiento de derechos civiles y políticos o el reconocimiento de derechos colectivos y difusos¹, o el desarrollo de valoraciones axiológicas evidencian la necesidad de establecer categorías efectivas de protección al medio ambiente independientemente de los beneficios que genere a la especie humana.

Si bien es cierto que existe un interés en dotar de protección al medio ambiente, los instrumentos diseñados para alcanzar este objetivo y hacer frente al cambio climático se caracterizan –en su gran mayoría– por su carácter antropocéntrico; es decir, una prioritaria finalidad en proteger los intereses de los seres humanos y no de la naturaleza en sí misma. La constitucionalización y la elevación de principios como el derecho a un ambiente sano, derecho a la salud, derecho a la no contaminación e incluso, la protección de generaciones futuras son una muestra de ello. El paso de una visión exclusivamente enfocada en el ser humano a una visión biocéntrica y ecocéntrica², caracterizada esta última por dotar de contenido los derechos de la Naturaleza como titular, resaltan los esfuerzos institucionales y normativos para responder a nuevas formas de comprensión del mundo y la relación del ser humano con su entorno³.

¹ PRIETO MÉNDEZ 2013, 29.

² En este sentido consultar BURDON, P. 2010, 49:69-89; MALONEY, M., BURDON, P., 2014.; O'RIORDAN, T., 1991, 108:5.

³ GUDYNAS, 2015, 15-21.

No es en vano que en distintas ocasiones se señale que, el paradigma antropocéntrico o socio ambiental ha sido insuficiente para proteger a la naturaleza⁴. De hecho, el reconocimiento ecocéntrico⁵ ha permitido que en algunos ordenamientos jurídicos se eleven a rango constitucional los derechos de la Naturaleza, como es el caso de Ecuador o Bolivia⁶, orientando el modo de actuar y el ejercicio funciones por parte del poder público. La evolución de estas perspectivas permite igualmente avanzar en el estudio y clasificación de los derechos de la Naturaleza, creados y concebidos no alrededor y en función de los seres humanos, sino a partir del reconocimiento de su valor intrínseco en sí mismo⁷. Algunos promotores de visiones ecocéntricas⁸ afirman que para solventar algunos de los problemas que no alcanzan a ser resueltos desde una óptica antropocéntrica⁹, deberán reconstruirse basándose en la protección y bienestar de la naturaleza de manera independiente, llegando a considerar en la declaración de esta como sujeto de derecho una alternativa para conseguir tal objetivo¹⁰.

El reconocimiento de personalidad jurídica a seres diferentes a los humanos data a hechos históricos y filosóficos que no serán abordados en este trabajo, pero motivan el estudio sobre el tratamiento de esta categoría en algunos sistemas jurídicos actuales¹¹. De hecho, la extensión y ampliación de la categoría de *sujeto de derecho* en distintos ordenamientos jurídicos, particularmente el caso del *Río Atrato* en el escenario colombiano ha sido el cata-

⁴ *Ibíd.*, 79-80.

⁵ Según la Corte Constitucional Colombiana un enfoque biocéntrico “*deriva en un primer momento de una concepción antropocéntrica en tanto estima que la naturaleza debe protegerse únicamente para evitar la producción de una catástrofe que extinga al ser humano y destruya al planeta. Bajo esta interpretación la naturaleza no es sujeto de derechos, sino simplemente un objeto a disposición del hombre. Sin embargo, se diferencia del enfoque puramente antropocéntrico en la medida en que considera que el patrimonio ambiental de un país no pertenece en exclusiva a las personas que habitan en él, sino también a las futuras generaciones y a la humanidad en general*” Sentencia T 622 de 2016 y sentencias C-519 de 1994, C-595 de 2010, C-703 de 2010, C-632 de 2011 y C-449 de 2015, entre otras.

⁶ *Ibíd* (Nº 49), 78.

⁷ *Ibid* (Nº 4), 58.

⁸ Una visión ecocéntrica, a diferencia de una biocéntrica, “*parte de una premisa básica según la cual la tierra no pertenece al hombre y, por el contrario, asume que el hombre es quien pertenece a la tierra, como cualquier otra especie. De acuerdo con esta interpretación, la especie humana es solo un evento más dentro de una larga cadena evolutiva que ha perdurado por miles de millones de años y por tanto de ninguna manera es la dueña de las demás especies, de la biodiversidad ni de los recursos naturales como tampoco del destino del planeta. En consecuencia, esta teoría concibe a la naturaleza como un auténtico sujeto de derechos que deben ser reconocidos por los Estados y ejercidos bajo la tutela de sus representantes legales, verbigracia, por las comunidades que la habitan o que tienen una especial relación con ella*” Corte Constitucional, Sentencia T 622 de 2016.

⁹ Para estos efectos ver GOODJOHN 1993, 24-25; COLÓN RÍOS, 2019, 71-72.

¹⁰ En esta línea consultar MACPHERSON, Elizabeth; O'DONNELL, Erin, “¿Necesitan derechos los ríos? Comparando estructuras legales para la regulación de los ríos en Nueva Zelanda, Australia y Chile, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Nº 25, 2017, pp. 95-120.

¹¹ Cfr. PIMIENTO ECHEVERRI, Julián; MILKES SÁNCHEZ, Irit; BAENA CARRILLO, Samuel, “Les biens publics au défi des droits de la nature”, *Revue du Droit Public* Nº 4, pp. 933-956.

lizador de múltiples pronunciamientos judiciales que han otorgado la misma categoría a distintos entes naturales. Si bien en principio, la ampliación de esta categoría y el activismo judicial parecería traer resultados positivos, en el presente artículo intentaremos responder algunos interrogantes que surgen alrededor de la categoría de sujeto de derechos, qué significa concretamente que un ente natural sea *sujeto de derecho* y, además, algunas de las implicaciones y responsabilidades que trae para la Administración pública, generalmente, destinataria de las órdenes judiciales y para las comunidades que habitan los territorios naturales. Desde ya, afirmaremos que tras el esfuerzo por responder estos interrogantes la categoría en discusión no responde a los objetivos propuestos para la protección eficaz de la naturaleza desde una perspectiva instrumental. Sin embargo, aporta avances simbólicos en la relación del hombre y la naturaleza y la integración y participación significativa de ciertas agrupaciones que velan por la protección de los intereses de esta.

I. Los entes naturales como sujetos de derechos: *Yo soy el río, el río soy yo*¹²

1. Un breve repaso sobre la categoría 'sujeto de derecho'

Sin ánimos de profundizar en fundamentos dogmáticos, seguir los pasos de la construcción de una categoría permite comprender el proceso de adaptación y extensión a nuevas figuras y el cumplimiento de determinados propósitos. Antes de analizar algunos de los eventos en donde se ha otorgado el carácter de sujeto de derecho a la naturaleza, no se echa de menos clarificar y ahondar en el contenido de lo que significa la categoría de *sujeto de derecho* además de indagar qué significa tener un derecho. Respecto a este último interrogante, se ha entendido que la titularidad de un derecho subjetivo no es otra cosa que "una pretensión conferida a un sujeto (o a una clase de sujetos) frente a otro sujeto a los que se impone un deber (una obligación) correlativo"¹³. En palabras de Guastini, "los derechos son, entonces, atributos que corresponden a sujetos, y en particular, a sujetos humanos (...) son cualidades que los humanos tienen sí, y cuando, les son atribuidas [por el derecho objetivo]", en la cual volveremos más adelante. Por otro lado, tradicionalmente la categoría de *sujeto de derecho* trata de una expresión que permite "designar los entes a los cuales es posible imputar derechos y obligaciones"¹⁴. Al hablar de sujeto de derechos, es usual que por defecto se piense en la participación de un sujeto en una relación jurídica, sea de forma activa o pasiva, a la cual se le atribuyen características que lo definen precisamente como sujeto de derecho.

¹² BRENDAN KENNEDY 2012. Disponible en: <https://www.culturalsurvival.org/publications/cultural-survival-quarterly/i-am-river-and-river-me-implications-river-receiving>

¹³ GUASTINI 1999, 180.

¹⁴ GUZMÁN BRITO, 2002. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552002002400007

En algunas ocasiones, a pesar de lo básico que resulta la mención a estas nociones en el ámbito del Derecho, es usual que se asimilen y traten indistintamente dentro de la categoría de sujeto de derecho o persona otras tales como *personalidad jurídica* o *capacidad*¹⁵.

La personalidad jurídica no es más que la manera en que se exterioriza en el mundo la persona, es decir, cómo se manifiestan los rasgos que la caracterizan precisamente como 'persona'. De esta se desprende a su vez, una serie de atributos que demuestran su aptitud e idoneidad para ser sujeto de derecho, ya que son dichas aptitudes lo que permiten el surgimiento de cualquier relación jurídica. Algunos también han mencionado que el concepto de personalidad es previo a este y van de la mano¹⁶. En este sentido, por un lado, la personalidad jurídica no es más que aquellos atributos inherentes a la existencia misma de la persona que, a su vez, son condición previa para que pueda ser otorgado en su cabeza una serie de derechos y deberes. Por otro lado, *la capacidad* podría calificarse como uno de los rasgos de la personalidad jurídica que, a su vez, se desdobra en capacidad de derecho, goce o adquisición y la capacidad de obrar de hecho o de acción¹⁷.

La capacidad de hecho, o la capacidad de obrar es la aptitud o idoneidad para la realización de actos jurídicos; es decir, la posibilidad que tiene una persona –por regla general– para actuar y ejercer cualquiera de los derechos que le han sido reconocidos previamente en el ordenamiento jurídico sin la intervención de terceros. Por consiguiente, esta no se extiende a todas las personas por igual, ya que de algunas personas puede predicarse plenamente, mientras que de otras solo de forma restringida, e incluso algunas carecen totalmente de ella¹⁸. De hecho, teniendo en cuenta que la capacidad jurídica se reconoce a toda persona por su mera existencia, la capacidad de hecho no se desprende indefectiblemente de esta, sino por el contrario se trata de una "característica contingente que variará en función de la aptitud de cada persona"¹⁹ y del reconocimiento por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, los atributos de la personalidad no han sido concedidos exclusivamente a personas físicas, sino también a personas jurídicas o morales. Normalmente su distinción corresponde al simple hecho del carácter físico de las primeras y, por lo tanto, las segundas reciben el apelativo de personas, añadido al adjetivo de 'jurídicas' cuando se trata de personas que se caracterizan por su carácter 'incorpóreo'²⁰. En sus orígenes, el principal objetivo de crear la categoría de persona jurídica respondía a la necesidad de proteger los intereses de una comunidad o pluralidad de sujetos de existencia física. Así, el legislador observó que la creación de esta categoría era un medio téc-

¹⁵ GALIANO 2013, 2.

¹⁶ Ver en este sentido LYON 1985, 172.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ GALIANO 2013, 8.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ GALGANO 2004, 13.

nico adecuado e idóneo para que todo grupo de individuos pudiese realizar los fines u objetivos lícitos que se propusieran²¹. No obstante, no bastaba exclusivamente con la confluencia de una pluralidad de sujetos, guiados o reunidos para el cumplimiento y satisfacción de unas expectativas comunes, sino también era necesario un reconocimiento que –necesariamente– debía ser producto del Derecho objetivo²², es decir del legislador²³.

Uno de los retos de toda categoría nueva no solo en el ordenamiento jurídico sino en el núcleo social, es responder a las inquietudes, interrogantes e incluso preocupaciones que genera su implementación y aceptación. De hecho, cuando se consideró como sujetos de derechos, bajo la categoría de persona jurídica a los grupos de individuos físicos que tenían por objetivo desarrollar una actividad en común, se desarrollaron algunas teorías que intentaron justificar su creación. La teoría de la ficción²⁴ a grandes rasgos señalaba que tanto personas físicas como jurídicas tienen “derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”²⁵. En la misma línea, encontramos la teoría organicista²⁶ propulsora de la idea consistente en que los hombres u otros órganos colectivos pueden ser sujetos de derechos pues estos “tienen o pueden construir una voluntad en virtud de la cual pueden ser titulares de derechos subjetivos y además responsables por los daños que causen a otros”²⁷. En este sentido, se trata de un conjunto de individuos que unidos orgánicamente crean un ser nuevo, distinto de cada uno de los individuos quienes persiguen un determinado fin y la obtención de un objeto común²⁸.

²¹ ATEHORTÚA 2005, 51.

²² *Ibid*, 52.

²³ *“una cosa es conferir un derecho y otra garantizarlo. Para conferir un derecho es suficiente una norma redactada, precisamente, como norma atributiva de derechos. Para garantizar un derecho no es suficiente atribuirlo_ es necesario también establecer instrumentos aptos para protegerlo. La garantía de un derecho no puede ser establecida por la misma norma que lo confiere. Solo puede ser establecida por la misma norma que lo confiere. Solo puede ser establecida por otra norma (¿secundaria? Que instituya mecanismos aptos para prevenir la violación de la primera o bien prevea remedios para el caso de que la primera sea violada. En los ordenamientos jurídicos modernos, los derechos son garantizados –típicamente, pero no exclusivamente. En sede jurisdiccional– (...) un derecho (subjetivo) puede considerarse existente con la doble condición de que existan las normas recién mencionadas y, además, tales normas sean efectivas, es decir, realmente aplicadas por los jueces: de forma que se pueda prever que el derecho en cuestión, siempre que sea violado, recibirá efectiva tutela jurisdiccional”* GUASTINI 1999, 180.

²⁴ Ver análisis planteado sobre la teoría de la ficción propuesta por Savigny en el trabajo de SESSAREGO, Carlos F., *Naturaleza tridimensional de la ‘persona jurídica’*, 251-271, Derecho PUCP N° 52, 1999.

²⁵ En este sentido la Corte Constitucional señaló: “la persona jurídica no es titular de los derechos inherentes a la persona humana, es cierto, pero sí de derechos fundamentales asimilados, por razonabilidad, a ella. No tiene derecho a la vida, pero sí al respeto a su existencia jurídica (art. 14 C.P)”. Ver Sentencia T-396 de 1993 y T- 462 de 1997.

²⁶ GIERKE, *Teorías políticas de la Edad Media*, Colección Clásicos Políticos, 1995, LXXIV, 249-257.

²⁷ ATEHORTÚA 2005, 51.

²⁸ Para Otto von Gierke ... *las personas jurídicas son personas reales colectivas y son capaces de querer y obrar. El derecho les atribuye personalidad porque las considera portadoras reales de una voluntad. La persona colectiva o jurídica quiere y obra por medio de órganos. De la misma manera que la persona física manifiesta su actividad por la cooperación de sus órganos corpo-*

Esta teoría contribuyó a la construcción de lo que conocemos por *persona jurídica*, ya que se trata de una voluntad propia de esta e indica los medios a través de los cuales esa voluntad puede exteriorizarse mediante órganos de representación; es decir, la voluntad del órgano se equipara a la declaración de voluntad de la persona jurídica en forma directa²⁹. En la misma línea hay otras teorías que han explicado la necesidad de dotar de individualidad a una entidad no física y no humana para la satisfacción y cumplimiento de objetivos económicos y patrimoniales de grupos societarios como lo son la teoría contractualista o la teoría de la organización y de la institución.

De lo anterior, entonces, podemos afirmar que la creación o reconocimiento como sujeto de derecho es un instrumento del Derecho por un lado, para dar respuesta a necesidades del grupo social en el tráfico jurídico y negocial. Por el otro, otorgar un valor simbólico en el uso del lenguaje, propio del Derecho, para proteger bienes jurídicos relevantes y dar respuesta a fenómenos, a lo mejor, novedosos para la época en la que se discuten.

2. La Naturaleza como sujeto de derecho

Algún sector de la doctrina se ha preguntado si ¿puede la Naturaleza ser considerada titular de derechos?, a la cual sin mayores reparos y discusiones han contestado de forma afirmativa. De forma reactiva, se pregunta en la actualidad si, efectivamente, ¿debe la Naturaleza ser considerada titular de los derechos? Creeríamos que del carácter afirmativo de esta respuesta, se despliegan una serie de interrogantes necesarios para una mejor comprensión y comprensión de la categoría en el núcleo social. De lo contrario, omitir resolver estos interrogantes que, a su vez, se traducen en cuestiones prácticas podría desembocar en diversos obstáculos para alcanzar los objetivos que se pretenden con su declaración.

El reconocimiento como sujeto de derechos ha estado motivado en otros ordenamientos jurídicos por múltiples razones, entre ellas podríamos identificar como común denominador el deseo de hacer más efectiva su protección, como podría ser el caso de Ecuador el cual se convirtió en el primer país en declarar en su texto constitucional³⁰ el reconocimiento inalienable de los derechos de los ecosistemas, así como también la facultad de todo individuo para hacer peticiones a la autoridad en nombre de la Naturaleza. En el mismo sentido, Bolivia un año más tarde (2009) siguió de cerca la experiencia de Ecuador y otorgó protección constitucional a los ecosistemas naturales, además de nombrar un defensor del pueblo para defender o representar

rales, así la persona jurídica expresa su voluntad y la realiza mediante sus órganos. La voluntad del órgano no es la del representante, sino la propia voluntad de la persona colectiva. Siendo la persona colectiva capaz de obrar, puede también cometer actos ilícitos, por los cuales asume una responsabilidad directa. Son actos ilícitos los que realiza el órgano constitucional dentro de la esfera de su competencia". ATEHORTÚA, Óp. Cit., 56.

²⁹ *Ibíd.*, 57.

³⁰ Constitución de Ecuador de 2008, Artículos 10 y 71-74.

a la 'Madre Tierra'³¹. El caso de Nueva Zelanda si bien, a diferencia de los casos mencionados, no reconoció a la Naturaleza en su integridad como sujeto de derecho, dotó al río *Whanganui* y el área conocida como *Te urewera* de personalidad jurídica para acudir a los tribunales. En 2014, el gobierno neozelandés fue el primero en renunciar a la propiedad 'formal'³² de un parque nacional y su calidad de 'zona protegida' o 'área de conservación' en los términos señalados en el *Te Urewera Act* y declarar el área como una persona jurídica³³. Años más tarde declaró, igualmente, como persona jurídica³⁴ al río *Whanganui (Te Awa Tupua)*³⁵ después de aproximadamente ciento setenta años de conflicto con el pueblo Maori³⁶⁻³⁷. En la misma línea se encuentra el caso del río Ganga y Yamuna (India) a los cuales la Corte Suprema de Uttarakhand³⁸ reconoció su personalidad jurídica³⁹ y, además, declaró que eran personas jurídicas (*juristic persons*)⁴⁰, ampliando el concepto de persona jurídica, ya que las definió confusamente como "personas que tienen la condición de entidades vivas que, a su vez, tienen la condición de personas jurídicas con todos los derechos, deberes y responsabilidades correspondientes a una persona viva"⁴¹.

En el caso neozelandés fue previsto en el estatuto del río *Whanganui (Te Awa Tupua Act)*⁴² así como también en los estatutos del área *Te Urewera (Te*

³¹ Ver "Declaring Sacred Natural Sites as juristic persons" en <https://sacrednaturalsites.org/2017/06/declaring-sacred-natural-sites-as-juristic-persons/>, Consulta en línea 1 febrero de 2022.

³² En el fondo... la propiedad sigue siendo un principio organizador de la legislación de *Te Awa Tupua*. El derecho de propiedad de las partes del lecho del río *Whanganui* que son propiedad de la Corona corresponde a *Te Awa Tupua*. Esta tierra es inalienable, pero se puede conceder una servidumbre, un arrendamiento o una licencia en nombre de *Te Awa Tupua* por un plazo inferior a 35 años. Mientras que la propiedad de algunos minerales del lecho sigue siendo de la Corona, otros son de *Te Awa Tupua*. La ley también preserva una serie de derechos anteriores: los derechos de uso y acceso públicos y los derechos de propiedad privada existentes, incluidos los derechos y títulos consuetudinarios.

³³ The New Zealand Parliamentary Counsel Office, *Te Urewera Act*, 2014, N° 51, Public Act, New Zealand Legislation, Disponible en: <https://www.legislation.govt.nz/act/public/2014/0051/latest/whole.html>.

³⁴ HUTCHISON 2014, 179.

³⁵ "Te Awa Tupua is an indivisible and living whole, comprising the Whanganui River from the mountains to the sea, incorporating all its physical and metaphysical elements", *Te Awa tupua Whanganui River Claims Settlement Act*, Version as at 28 October 2021, Disponible en: <https://www.legislation.govt.nz/act/public/2017/0007/latest/whole.html#DLM6831458>

³⁶ PEARLMAN, J., "New Zealand River to Be Recognised as Living Entity after 170-year Legal Battle", *The Telegraph*, Disponible en: <https://www.telegraph.co.uk/news/2017/03/15/new-zealand-river-recognised-living-entity/>

³⁷ Cfr. O'DONNELL, E.; POELINA, A.; PELIZZON, A. & CLARK, C. 2020, 403-427.

³⁸ Cfr. *Uttarakhand High Court, Salim v State of Uttarakhand* (2017); *Miglani v State of Uttarakhand* (2017).

³⁹ Cfr. O'DONNELL 2018, 135-144.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid. O'DONNELL, 139. Ver también en este sentido: JOLLY, Stellina; ROSHAN MENON, K.S. 2021, 467-492.

⁴² <https://www.legislation.govt.nz/act/public/2017/0007/latest/whole.html#DLM6831461>

Urewera Act)⁴³ algunas cuestiones esenciales que van más allá de la declaración como sujeto de derechos y el otorgamiento de personalidad jurídica. Por ejemplo, bajo la lógica que se trata de una persona jurídica, desarrolló aspectos tales como i) la creación de un Comité o Junta, sus funciones, el alcance de sus decisiones, nombramiento, período de ejercicio, responsabilidad de los miembros y límite de su intervención y responsabilidad en el ejercicio de sus competencias como guardianes y el control por un tercero de sus actividades; ii) Obligaciones fiscales y asignación presupuestaria; iii) Planes de gestión, su elaboración, métodos de aprobación, objetivos y alcance del mismo; iv) Actividades permitidas, autorizadas y prohibidas; v) Facultad del Comité para realizar estatutos para regular la conducta de terceros en cuando a la seguridad y preservación de plantas, animales; v) control de acceso al área; vi) Delitos y sanciones que pongan en peligro a Te Urewera; vii) intereses de la nueva persona jurídica protegida y las relaciones de esta con terceros, entre otros.

El estatus de persona jurídica al río o del área natural es similar a la personalidad jurídica que se ha otorgado a grupos societarios, en la medida en que tanto el río –en este caso– como las sociedades, organizaciones o instituciones tienen un patrimonio, pueden realizar actos jurídicos, tienen derechos, así como también puede atribuírseles en su cabeza obligaciones y responsabilidades. De hecho, esto fue lo que justificó que en el caso neozelandés la propiedad que había sobre el río o sobre el área protegida pasase de ser propiedad de la Corona a ser propiedad, no de las *iwi*⁴⁴, o de sus guardianes, sino propiedad del río o el área de manera individualizada⁴⁵. No obstante, el cambio de titularidad no quiere decir que esta propiedad no sea objeto de las afectaciones propias de cualquier tipo de propiedad. Hutchison señala que, el hecho que se haya configurado como persona jurídica al río Whanganui, por ejemplo, ha reconceptualizado la categoría de persona jurídica como la conocíamos hasta la actualidad, ha ampliado los límites de nuestra comprensión sobre nuevas formas de reconocimiento de derechos, así como también cómo a partir de esta ficción, pueden emplearse nuevas formas de gestión para garantizar la protección de entes naturales y acceder a diversos procedimientos de aplicación de la legislación⁴⁶.

En el escenario colombiano, la declaración como sujeto de derecho al Río Atrato amerita detenerse en la adaptación particular de esta categoría, pues algunas características que le dieron origen, la aleja de casos como el neozelandés o indio. Una de las razones –entre muchas otras– que sirvió de fundamento para el reconocimiento como sujeto de derecho estuvo ligada al reconocimiento de derechos bioculturales, entendidos como una visión alternativa de los derechos colectivos de las comunidades étnicas en relación

⁴³ <https://www.legislation.govt.nz/act/public/2014/0051/latest/whole.html>

⁴⁴ *Ibid.*, 180.

⁴⁵ *Ibid.*, 181 y 182.

⁴⁶ HUTCHISON 2014, 180.

con su entorno natural y cultural. Así, en palabras del tribunal constitucional los derechos bioculturales “hacen referencia a los derechos que tienen las comunidades étnicas a administrar y a ejercer tutela de manera autónoma sobre sus territorios y los recursos naturales que conforman su hábitat, en donde se desarrolla su cultura, sus tradiciones y su forma de vida con base en la especial relación que tienen con el medio ambiente y la biodiversidad”⁴⁷. Precisamente la relación de interdependencia entre los seres humanos con la naturaleza –argumenta el juez constitucional– logra concretarse en el ordenamiento jurídico colombiano el cual toma en cuenta el pluralismo cultural y étnico, respecto al cual volveremos más adelante. A pesar del reconocimiento de la personalidad jurídica por la Corte Constitucional, de su pronunciamiento no puede rescatarse algunas líneas acerca de su exteriorización o los alcances de la declaración como *sujeto de derecho*. El tribunal constitucional tan solo se limitó a especificar que la representación del río estaría a cargo del Estado y las comunidades que habitan el territorio próximo a este.

Ahora bien, teniendo en cuenta que son diversas las formas en las que se han aproximado distintos sistemas jurídicos al desarrollo de la categoría en estudio, hay preguntas que deben plantearse para su real comprensión. Partir del supuesto que, el reconocimiento de la categoría *sujeto de derecho* supone la asimilación de una persona jurídica, al menos en su tratamiento o creación, parecería legítimo preguntarse ¿cuál es la naturaleza de la persona jurídica? ¿se trata de una persona jurídica de carácter público o privado?, en el caso de considerarla pública ¿es posible dar paso –vía judicial– a un nuevo sujeto al interior de la Administración pública? ¿Se trata de un novedoso caso de colaboración y extensión de funciones públicas por sujetos privados? Incluso, ¿el origen de los recursos para la financiación del plan de gestión supone o incide en la naturaleza de la persona jurídica propiamente? Por solo señalar un ejemplo, en el caso neozelandés, la asignación de recursos estatales para el financiamiento del plan de protección de *Te urewera* y el *Rio Whanganui* nos hacen creer que se trataría de personas jurídicas de Derecho público, sin perjuicio que pueda calificarse con otra naturaleza debido al porcentaje de recursos estatales y recursos de organizaciones privadas en el caso que existiesen.

Debemos mencionar que en los sistemas jurídicos –al menos los correspondientes a la tradición jurídico-europea– hay algunas razones por las cuales, la creación como sujeto de derechos no responde a los mismos incentivos que dieron origen a su declaración como es el caso de India o Nueva Zelanda. La fuerte influencia y el carácter político sobre las decisiones que tienen por propósito proteger a la Naturaleza incide de manera relevante en la declaración. Por ahora tenemos que, el reconocimiento como sujeto de derecho debido a la complejidad de funciones que deben adelantarse para la protección de intereses, la afectación de un patrimonio en concreto y la representación que ejerce un conjunto de personas reconocidas como guar-

⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 622 de 2016.

dianes de la naturaleza lleva a interpretar que se preferiría acudir a su exteriorización bajo la figura de persona jurídica.

Adicionalmente, el interrogante sobre si se trata de sujetos de Derecho público (o no), será meramente contingente que dependerá del origen y porcentaje de los recursos de financiación de los proyectos de gestión, desconaminación, conservación, mantenimiento, recuperación entre otros, además del modo de su creación y las actividades que desempeñe bajo la categoría de sujeto de derecho que reviste su carácter de persona jurídica.

La lectura de experiencias foráneas tiene como común denominador que la principal motivación para reconocer la personalidad jurídica de entes naturales ha sido dotar de herramientas jurídicas que garantizaran efectivamente su protección, específicamente el acceso a la administración de justicia. No por ello, la extrapolación de esta categoría sigue al pie de la letra las motivaciones o características de la categoría sujeto de derecho de otros sistemas jurídicos. En los casos descritos anteriormente, el reconocimiento de un listado de derechos a los entes naturales que previamente han sido reconocidos como sujeto de derecho son diseñados *ad hoc* dependiendo de las necesidades propias evidenciadas por la autoridad normativa o judicial. Al tratarse de un reconocimiento particular a una entidad natural y no a la Naturaleza en su extensión, dichos sujetos –y derechos– serán tan diversos como sentencias judiciales se pronuncien al respecto y otorguen dicha calidad. Sin embargo, en algunos sistemas jurídicos, la declaración de sujeto de derecho no ha sido catalizador para la creación de nuevas figuras o herramientas distintas a las ya previstas. Por el contrario, se ha limitado al uso meramente lingüístico de una categoría jurídica revestida de novedad que no ha logrado cumplir con las expectativas puestas en ella, como explicaremos a continuación.

3. La capacidad de acción u obrar derechos de la naturaleza ante los tribunales y su representación

La condición de sujeto de derecho entiende –como señalamos anteriormente– que uno de los rasgos de la personalidad jurídica era la capacidad de acción, de obrar o de hecho. Una parte de la doctrina clásica ha identificado como parte de las dificultades para proteger a la naturaleza⁴⁸ son las cuestiones relativas al reconocimiento como sujeto de derecho y, por ende, su ausencia de capacidad para actuar ante tribunales⁴⁹, su falta de capacidad para manifestar su voluntad u obligarse con otro sujeto de derecho, entre otros. Consideraciones rápidamente solventadas en diversos estudios durante los últimos años, los cuales –a partir de una crítica a las consideraciones antropocéntricas– han argumentado cómo el concepto de derechos subjetivos ha ocupado una mayor extensión e integración con la finalidad de incluir en esta

⁴⁸ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, “El derecho de la Naturaleza. Fundamentos”, En ESPINOSA GALLEGOS-ANDA, Carlos y PÉREZ FERNÁNDEZ, Camilo (eds.), *Los derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus derechos*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 35-70.

⁴⁹ ESTUPIÑÁN, STORINI, MARTÍNEZ, DE CARVALHO, 2019, 15-18.

categoría sujetos que históricamente se han encontrado desprotegidos⁵⁰ y las relaciones jurídicas a su alrededor.

En este sentido, alguno de los elementos transversales de la categoría *sujeto de derecho* podrían ser básicamente, entre muchos otros, la existencia de una capacidad global, no solo de reconocer la capacidad de reconocer qué es un derecho, sino también la facultad de exigibilidad y oponibilidad en caso de verse en detrimento sus intereses por cualquier otro. Siendo conscientes de algunos eventos en donde un ser humano carece de capacidad para actuar, así como también para hacer exigible sus derechos ante un tribunal, se han creado diversas figuras para garantizar la efectividad y ejercicio del derecho en sí mismo, sin llegar a cuestionar su existencia o la carencia de su valor⁵¹. De igual forma, en otras ocasiones se ha otorgado derechos subjetivos a personas jurídicas hasta el punto de considerarlas titulares de estos, como fue el caso de personas jurídico-privadas, confesiones religiosas, organizaciones no gubernamentales, entre otros⁵².

Donde existe un derecho, existe un remedio (*ubi jus, ibi remedium*). El reconocimiento como sujeto de derecho, esencialmente trae por defecto un remedio, una capacidad para transformar ese valor social y abstracto ya concedido, en "algo específico y con consecuencias tangibles"⁵³. Por ello, la capacidad de obrar o de acción es ese remedio que permite acudir directamente, sin la intervención de terceros ante un tribunal –en principio– y garantizar su protección. En esta línea, particularmente frente a la legitimación procesal de los entes naturales, es imprescindible la mención a Stone y su artículo "*Should Tress Have Standing?*"⁵⁴, a propósito del juicio *Sierra Club vs. Morton* (1972). Para algunos la innovación propuesta por éste fue, la representación de la naturaleza frente a los tribunales a cargo de un tutor, así como también proponer algunos mecanismos de flexibilización de la prueba en los procesos judiciales a cargo de quien había comprometido la integridad del ecosistema y organismo⁵⁵. En estos términos, para Stone cualquier entidad puede disfrutar de derechos legales cuando un órgano de autoridad está dispuesto a revisar las acciones que le amenazan; puede entablar acciones

⁵⁰ "An entity, such as a corporation, that is recognized as having legal personality, i.e., it is capable of enjoying and being subject to legal rights and duties. It is contrasted with a human being, who is referred to as a natural person", Oxford Reference.

⁵¹ Autores como Zaffaroni mencionan que negar estos derechos a la Naturaleza no es admisible por el hecho que no pueden garantizar su exigibilidad como sujetos, ejercer acciones o hacerse oír judicialmente, pues "son muchos los humanos que carecen de capacidad de lenguaje (...) o que nunca lo tendrán (...) y, sin embargo, a nadie se les ocurre negarles este carácter" Ver ZAFFARONI, 2011, 26.

⁵² Ibidem (Nº 13), 40.

⁵³ CULLINAN, Cormac, ¿Tienen los humanos legitimación para negarle derechos a los árboles?, En ESPINOSA GALLEGOS-ANDA, Carlos y PÉREZ FERNÁNDEZ, Camilo (Eds.) "Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos", Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad.

⁵⁴ STONE 1972, 453.

⁵⁵ STONE 450-501.

ante los tribunales por iniciativa propia, lo que conocemos como legitimación judicial (*locus standi*) así como también la autoridad correspondiente podría reconocer los perjuicios ocasionados a esta o, la adopción de medidas preventivas o reparadoras por parte del responsable⁵⁶.

Los casos señalados no fueron muy lejos de lo que Stone propuso en su momento, consistente en el nombramiento de tutores por parte de los tribunales para que pudiese hablar en nombre de la naturaleza. El principal argumento considerado por éste fue la superación de obstáculos procesales para solicitar y hacer uso de los mecanismos de reparación judicial por los daños ocasionados y perjuicios sufridos. No obstante, si bien el impulso estaba lleno de entusiasmo, también su discurso encontró problemas a la hora de nombrar un tutor, escogerlos, y diferenciar a los potenciales entes naturales que podrían vincularse al proceso.

Ahora bien, la capacidad de obrar y acudir a tribunales, parte del supuesto en que se ejerce una representación por terceros quienes actuarán y representarán exclusivamente los intereses del ente natural, sin vincularse a título personal, haciendo que todos los efectos de las actuaciones jurídicas recaigan sobre el representado⁵⁷. Sin duda, la actividad de representación es una ampliación de la legitimación⁵⁸ que se pretendía predicar como supuesto para garantizar una protección mayor a la Naturaleza. El nombramiento de representantes se asienta no solo en la habilitación por parte del legislador o la autoridad judicial sino también en la *confianza* que dicho representante genera para gestionar los intereses del representado, es decir el ente natural. Así, el nombramiento de representantes o guardianes de la naturaleza, como en muchas ocasiones se han denominado, ha pretendido dar lugar a la materialización de la capacidad de hecho y de obrar.

El caso del río Whanganui y el área *Te Urewera* en Nueva Zelanda son algunos de los ejemplos de entes naturales a los cuales se les ha reconocido un derecho de acción, a través del nombramiento de un número de personas que actúan como guardianes (*kaitiaki*) llamados a actuar en su nombre. La categoría de sujeto de derecho en este ámbito significa entonces, poder acudir a tribunales y actuar en nombre del río por parte de sus guardianes, sin necesidad de alegar un daño a un ser humano sino simplemente un daño al ente natural en sí mismo. En consecuencia, la nueva entidad jurídica sería representada y administrada por una junta o comité (*Te Urewera Board*), compuesta por miembros de la Corona y los Tūhoe⁵⁹. De hecho, el comité allí formado debe considerar 'espiritualmente' la elección de los miembros ya que deben

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ Hineostroza, 2008, 203.

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ A grandes rasgos, los Tūhoe son uno de los *iwi maories*. Los *iwi maories*, son unidades sociales al interior de la cultura maori, los cuales pueden entenderse generalmente como 'pueblo', 'nación' o tribu' en Nueva Zelanda. Ver en este sentido: 'Who are tuhoe?' Disponible en: <https://www.nzgeo.com/stories/who-are-tuhoe/>

ser expresión de la identidad y cultura Tūhoe (*tohoetanga*) pues estos, a su vez, son considerados como guardianes espirituales (*kaitiaki*) del área señalada⁶⁰. Similar en el escenario de *Te Awa Tupua* o el río *Whanganui* en donde la legislación previó dos guardianes (*Te Pou Tupua*) nombrados conjuntamente a partir de las nominaciones realizadas por las *iwi* (confederaciones de tribus maóries) con intereses en el río. Así, se trata de miembros tanto de las *iwi* como la Corona para hablar en nombre del río y buscar su salud y bienestar.

En el caso del río Yamuna y Ganges, a través de vía judicial el tribunal nombró tres funcionarios del Gobierno para que actuaran en calidad de tutores legales, los cuales serían responsables de la conservación y protección de los ríos y sus afluentes. Poco después de dicho reconocimiento a los ríos, tras otra petición se reconoció la importancia de extender la personalidad jurídica al ecosistema del Himalaya, para lo cual nombró seis funcionarios del gobierno para que actuaran como personas *in loco parentis*⁶¹ considerando a los entes naturales como menores de edad. Lo que algunos criticaron fue que no se hubiese nombrado guardianes independientes al ente gubernamental y no se hubiese asegurado la financiación de la gestión del proyecto como en el caso neozelandés⁶².

La capacidad de actuar y poder establecer por vía legal o judicial en nombre de la naturaleza permite que, en este caso, sean sus representantes y no otros, quienes actúen en la búsqueda de satisfacción y bienestar del ente natural bajo una lógica ecocéntrica. Si bien coincidimos con la idea que suscita la creación de la figura de representación de los intereses de los entes naturales como guardianes, no somos los únicos a los cuales les ha generado algunos interrogantes sobre los retos de su implementación⁶³. La exteriorización de la personalidad jurídica reconocida en una persona jurídica juega un papel fundamental a la hora de determinar los deberes y alcances de las funciones de sus representantes. Incluso, es tan relevante la vía a través de la cual se exteriorizará la voz del ente natural que, a su vez, determinará cómo serán tomadas las decisiones entre los guardianes del río, del páramo, de la Amazonía, o de cualquier otro ecosistema; la naturaleza de las decisiones en donde algún (o algunos) integrante(s) de la Administración pública interactúen en su construcción o quiénes serán los más idóneos para representar los intereses propios del ente natural.

No muy lejos de estos escenarios anteriormente mencionados, el reconocimiento como sujeto de derecho al río Atrato por la Corte Constitucional

⁶⁰ Ver "Declaring Sacred Natural Sites as juristic persons" en <https://sacrednaturalsites.org/2017/06/declaring-sacred-natural-sites-as-juristic-persons/>, consulta en línea 1 febrero de 2022.

⁶¹ Expresión latina que se refiere "'en el lugar del padre o en vez del padre' y se refiere a la responsabilidad legal de una persona u organización para ejercer algunas de las funciones o responsabilidades que le son atribuidas a un padre" (traducción libre) Cornell Law School Dictionary, https://www.law.cornell.edu/wex/in_loco_parentis

⁶² O'DONNELL, 2018 (141-142).

⁶³ BABCOCK HOPE M., 2016, 6 (2-51).

colombiana llevó a que ésta ordenara al gobierno nacional, ejercer un tutela y representación legal de los derechos del río junto con las comunidades étnicas que viven en la cuenca del río. Para algunos, el caso colombiano contó con un modelo sólido de representación, ya que en la declaración –vía judicial– se detallaron los modos de representación, los plazos, facultades y funciones de los guardianes del río Atrato, su modo de elección, otorgando participación de las comunidades que tenían una relación cultural y territorial. Sin embargo, omitió totalmente la forma y método en que serían tomadas las decisiones, las competencias de estos, así como tampoco la articulación de estas últimas respecto a otras autoridades administrativas, como por ejemplo eran las autoridades ambientales.

El juez constitucional, optó por resaltar y prevalecer los derechos bioculturales y la estrecha relación del ente natural con las comunidades que habitan alrededor del río⁶⁴, lo cual, amerita plantear cuáles son los intereses que realmente serán representados por estos. Incluso, la representación originalmente diseñada para la protección del ente natural correría el riesgo de verse tergiversada con otros intereses comunitarios que, sin que se trate de intereses menos importantes, o incluso transversales, distorsionan –en algunas ocasiones– el propósito para el cuál se reconoció la personalidad jurídica al ente natural⁶⁵.

II. ¿Cuál sería, entonces, el análisis después de la declaración como sujeto de derecho a la Naturaleza?

Parece entonces que la atribución de la calidad de *sujetos de derecho* juega un valor simbólico –al menos– en la reestructuración de las relaciones del ser humano con la naturaleza. Algunos sistemas jurídicos, no vieron mayores reparos en que los entes naturales, posterior al reconocimiento de su personalidad jurídica, fuesen considerados como personas jurídicas, en vez de asimilar su tratamiento al de una persona física o natural. Esto particularmente por la ventaja que trae consigo la afectación en cabeza de un solo titular de cualquier decisión que le concierne directamente. Lo anterior, se trata entonces de un aspecto que por ejemplo, en el ordenamiento jurídico colombiano no se planteó ni se tuvo en cuenta a la hora de desarrollar e implementar dicha categoría. De hecho, la finalidad del reconocimiento como sujeto de derecho en los casos mencionados anteriormente pueden resumirse en el poder de actuación directo de los entes naturales y la protección de sus intereses, sin

⁶⁴ La aproximación doctrinal realizada sobre los derechos bioculturales o derechos ancestrales en la gestión del agua, o de múltiples entidades naturales resulta de gran interés. En este sentido ver MACHPERSON, E., 2017, 1130-1170.

⁶⁵ Si bien el fundamento de los derechos bioculturales predica una estrecha relación entre el ente natural y la comunidad que lo habita, la representación del río –como sujeto de derecho– no puede estar dirigida a la protección de otros intereses que no le conciernen a este. Una de las confusiones a las que puede dar lugar esta interpretación es que los representantes del río, ya sea el representante nombrado por el Estado o por la comunidad, actúen en la búsqueda de intereses no del ente natural, sino de la Administración pública o de la comunidad respectivamente.

necesidad de que la amenaza o daño de un bien jurídico se predicara de un ser humano.

El recorrido que hemos hecho hasta aquí pretende dar un contenido explicativo sobre algunas de las consecuencias inherentes de la declaración como sujeto de derecho a la naturaleza. En otras palabras, lo que significaría el *deber ser* o la secuencia lógica de su reconocimiento en términos jurídicos. No obstante, una vez determinado las características esenciales de la categoría, además de reconocer algunos de los matices que sufre en su adaptación y su consecuente implementación en la vida práctica, intuimos que de ella no se desprende un valor realmente útil. La anterior afirmación, es el resultado de la experiencia colombiana que tras unos años ha podido analizar y ver con mayor alcance las dificultades y obstáculos técnicos y jurídicos de su implementación.

Sin ánimos de desechar la categoría *per se* y los beneficios que pudiesen obtenerse de su correcta implementación, el fallo de la Corte Constitucional si bien reconoce al Río Atrato como sujeto de derecho, de esta declaración no puede predicarse mayores avances respecto a las formas en las que ya se venía pretendiendo proteger a la naturaleza. Los múltiples interrogantes que se generan a su alrededor ha sido uno de los factores que inciden para su implementación por las entidades públicas. En consecuencia, veremos que de la categoría *sujeto de derecho*, como hasta ahora ha sido concebida en el contexto colombiano, no se deriva propiamente instrumentos distintos de los ya existentes destinados a la gestión, conservación, mantenimiento o regeneración de los entes naturales (1). A pesar de ello, dicha categoría puede seguir siendo un insumo importante como criterio integrador e interpretativo de las actuaciones de las autoridades públicas y la gobernanza ambiental en la búsqueda de garantizar una protección efectiva a la Naturaleza, así como también el carácter simbólico que proporciona en una nueva interpretación de las relaciones del ser humano con la naturaleza (2).

1. La naturaleza como persona jurídica o una *persona jurídica* para la naturaleza

La adaptación de la categoría *sujeto de derecho* ha sufrido transformaciones en distintos rangos en distintos ordenamientos jurídicos para su implementación. Mientras que unos optaron por materializar el reconocimiento de la personalidad jurídica en la creación de una persona jurídica para adelantar no solo la representación del ente natural, sino también adelantar todo tipo de actuaciones dirigidas a la gestión, conservación, mantenimiento, protección, recuperación o cualquier otra actividad que pretenda garantizar los intereses del río.

De los países en donde se ha reconocido la calidad de sujeto de derecho, el caso neozelandés ha sido reconocido mundialmente por contar con un flujo de financiación específico y un nuevo marco de gobernanza⁶⁶. La aproximación a este caso en particular es de gran interés para comparar su-

⁶⁶ Sobre este asunto en particular consultar McPHERSON, E. y CLAVIJO (2018),

cintamente la experiencia colombiana que a su vez ha encontrado escenarios en donde para la gestión y protección de ríos se han creado personas jurídicas externas y ajenas a la declaración del ente natural como sujeto de derecho o el reconocimiento de la personalidad jurídica de estos, como explicaremos más adelante. No obstante, debemos señalar que cada uno de los modelos de gestión se circunscriben en sistemas jurídicos, contextos sociales y culturales distintos.

El caso neozelandés, como mencionamos anteriormente, se reconoció como persona jurídica al *Río Whanganui* y el área *Te Urewera*, con el objetivo de poder adelantar actuaciones en nombre propio. No obstante, las experiencias culturales y jurídicas de otros países que optaron por abrir una vía alternativa de protección de la naturaleza, particularmente a la gestión del agua –como fue el caso colombiano– omitió hacer mención expresa y necesaria respecto del “vehículo” mediante el cual se iba a exteriorizar el reconocimiento como sujeto de derecho. A pesar de los interrogantes alrededor de la categoría y su implementación en el contexto nacional, la declaración como *sujetos de derecho* a distintos entes naturales por vía judicial en su mayoría, ha aumentado significativamente en los últimos años a partir de la sentencia de la Corte Constitucional en el caso del Río Atrato. Actualmente, se ha reconocido personalidad jurídica a los ríos Cauca⁶⁷, Magdalena⁶⁸, Quindío⁶⁹, Pance (Valle del Cauca)⁷⁰, la Plata (Huila), Combeima, Cocora y Coello (Tolima)⁷¹, al igual que a otros entes naturales, como es el caso del Páramo de Pisba (Boyacá) y la Amazonía colombiana⁷².

Ahora bien, podría pensarse en la posibilidad que el reconocimiento de la personalidad jurídica de entes naturales en Colombia hubiese seguido el camino neozelandés, en donde la declaración de la existencia de un sujeto derecho se traduciría en la creación de una persona jurídica que, a través de sus representantes, estaría encargada de la gestión del territorio y actuaciones relacionadas para su protección como ente natural. Sin embargo, en la experiencia local, como veremos más adelante, no se han planteado los interrogantes necesarios que evidencien las cuestiones relevantes y prácticas para su implementación.

La reconocida y célebre sentencia de la Corte Constitucional en Colombia a través de la cual se concedió la categoría de *sujeto de derecho* al Río Atrato otorgó a su vez la representación legal a un delegado del gobierno y un miembro de la comunidad y ordenó una serie de medidas relativas a

⁶⁷ Sentencia Tribunal Superior de Medellín, Cuarta Civil de Decisión, de 17 de junio de 2019.

⁶⁸ Sentencia Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento en Neiva, 24 de octubre de 2019.

⁶⁹ Sentencia Tribunal Administrativo del Quindío, Sala Cuarta de Decisión de 5 de diciembre de 2019.

⁷⁰ Sentencia N° 31 (2019 - 0043). Juzgado Tercero Municipal de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali,

⁷¹ Sentencia Tribunal Administrativo de Tolima, de 30 de mayo de 2019, rad. No, 2011-00611.

⁷² Sentencia Corte Suprema de Justicia de Colombia, 5 de abril de 2018, STC-4360-2018.

la protección del río, su conservación, regeneración y la erradicación de la minería ilegal⁷³. Aquí, si bien se reconoció personalidad jurídica del río, no se concibió alguna forma para su exteriorización, así como tampoco la creación de una persona jurídica externa para su gestión. Así, los representantes tendrían lugar en la Comisión de Guardianes del Río quienes serán los encargados de asegurar la protección, recuperación y debida conservación del río junto con un equipo asesor, conformado por entidades públicas, privadas, universidades, centros de investigación, organizaciones ambientales y comunitarias o la sociedad civil, sin perjuicio de la existencia de un *panel de expertos* encargados de verificar el cumplimiento de las ordenes dirigidas a las autoridades administrativas, así como también adelantar el acompañamiento y asesoría de las labores de los guardianes.

Respecto a esta cuestión se hubiesen podido tener en cuenta la consideración de algunos criterios como i) la fuente de financiación que da lugar a la creación de la persona jurídica; ii) la forma y el origen jurídico que da lugar a su creación; iii) sujetos que ejercerán la representación; iv) incidencias al interior de la estructura de la Administración pública entre muchos otros. Normalmente, en un gran porcentaje la fuente de ingresos es de carácter estatal, lo que llevaría a considerar que la declaración como sujeto de derecho daría lugar a la creación de personas jurídicas públicas generando serias discusiones en lo que denominamos una *hipertrofia administrativa* en los casos donde se pretenda que de cada sujeto de derecho se cree una persona jurídica para su gestión. Así, una vez más, habría que preguntarse nuevamente por el carácter útil e idóneo del reconocimiento de la personalidad jurídica.

El carácter novedoso de esta categoría y el mito que se desprende sobre los instrumentos jurídicos que de ella se han predicado en otros ordenamientos jurídicos, opaca, por un lado, las herramientas legales ya existentes arraigadas en el derecho de propiedad. Estas herramientas en mención, quizá podrían ser una vía más clara y prometedora para lograr una protección eficaz en cuanto a la defensa y protección de la Naturaleza⁷⁴. Por el otro, complejizan las competencias ya asignadas a autoridades administrativas que previamente le han sido asignadas funciones en asuntos ambientales. Parecería ser enton-

⁷³ Las ordenes dirigidas al plan de descontaminación de la cuenca del río y sus afluentes y recuperación de sus ecosistemas se ordenó a un conjunto de entidades gubernamentales presididas por el Ministerio de Ambiente y organizaciones privadas, en conjunto con las comunidades accionantes el diseño de un plan conjunto para erradicar actividades de minería ilegal, un plan de acción integral que permitan recuperar las formas tradicionales de subsistencia y alimentación de las comunidades que allí habitan, la realización de estudios toxicológicos y epidemiológicos del río, sus afluentes y comunidades. Igualmente, se ordenó a la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República para que, cada uno en el ámbito de sus competencias, realicen un proceso de acompañamiento y seguimiento del cumplimiento y ejecución de todas las ordenes.

⁷⁴ En este sentido ver SPITZ, Laura; PEÑALVERT, Eduardo M., *Nature's personhood and property virtues*, Harvard Env'Law Review, "We conclude that the existing legal tools rooted in property doctrines offer a more certain and promising pathway to achieving many of the goals articulated by rights of nature advocated in the United States".

ces que la creación de una persona jurídica como consecuencia del reconocimiento de la personalidad jurídica a un ente natural, al menos en el sistema jurídico colombiano, sería una vía pedregosa sin mayores efectos prácticos. Incluso, de no optar por un 'vehículo' para su exteriorización, de la misma categoría tampoco se desprenden herramientas jurídicas para su protección.

Como alternativa a la protección del 'ente natural' podría optarse, igualmente, por la gestión de una persona jurídica distinta y externa que no depende del reconocimiento de la personalidad jurídica, ni de la exteriorización de esta. Una muestra de lo anterior puede observarse en el caso de la *Cuenca Hidrográfica del Río Bogotá*, en donde se ha pretendido en los últimos años la protección, conservación, mantenimiento, recuperación, regeneración de esta. Allí, no se consideró necesario –incluso siquiera se planteó– la declaración como *sujeto de derecho* para la implementación de herramientas e instrumentos de protección. De hecho, la creación de una persona jurídica encargada de su gestión era 'externa' y ajena a la consideración de la existencia de la personalidad jurídica del ente natural, pues los instrumentos a echar mano eran parte del listado de herramientas jurídicas diseñadas previamente en el ordenamiento jurídico.

En este caso, el Consejo de Estado⁷⁵ ordenó una serie de medidas dirigidas a distintas autoridades del orden nacional⁷⁶, departamental⁷⁷, distrital⁷⁸ y municipal con el fin de obtener la recuperación del río y sus afluentes, así como también la protección de intereses jurídicos de las personas que habitan a proximidad. Se trató de una estrategia sistémica para la protección y recuperación de la Cuenca Hidrográfica del Río Bogotá a través de la coordinación interinstitucional de distintas entidades de la Administración pública. La sentencia creó el Consejo Estratégico la Cuenca Hidrográfica del Río Bogotá⁷⁹, como un espacio de articulación institucional hasta que se expidiese la ley de creación de la Gerencia de la Cuenca Hidrográfica del río Bogotá. Si bien no crea una persona jurídica en los términos que hemos venido señalando como vehículo de exteriorización de la personalidad jurídica, contempló la creación de una persona jurídica exclusiva para la gestión de acciones dirigidas a la re-

⁷⁵ Sentencia Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de 28 de marzo de 2014, Exp. AP- 25000- 23-27-000-2001- 90479-01.

⁷⁶ Ministerio de Minas y Energía; Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible; Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural; Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio; Ministerio de Educación; Ministerio de Hacienda y Crédito Público; Ministerio de Salud y Protección Social e INVIMA; Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural; Departamento Nacional de Planeación; Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales de Colombia.

⁷⁷ Gobernación de Cundinamarca; Secretaría de Ambiente Departamental y Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR).

⁷⁸ Alcaldía Mayor de Bogotá; Secretaría de Hacienda Distrital; Secretaría Distrital de Ambiente (SDA); Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB); Empresa de Energía de Bogotá (EAAB); Empresa de Energía de Bogotá (EEB) y EMGESA.

⁷⁹ Está conformado por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Empresa de Acueducto de Bogotá, la Secretaría Distrital de Ambiente, Gobernación de Cundinamarca, Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca y algunos entes territoriales.

cuperación del río, así como también articular las acciones de los sujetos que intervendrán para la consecución de este fin. En lo relativo a los instrumentos financieros, el juez administrativo ordenó reforzar el ya existente Fondo de Inversiones para la Adecuación del Río Bogotá (FIAB) con la creación del Fondo Común de Cofinanciamiento (FOCF) a través del cual se financiarían los programas y acciones para la recuperación y protección de la cuenca.

Ahora bien, ya existiendo en el ordenamiento jurídico colombiano instrumentos idóneos y propios del derecho de propiedad, ¿cuál fue la verdadera motivación que puede escudriñarse en la sentencia del tribunal constitucional? Si bien se trata de una sentencia que está revestida de actualidad, parece ser que de la declaración ha sido sinónimo de protección efectiva y de fortalecer grandes e ingenuas expectativas a otros jueces y autoridades administrativas. La Corte Constitucional, en el caso en mención, bajo la lógica de una relación de interdependencia entre el ser humano y la naturaleza y la superación de una perspectiva antropocéntrica, se planteó la necesidad de establecer un instrumento jurídico que ofreciera a la naturaleza y a sus relaciones con el ser humano una mayor justicia desde el reconocimiento colectivo por los seres humanos. Se trata de un reconocimiento que –según la Corte Constitucional– es sugerido por los derechos bioculturales⁸⁰. En consecuencia, se ordenó una serie de medidas dirigidas a diferentes órganos de la Administración pública, con el fin de descontaminar la cuenca del río Atrato y sus afluentes; diseñar planes de acción conjunto para neutralizar y erradicar definitivamente las actividades de minería ilegal; diseño de planes de acción integral que permitan recuperar las formas tradicionales de subsistencia y alimentación; la realización de estudios toxicológicos y epidemiológicos del río Atrato, sus afluentes y comunidades; además de declarar al Río Atrato como sujeto de derecho. Tras un breve repaso de los fundamentos que dieron origen a la declaración como sujeto de derecho, en este caso no fue otro que armonizar y dotar de coherencia a esa relación de interdependencia entre seres humanos y naturaleza.

La sentencia hace mención especial a que debe darse prioridad a los derechos bioculturales como un enfoque integral sobre la conservación de la naturaleza y su estrecha relación con la diversidad biológica y cultural. Lo anterior implica que, “las políticas, normas e interpretaciones sobre conservación de la biodiversidad reconozcan el vínculo e interrelación que existe entre cultura y naturaleza, extiendan la participación de las comunidades étnicas en la definición de políticas públicas y marcos de regulación, y garanticen las condiciones conducentes a la generación, conservación y renovación de sus

⁸⁰ Allí también menciona que “La importancia de la diversidad biológica y cultural de la nación para las próximas generaciones y la supervivencia de nuestra riqueza natural y cultural plantea al Estado colombiano la necesidad de adoptar políticas públicas integrales sobre conservación, preservación y compensación que tomen en cuenta la interdependencia entre la diversidad biológica y cultural. Así las cosas, la diversidad biocultural representa el enfoque más integral y comprensivo de la diversidad étnica y cultural de cara a su protección efectiva”. Corte Constitucional, Sentencia T-622 de 2016.

sistemas de conocimiento”⁸¹. Si esto es así, podríamos afirmar que los derechos bioculturales y la lógica que hay detrás de ellos no dependen exclusiva y necesariamente de la categoría de sujeto de derecho. Las razones ofrecidas en el texto judicial permiten observar que, del reconocimiento de personalidad jurídica al Río Atrato, no se desplegaron herramientas propias que deberían derivarse de la categoría *per se* pues, las medidas allí proferidas hubiesen podido ser ordenadas así se hubiese prescindido (o no) de su declaración como *sujeto de derecho*. Así las cosas, parece que cobra mayor valor como un parámetro interpretativo en el modo como deben implementarse las políticas ambientales y las actuaciones de las autoridades públicas, así como también la posición de las diferentes comunidades étnicas.

A pesar de lo anterior, se debe destacar que, de dar por cierto que se trata de un parámetro interpretativo para fundamentar la aplicación de los derechos bioculturales, tenemos por un lado que este a su vez guía y enriquece el *deber ser* de las actuaciones ejercidas por las autoridades públicas para conservar, proteger, gestionar, mantener y regenerar la naturaleza e incluso acudir a instrumentos jurídicos ya previstos en el ordenamiento jurídico que –en principio– podrían ser más efectivos. Por el otro, daría mayor visibilidad a lo que más adelante desarrollaremos como una oportunidad para promover la participación de las comunidades respecto a la toma de decisiones públicas en materia ambiental. Ese acercamiento, dotaría de mayor valor persuasivo la protección de derechos bioculturales de lo que logra la categoría *sujeto de derecho* que, precisamente, fue implementada a estos propósitos sin ser desarrollada lo suficiente para predicar un blindaje de protección a partir de esta.

Si analizamos con detalle los fundamentos de la Corte Constitucional en la sentencia del Río Atrato una de las finalidades de la declaración como sujeto era intentar establecer un instrumento jurídico que ofreciese a la naturaleza y a sus relaciones con seres humanos una mayor justicia desde el reconocimiento colectivo partiendo como base de una concepción amplia de los derechos bioculturales y la búsqueda de la satisfacción del interés superior del medio ambiente. La premisa central de los derechos bioculturales se concibió como la relación de interdependencia entre naturaleza y especie humana y la manera en que estos traen consigo un “nuevo entendimiento socio-jurídico en el que la naturaleza y su entorno deben ser tomados en serio [así como también la] plenitud de derechos, esto es como sujeto de derechos”⁸². Sin embargo, lo que en principio pudo haberse interpretado como un paso adicional en la transición a una perspectiva ecocéntrica, siguió quedándose en el plano antropocéntrico pretendiendo encontrar un punto de equilibrio

⁸¹ Ibid... Ver en el mismo sentido, Pacheco Salgado, F. “Análisis de las políticas públicas culturales en las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, Culturas, Revista de Gestión Cultural, 5(1), 23-37.

⁸² Sentencia Corte Constitucional de Colombia T-622 de 2016.

a los intereses de las comunidades que allí habitan y la protección del medio ambiente.

Como podemos observar tanto la decisión de la Corte Constitucional como la del Consejo de Estado tienen algunas características y puntos en común que pueden describirse en tres niveles: i) *nivel teleológico*: el propósito principal, pero no el único, coincide en la recuperación, regeneración, descontaminación del río; ii) *nivel institucional*: se pretende diseñar y adoptar distintos mecanismos de cooperación institucional entre sujetos al interior de la Administración pública, así como también fuera de ella; iii) *nivel participativo*: se reconoce la necesidad de participación de las comunidades que habitan a los alrededores del río, no solo en la implementación y gestión de planes ambientales, sino también en el cumplimiento de las órdenes judiciales. De hecho, los puntos de encuentro de las decisiones judiciales, termina acudiendo a instrumentos jurídicos y mecanismos de protección similares⁸³, sin que en la sentencia de la Corte Constitucional pueda encontrarse una vía distinta al cumplimiento de los mismos objetivos.

En este orden, la creencia fundada en que el relato ‘blackstoniano’ sobre el régimen de propiedad es insuficiente, ‘engañoso’ o poco efectivo para proteger los intereses en sí mismo de un ente natural, sorprendería a los que abogan por una corriente del constitucionalismo transformador el cual ha sido considerado como un ‘*as bajo la manga*’ o una innovación sin precedentes.

En efecto, el escenario en donde se reconoció a entes naturales como sujetos de derecho, como es el caso neozelandés o indio, respondió más a una voluntad política y la ausencia de un robusto régimen jurídico de protección e institucionalidad en el ámbito del medio ambiente como sí puede predicarse del sistema jurídico colombiano. El reconocimiento de la personalidad jurídica del río, por la Corte Constitucional colombiana, atendió a una lógica direccionada a la protección de derechos bioculturales más que hacer de la categoría un nuevo catalizador para la creación o transformación de un sistema de protección distinto o más efectivo al ya diseñado a través de otras vías; incluso, generando efectos adversos a los esperados. El exponencial reconocimiento –vía judicial– de diversos entes naturales como sujeto de derecho realmente ha tenido lugar bajo la creencia que de ella se derivan instrumentos reales y potenciales para su protección; creencia que, por lo mencionado anteriormente, existe una necesidad de desmitificar. Un modelo de gestión distinto al potencial ente natural, podría tener el mismo alcance en cuanto a su efectividad como respuesta a una categoría aún en construcción.

⁸³ “En el ordenamiento jurídico nacional, el agua cuenta con un mecanismo de protección mucho más amplio que el aplicable a los sujetos de derecho: existen instrumentos de gestión (Constitución, Código Civil, Código de Recursos Naturales), instrumentos de protección (Ley 1333 de 2009, sobre el régimen sancionador ambiental, Ley 1801 de 2016, que contiene el Código Nacional de Policía y Convivencia, el Código Penal), así como una compleja red de entidades públicas encargadas de su protección, conservación y gestión PIMIENTO ECHEVERRI, Julián; MILKES SÁNCHEZ, Irit; BAENA CARRILLO, Samuel, 2022, 4:934.

2. De conquistas lingüísticas a conquistas semánticas y simbólicas en el Derecho. Una vía en construcción para escenarios de participación significativa

Anteriormente señalamos por qué a partir de la declaración como *sujeto de derecho* no se desprendían nuevos instrumentos o vías de protección al medio ambiente, así como tampoco la categoría otorgaba una vía útil diferente a las herramientas jurídicas ya existentes en el sistema jurídico colombiano. Ello, no precisamente por el hecho que de la categoría en sí misma no puedan surgir instrumentos efectivos, sino porque como ha sido desarrollada hasta ahora se trata de una categoría que tiene el reto ser llenada de contenido para su correcta implementación. A pesar de lo anterior, si bien no pueden predicarse herramientas jurídicas útiles, no es óbice para que de ella pueda desprenderse otras finalidades útiles en el medio jurídico y social.

Detrás del reconocimiento de la personalidad jurídica y la declaración como sujeto de derecho hay creencias sociales en el valor de la declaración e incluso se considera como una conquista para la protección de la naturaleza. De hecho, estas apropiaciones y usos del lenguaje, la adopción de la categoría y la declaración como sujeto de derecho, pareciese ser un paso más en el camino dirigido a rupturas de cómo tradicionalmente ha sido concebida la naturaleza y su tratamiento en relación con las actividades del ser humano.

El uso del lenguaje y la adopción de la categoría *sujeto de derecho* debe previamente responder si las características esenciales de esta no sufrirán transformaciones que puedan desnaturalizarla y a su vez, restarle el valor práctico por el cual pretendía concederse. No se trata de un capricho lingüístico, sino que toda conquista jurídica debe ir acompañada de conquistas semánticas. Entender el porqué y el significado de adoptar una categoría debe ser coherente a los efectos y propósitos por el que se adopta (o no) una u otra y porqué de ella se espera satisfacer expectativas, en este caso, garantizar la protección de la naturaleza. Siguiendo esta línea, si de la categoría de sujeto de derecho como fue planteada por la Corte Constitucional en el caso colombiano, se espera la creación y adopción de herramientas distintas a las ya previstas del ordenamiento jurídico para la protección de entes naturales, creemos que el esfuerzo tanto argumentativo como normativo es en vano⁸⁴.

Es en este orden, una conquista semántica estaría dirigida a entender verdaderamente el significado de las categorías que usa. No se trata meramente de pretensiones dogmáticas y alejadas de la utilidad práctica; por el contrario, cuando por las características esenciales se califica e identifica una categoría como tal, se despliegan las consecuencias y alcances jurídicos propios de ella. Podría acercarse más a una conquista semántica, el hecho de considerar que los intereses individuales de la naturaleza, del ente natural en cuestión, es objeto de ponderación de las decisiones políticas, administrativas y judiciales que le conciernen.

⁸⁴ En este sentido ver AMAYA ARIAS, A., Quevedo, D., 2020.

Si de la conquista semántica podemos predicar una conquista social en la manera en la que la sociedad convive y participa en la construcción de las decisiones que conciernen la protección y conservación de los entes naturales, podrían ofrecerse argumentos adicionales dirigidos a que la declaración como *sujeto de derecho* se limita a sus efectos simbólicos al interior del grupo social. Sin perjuicio, a que de ello se derive un efecto jurídico como lo es la representación de este, o la tutela por un tercero para su protección, sin que necesariamente deba acudir al desarrollo de orden conceptual y legal que mencionamos líneas atrás de la categoría en sí misma considerada.

La integración del conocimiento ancestral, tradicional, cultural, científico o técnico que hay detrás de la protección de la naturaleza exige de la Administración pública el diseño de vías adecuadas para que realmente se trate de una participación significativa (*meaningful participation*). Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, para que la participación pueda ser calificada como significativa, debe ser *activa y efectiva*⁸⁵; es decir, la participación de la comunidad en la toma de decisiones no se trata simplemente de informar sobre las decisiones que serán tomadas⁸⁶, sino que las personas interesadas o las comunidades que, a su vez hacen parte de la construcción de la decisión, puedan realmente intervenir y ser escuchadas⁸⁷.

Una participación efectiva puede significar dos cosas: “por un lado, que los intereses expresados deben tener un impacto en la decisión final, aunque no signifique que las comunidades o las partes interesadas obtengan el derecho a vetarla; por otro lado, debe ser lo suficientemente flexible y maleable, para que la participación pueda ser lo más efectiva”⁸⁸. Lo anterior, no quiere decir que en cada una de las decisiones administrativas deba involucrarse a terceros poniendo en juego la eficiencia y eficacia de la actividad de la Ad-

⁸⁵ Sentencia Corte Constitucional de Colombia T-376 de 2012.

⁸⁶ Sentencia Corte Constitucional de Colombia T-348 de 2012 y T-294 de 2014 y T-361 de 2017 “La participación no se agota con la socialización o la información, puesto que ese fenómeno requiere la construcción de un consenso razonado para salir de una crisis o conflicto ambiental. Conjuntamente, ese elemento sustantivo implica que las autoridades, al momento de emitir la decisión, deben tener en cuenta los argumentos esbozados en la deliberación. EL alcance de esa prescripción se concreta en que el acto administrativo debe evidenciar que se evaluaron las razones de la comunidad y que se motivó su apartamiento, en casos en que se hubiesen desechado las opiniones o juicios de la colectividad”.

⁸⁷ “Una participación ciudadana eficaz es aquella que abre canales de información, comunicación y diálogos, incide en la toma de decisiones, produce cambios ideológicos y actitudinales en la percepción y actuación de los involucrados para transformar prácticas culturales, generando nuevos aprendizajes frente a los procesos de discusión, concertación y toma de decisiones, articulando todas las fuerzas de las comunidades”, HURTADO MINOTTA, W. La participación ciudadana, un reto para la gestión ambiental, en Experiencias Significativas de participación ciudadana y conocimiento tradicional en la gestión ambiental del daño 2012, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Corporación Ecofondo, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Ambiente – PNUD– Bogotá 2012, 15.

⁸⁸ PIMIENTO, J., y MILKES, I. (2022) Beyond Democracy: Meaningful Public Participation as a New Approach to Public Decision-making in the Context of Colombia’s Transitional Justice Process’, En BILCHITZ, D., CACHALIA, R. (Coord.), Justice in Transformative Constitutionalism: Comparing, Transitional and Distributive Justice, Oxford University Press.

ministración pública. Sin embargo, creemos que hay decisiones en las que la participación de las comunidades debe responder a criterios propios de una participación significativa⁸⁹ no solo por los intereses protegidos como comunidad, sino también por los intereses, valores y conocimiento específico de la naturaleza, que al final, es la que será objeto de una futura decisión. Esto no solo refuerza aún más la idea de una verdadera gobernanza en asuntos de medio ambiente como una cuestión de interés público, científico y social, sino que también da vía a que a través de esta categoría y su poder simbólico se diseñen vías alternativas para garantizar la protección de la naturaleza, garantizando realmente la efectividad de estos en herramientas de mejor gestión, conservación, regeneración y protección.

Concretamente, a efectos de garantizar una participación significativa, es verdad que la autoridad administrativa deberá considerar algunas variables o factores relevantes como por ejemplo la naturaleza de la decisión, el acceso a la información de la comunidad sobre el asunto que se pretende someter a discusión, la identificación de los interesados y los mecanismos más apropiados para hacerlo⁹⁰. Respecto a la identificación de los interesados, el juez constitucional en el caso del Río Atrato con el nombramiento de 'representantes' o guardianes de la naturaleza, señaló que estos debían garantizar la búsqueda y protección del bienestar del ente natural en concreto amplió el alcance de la participación y los intereses que pueden entrar a jugar un papel preponderante en la discusión y, evidentemente, en la toma de decisiones posteriores.

Si bien dicha participación debe estar acompañada del adjetivo *significativa*, es la Administración pública –en todo caso– la que goza de la legitimidad institucional para ser quien pondere los intereses concurrentes *ex ante* a una intervención judicial, o incluso posterior a esta cuando por esta vía se ordene la ejecución de obligaciones de hacer o no hacer como es el caso de planes de recuperación ambiental, por mencionar un ejemplo. De hecho, la idea de integrar a los guardianes de la naturaleza en la construcción de las decisiones administrativas cuando a ello haya lugar, abogaría por la idea de evitar una futura privatización en la gestión y 'representación' de los *intereses* que pretendan la protección de la naturaleza en general, o de un ente natural en particular. Los escenarios de participación y consulta resultan, entonces, esenciales para el encuentro del punto de equilibrio entre los múltiples intereses que hay alrededor de modelos económicos de extracción, planes de gestión ambiental por instituciones públicas, comunidades científicas y académicas y las comunidades ancestrales que habitan los territorios en cuestión.

⁸⁹ En este sentido ver algunos criterios en el diseño de esa participación propios de la categoría de participación significativa que se desarrolló en Pimiento, 2022. *Beyond Democracy: Meaningful Public Participation as a New Approach to Public Decision-making in the Context of Colombia's Transitional Justice Process*, En Bilchitz, D., CACHALIA, R. (Coord.), *Justice in Transformative Constitutionalism: Comparing, Transitional and Distributive Justice*, Oxford University Press.

⁹⁰ Sobre la gobernanza medioambiental y los procesos de colaboración de distintos interesados ver la aproximación que hace O'DONNELL, E., MACPHERSON, E. (2018), 11-12.

Ahora, de la categoría *sujeto de derechos* no se derivan directamente los argumentos a favor para abogar por una mayor participación significativa. De hecho, es a partir del reconocimiento de su valor simbólico en el grupo social lo que promueve que, aquellos que poseen el conocimiento sobre el ente natural, sean quienes participen activamente en el proceso de construcción de decisiones administrativas en la materia. Abogar por la primera hipótesis, desconocería el hecho consistente en que de la exteriorización de dicha personalidad jurídica en un ente u órgano en particular –como mencionamos anteriormente– pueden convertir aquellos procesos de discusión y participación en espacios más burocráticos y complejos. Por tales razones, al menos en el ámbito de participación, el reconocimiento expreso de valores simbólicos que se derivan de la categoría de *sujeto de derecho*, son los que resaltan e integran las distintas formas de interrelacionarse el ser humano con la naturaleza.

De dicho valor simbólico, entonces, se entiende que podría tener como mínimo dos funciones: por un lado, ser un criterio adicional a tener en cuenta en la ponderación de intereses a la hora de tomar una decisión administrativa en la materia; por el otro, guardar coherencia con una concepción protectora de los derechos bioculturales que siga incentivando a diferentes actores a la protección de la naturaleza, así como también resulta un salto relevante para la comprensión formas diferentes de comprender y comprender por el Derecho diversos fenómenos culturales.

A la espera de que se materialice su construcción, el enfoque de protección de los derechos bioculturales, así como también el reconocimiento de intereses propios del ente natural, abre una vía para que las actuaciones de las autoridades públicas en materia ambiental estén dirigidas a garantizar –en la mayoría de casos– su protección y relevancia frente a otros intereses, e incluso graduar su límite y alcance en una visión más amigable y compatible con los intereses de las comunidades que dependen del ente natural o sacan algún provecho de él. Igualmente esta interpretación concede un espacio de participación a los representantes o guardianes de la naturaleza, precisamente por ser sujetos que, por sus conocimientos técnicos o étnicos pueden velar por los intereses y por el bienestar del ente natural en casos concretos. Asimismo, enriquece la participación de las comunidades en representación de los intereses del ente natural, no como meros observadores sino participantes⁹¹, lo cual se traduce como un gran salto en la integración de sus creencias, relaciones con el territorio y con los seres vivos que lo rodean,

⁹¹ *“La participación en la gestión ambiental también trae beneficios prácticos a la planeación y evaluación en las políticas de la materia, a saber: i) aumenta el entendimiento de los eventuales impactos ambientales; ii) especifica las alternativas para mitigar las consecuencias negativas de la administración de los recursos naturales; iii) identifica los conflictos sociales y las soluciones a los mismos; iv) reconoce la necesidad de compensar a las comunidades afectadas con la medida de gestión, y establece la manera de realizarlo; v) señala las prioridades de la comunidad y abre espacios de dialogo para implementar un desarrollo sostenible; vi) facilita una gestión ambiental transparente; y vii) genera consensos sobre el manejo de los recursos naturales”*

haciendo de la participación una visión más cercana a una 'democracia' en el ámbito de la gestión, planeación y justicia ambiental⁹².

Conclusiones

Tras la búsqueda del significado del verdadero contenido y consecuencias prácticas de la declaración *sujeto de derecho*, hemos podido evidenciar a lo largo del texto que la adopción de esta ha sido implementada sin un proceso reflexivo. Si bien esta categoría ha sido objeto de múltiples transformaciones a través de procesos históricos que han pretendido resolver las preocupaciones que generaba la ausencia de protección de los más vulnerables o nuevas formas asociativas, su extensión a entes naturales parece ser más compleja de lo que intuitivamente parecía prometer un escenario favorecedor para la protección de la naturaleza.

Hacemos referencia a la necesidad de realizar una comprensión semántica que permita la comprensión de la categoría. Como se señaló anteriormente, más allá de tratarse de caprichos dogmáticos o lingüísticos el uso del lenguaje en el ámbito jurídico favorece la aplicación de figuras y herramientas por los operadores jurídicos con las consecuencias jurídicas inherentes que se desprenden de estas. Entender el porqué y el significado de adoptar una categoría debe ser coherente a los efectos y propósitos por el que se adopta (o no) una u otra y porqué de ella se espera satisfacer expectativas, en este caso, garantizar la protección de la naturaleza.

Tras plantearse algunos interrogantes sobre la implementación de esta categoría, tenemos entonces que, en general en los sistemas jurídicos de origen europeo continental, particularmente en el ordenamiento jurídico colombiano, se evidencian herramientas en el marco de políticas de gestión ambiental –en su mayoría– basadas sobre el derecho de propiedad. Podríamos llevar la discusión en términos comparativos sobre la efectividad de estas últimas y del alcance y eficacia de la categoría *sujeto de derecho* para la protección de la naturaleza. Sin embargo, como lo mencionamos anteriormente, de la categoría en estudio no se desplegaron herramientas distintas a las ya existentes por más deseos y objetivos que se tuviesen sobre esta.

Adicionalmente, a propósito de los múltiples pronunciamientos de autoridades judiciales colombianas que declararon como sujeto de derecho distintos entes naturales, fue imperativo hacer una reflexión deconstructiva sobre la categoría *per se* y el modo de reaccionar por parte del Derecho a estos fenómenos. La reflexión semántica sobre el uso de categorías, la adjudicación de derechos y caracteres propios de la personalidad jurídica a entes naturales, en términos prácticos, podría hacer del proceso de conservación, protección y recuperación medioambiental una tarea más compleja de lo que actualmente comporta.

⁹² "(...) la efectividad de la gestión ambiental exige alta calidad en los procesos participativos que la soportan". ZULUAGA, CARMONA 2004, 109.

Acudir al estudio y comparación de casos como el neozelandés o indio, parecería reducirse a la búsqueda de lugares comunes en la materia. Sin embargo, la experiencia foránea nos ha permitido evidenciar de igual forma el robusto árbol de herramientas con el que cuenta el ordenamiento jurídico colombiano –derivadas del derecho de propiedad– con las que se podría garantizar la protección efectiva de los entes naturales que han sido reconocidos como sujetos de derecho. Ello no quiere decir que no pueda enriquecerse, de manera complementaria, de una visión ecocéntrica. De hecho, resalta la necesidad de incluir y fortalecer los procesos de gobernanza y participación de los distintos interesados, integrando los intereses del ente natural de manera individual, respecto a los otros intereses en juego en cualquier actividad de gestión.

Adicionalmente, también se evidencia que en los múltiples casos en donde las autoridades judiciales en Colombia han otorgado personalidad jurídica a distintas entidades naturales no consideraron la protección de derechos bioculturales, ni un reconocimiento de los derechos ancestrales de las comunidades que allí habitan, sino por el contrario han creído en esta categoría como una especie de ‘escudo protector’ que permitirá garantizar el cuidado y protección de ríos, paramos y diversos ecosistemas. Aunado al hecho que con el tiempo, no se han concretado resultados favorables y coherentes a la decisión, aumentando el nivel de desconfianza y credibilidad en los pronunciamientos judiciales que tenían, inicialmente, la intención de otorgar mayores herramientas a la protección de la naturaleza.

A pesar de lo anterior, tras una discusión sobre la construcción semántica de esta categoría y los alcances que tenía sobre esta en términos legales, rescatamos el poder simbólico que trae consigo. El reconocimiento como *sujeto de derecho* a diversos entes naturales ha provocado el replanteamiento de una visión general del grupo social en cuanto a los modos de relacionarse con la naturaleza, así como también su afán de hacer frente a diversas problemáticas ambientales como el cambio climático y la protección de intereses de las generaciones futuras. Así, el poder simbólico de lo que la categoría comporta podría ser más útil respecto a la integración de diversos conocimientos científicos, ancestrales, sociales respecto al cuidado de esta que a la creación de herramientas jurídicas para su protección.

Hasta ahora, creemos que la *vía de rescate* de esta categoría se limita a la protección de derechos bioculturales –tal como lo entendió la Corte Constitucional colombiana– la cual tiene un valor simbólico en el núcleo social que creemos relevante tener en cuenta. El proceso de entendimiento de la relación ser humano-naturaleza en tal horizontalidad permitiría que, bajo ciertas circunstancias, con una participación estratégica y significativa de distintos grupos que velan por el interés del cuidado del planeta incida en la toma de decisiones administrativas propias de autoridades ambientales en la materia.

Bibliografía citada

- AMAYA ARIAS, Angela, y DEL VALLE, Eduardo José (2018). La función compensatoria de la sanción ambiental y su incoherente aplicación normativa y fáctica. En *Poder sancionador de la Administración Pública: discusión, expansión y construcción. XIX jornadas internacionales de derecho administrativo* (345-599). Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho.
- AMAYA ARIAS, Ángela, y QUEVEDO NIÑO, Diana (2020). La declaratoria de la naturaleza como sujeto de derechos. ¿Decisión necesaria para la efectividad de las órdenes judiciales?. En *Reconocimiento de la naturaleza y de sus componentes como sujetos de derechos*, Amaya Arias, A., García Pachón, M.P., Universidad Externado de Colombia.
- ATEHORTUA OCHOA, Julio (2005). Dimensión institucional de la persona jurídica en el derecho colombiano. *Revista de Derecho Privado* (8), 47-92.
- AVILA SANTAMARIA, Ramiro. s.f. (2014). El derecho de la Naturaleza. Fundamentos. En *Los derechos de la Naturaleza y la naturaleza de sus derechos* (35-70). Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- BABCOCK HOPE, M. s.f. (2016). A Brook with Legal Rights: The Rights of Nature in Court. *Ecology Law Quarterly* 43 (1).
- BURDON, Peter (2010). The rights of Nature: Reconsidered, *Australian Humanities Review*, 49: 69-89.
- COLON RÍOS, Joel I. (2019). Guardianes de la Naturaleza. En *La Naturaleza como de derechos en el constitucionalismo democrático*. Estupiñan Achury [et al.]. Bogotá: Universidad Libre (207-227).
- CULLINAN, Cormac (2011). ¿Tienen los humanos legitimación para negarle derechos a los árboles?. En *Los Derechos de la Naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, ESPINOSA GALLEGOS y PÉREZ FERNÁNDEZ. Quito, Ecuador (1). (261-279).
- ESPINOSA GALLEGOS-ANDA, Carlos, y PÉREZ FERNÁNDEZ, Camilo s.f (2011). *Los derechos de la Naturaleza y la naturaleza de sus derechos*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- ESTUPIÑAN, Liliana; STORINI, Claudia; MARTÍNEZ, Rubén y DE CARVALHO DANTAS, Antonio (2019). *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Universidad Libre.
- GALGANO, Francesco (2004). El concepto de persona jurídica. *Revista Derecho del Estado*. 16 (jun. 2004), 13-28.
- GALIANO, Grisel (2013). Reflexiones conceptuales sobre las categorías: persona, personalidad, capacidad y sujeto de derecho. *Derecho y Cambio Social* 10 (31), 1-12.
- GOODJOHN, J. (1993). The rights of rocks. *Planning Quarterly*, 107, 24-25.
- GUASTINI, Ricardo (1999). *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*. Gedisa Editorial.
- GUDYNAS, Eduardo (2015). *Derechos de la Naturaleza: ética biocéntrica y políticas ambientales*. Buenos Aires.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2002). Los orígenes de la noción sujeto de derecho. *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos (Sección Historia del Pensamiento Jurídico)* (XXIC).
- HERRERA, Giovanni, y SUÁREZ, Gabriel (2018). El agua como sujeto de derechos. En *Tratado de Derecho de Aguas*, García Pachón. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- HINESTROSA, Fernando. s.f. (2008). *La representación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- HUTCHISON, Abigail (2014). The Whanganui River as a Legal Person. *Alternative Law Journal* (179).
- JOLLY, Stellina, y ROSHAN MENON, K.S. (2021). Of Ebbs and Flows: Understanding the Legal Consequences of Granting Personhood to Natural Entities in India. *Transnational Environmental Law* 3 (10).
- KENNEDY, Brendan (2012). I am the river and the River is Me: The implications of a River Receiving Personhood Status. *Cultural Survival Quarterly*.
- LYON, Alberto (1985). *Personas naturales*. Universidad Católica de Chile.
- MALONEY, Michelle y BURDON, Peter (eds) (2014), *Wild Law - In Practice*. Oxon, UK: Routledge.

- MACPHERSON, Elizabeth (2017). Beyond Recognition: Lessons from Chile for Allocating Indigenous Water Rights in Australia, 40, *U.N.S.W.L.J.*
- MACPHERSON, Elizabeth y O'DONNELL, Erin (2017). ¿Necesitan derechos los ríos? Comparando estructuras legales para la regulación de los ríos en Nueva Zelanda, Australia y Chile. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 25, 95-120.
- MACPHERSON, Elizabeth, y CLAVIJO OSPINA, Felipe (2018). The pluralism of river rights in Aotearoa New Zealand and Colombia. *Journal of Water Law* forthcoming.
- O'DONNELL, Erin L. (2018). At the Intersection of the Sacred and the Legal Rights for Nature in Uttarakhand, India. *Journal of Environmental Law* (30).
- O'DONNELL, E.; POELINA, A.; PELIZZON, A. & CLARK, C. (2020). Stop Burying the Lede: The Essential Role of Indigenous Law(s) in Creating Rights of Nature. *Transnational Environmental Law*, 9(3), 403-427.
- OROZCO, J., A. Astorga, y G. Aguilar (2004). *Manual de participación Pública*. San José, Costa Rica, UICN.
- PACHECO SALGADO, F. (2011). Análisis de las políticas públicas culturales en las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta. *Culturas. Revista de Gestión Cultural* 5 (1): 23-37.
- PIMIENTO, Julian, y MILKES, Irit (2022). Beyond Democracy: Meaningful Public Participation as a New Approach to Public Decision-making in the Context of Colombia's Transitional Justice Process. En *Justice in Transformative Constitutionalism: Comparing South Africa and Colombian cases*, de David Bilchitz y Raissa Cachalia. Transitional and Distributive Justice: Oxford University Press.
- PIMIENTO ECHEVERRI, Julián; MILKES SÁNCHEZ, Irit; BAENA CARRILLO, Samuel (2022), Les biens publics au défi des droits de la nature, *Revue du Droit Public* N° 4.
- PRIETO MÉNDEZ, Julio Marcelo (2013). Derechos de la naturaleza: fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional. *Nuevo Derecho Ecuatoriano* (CEDEC) (4).
- SPITZ, Laura, y EDUARDO M. Peñalvert (2021). Nature's personhood and property virtues. *Harvard Environmental Law Review*. 45 (1).
- STONE, Christopher (1972). Should Trees Have Standing?. *University Southern California* (Toward Legal Rights for Natural Objects) (45), 450-501.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul (2011). *La Pachamama y el humano*. Buenos Aires: Madres de Plaza de Mayo.
- ZULUAGA, M.C. y CARMONA M., Sergio (2004). Evaluación de la calidad de la participación ambiental: una propuesta metodológica. *Revista de Gestión y Ambiente* (109 - ss).

Jurisprudencia citada

- Revisión constitucional de la Leyes 162 y 165 de 1994 "por medio de la cual se aprueba el Convenio sobre Diversidad Biológica" hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992. Caso No.C-519. Corte Constitucional de Colombia (21 de noviembre de 1994).
- Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo del artículo 1° y el parágrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1333 de 2009, "Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones. Caso No.C-595. Corte Constitucional de Colombia (6 de septiembre de 2010).
- Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 32 (parcial), 36 (parcial), 38, 39, 40 (parcial), 43, 44, 45, 46, 47, 48, y 49 de la Ley 1333 de 2009, "Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones". Caso No. C-703. Corte Constitucional de Colombia (6 de septiembre de 2010).
- Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 31 y 40 (parcial) de la Ley 1333 de 2009 "Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones". Caso No. C-632. Corte Constitucional de Colombia (24 de agosto de 2011).
- Demanda de inconstitucionalidad contra los incisos 3 y 4, parciales, del artículo 42 de la Ley 99 de 1993, "por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recur-

- ...sos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental SINA y se dictan otras disposiciones". Caso No. C-449. Corte Constitucional de Colombia (16 de julio de 2015).
- Acción de tutela interpuesta por el Centro de Estudios para la Justicia Social "Tierra Digna", en representación del Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato (Cocomopoca), el Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato (Cocomacia), la Asociación de Consejos Comunitarios del Bajo Atrato (Asocoba), el Foro Inter-étnico Solidaridad Chocó (FISCH) y otros, contra la Presidencia de la República y otros. Caso No. T-622. Corte Constitucional de Colombia (10 de noviembre de 2016).
- Acción de tutela interpuesta por Mauro Iván Avella Lozano, en contra del Instituto Nacional del Transporte y Tránsito - INTRA. Caso No. T-396. Corte Constitucional de Colombia (16 de septiembre de 1993).
- Acción pública de inconstitucionalidad contra el numeral 1 del artículo 342 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 9 del Decreto 13 de 1967. Caso No. T-622. Corte Constitucional de Colombia (24 de septiembre de 1997).
- Acción Popular. Caso Nos. Exp. AP- 25000- 23-27-000-2001- 90479-01. Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera (28 de marzo de 2014).
- Acción de Tutela interpuesta por Juan Luis Castro Córdova y Diego Hernán David Ochoa, en contra del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, EPM, Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P y otros. Caso No.38. Tribunal Superior de Medellín, Cuarta Civil de Decisión (17 de junio de 2019).
- Acción de Tutela interpuesta por Raúl Quintero Perdomo en contra de Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas. Caso No.008. Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento en Neiva (24 de octubre de 2019).
- Acción Popular. Caso No. 030-002- Tribunal Administrativo del Quindío, Sala Cuarta de Decisión (5 de diciembre de 2019).
- Acción de Tutela. Caso No 0043. Juzgado Tercero Municipal de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali (12 de julio de 2019).
- Acción Popular. Caso No. 73001-23-00-000-2011-00611-00. Tribunal Administrativo de Tolima (30 de mayo de 2019).

Régimen jurídico de los álveos de corrientes de uso público y de aguas detenidas. Estudio de las playas de ríos y lagos en Chile

Legal regime of the soils of public use streams and stagnant waters.
Study of the beaches of rivers and lakes in Chile

Sergio Guzmán Silva¹

Hay algunos temas en el mundo del Derecho que aparecen más como dogmas que como resultado del análisis normativo. El tópico de la naturaleza jurídica pública de las playas de ríos y lagos, es uno de ellos. En el presente trabajo intentaré determinarla realizando un repaso sistemático por la desperdigada normativa que las regula y la escasa jurisprudencia que sobre ellas se pronuncia, haciéndome cargo de los someros argumentos que usualmente se han utilizado para fundar su régimen demanial. En el caso de los lagos plantearé una postura que contradice la teoría clásica pues, como diré, no existen las playas públicas en Chile. Finalmente, explicaré la eventual consecuencia publicadora de la declaración de navegabilidad de

There are some issues in the world of Law that appear more as dogmas than as a result of normative analysis. The topic of the public legal nature regarding the beaches of rivers and lakes, is one of them. In this work I will try to determine it by carrying out a systematic review of its scattered regulation and the scarce jurisprudence that pronounces on them, contradicting the brief arguments that usually are used to justify their public nature. In the case of lakes, I will propose a position that questions the classic theory because, as I will say, there are no such things as public beaches in Chile. Finally, I will explain the eventual publishing consequence of the declaration of

RESUMEN / ABSTRACT

¹ Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad de los Andes y Máster (c) en Derecho de los Sectores Regulados por la Universidad Carlos III de Madrid. Correo electrónico: serguzsil@gmail.com. Dirección postal: Alcalde Sainz de Baranda N° 45, Bajo A, CP 28009, Madrid, España.

Artículo recibido el 1 de septiembre de 2022 y aceptado el 28 de noviembre de 2022.

un lago, y cómo es que ella podría considerarse expropiatoria.

navigability of a lake, and how it could be considered expropriatory.

Palabras clave: Bienes públicos, bienes fiscales, álveos, playas, ríos y lagos, expropiación.

Keywords: Public property, state property, beaches, rivers and lakes, expropriation.

Introducción

En Chile existen más de dos mil lagos² catastrados por la Dirección General de Aguas (DGA) del Ministerio de Obras Públicas (MOP). De ellos, solo ochenta han sido declarados navegables por el Ministerio de Defensa Nacional (MINDEF). Pese a su evidente importancia práctica y vigencia contemporánea³, el tópico de la naturaleza y régimen jurídico de las llamadas “playas” de ríos y lagos ha sido poco tratado por la doctrina. Respecto de la jurisprudencia, ésta ha sido históricamente vacilante y poco clara en sus resoluciones⁴. Una de las principales razones de lo anterior radica en que, al parecer, en el imaginario colectivo las mentadas playas –que en realidad corresponden a un espacio físico que forma parte de lo que el legislador designa como álveos o cauces de corrientes de uso público, o álveos o lechos de cuerpos de aguas detenidas⁵– son bienes nacionales de uso público, naturaleza ésta que les es asignada⁶ no luego de un estudio detenido de la abundante regulación desperdigada que a ellas se refiere.

Los “álveos” son definidos por el legislador en los artículos 30 y 35 del Código de Aguas (CAg) y corresponden al suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas en los ríos, y al suelo que ocupan los lagos, lagunas y pantanos en su mayor altura ordinaria. En su regulación convergen una gran cantidad de normas⁷ cuyo rango varía desde el constitucional, pasando por el legal, hasta llegar al reglamentario⁸. Tam-

² Inventario público de cuencas hidrográficas y lagos.

³ Lo que ha sido incluso reconocido por la DIRECTEMAR en la introducción de la nueva circular que imparte instrucciones para la determinación de los ríos y lagos navegables (Circular Permanente N° 12600/336 Vrs., de 31/08/2021).

⁴ Vid. VERGARA 2012.

⁵ Por ese motivo no resulta del todo riguroso hablar de “playas de ríos y lagos”, dado que el legislador trata el suelo de esos cuerpos acuáticos como “álveo”, siendo la playa en realidad una parte de esa superficie terrestre, como explicaré en el tercer capítulo de este trabajo.

⁶ VERGARA 1999, 73; igualmente, vid. Diario Constitucional; Milton Maureira; Gerardo Carvallo y Biblioteca del Congreso Nacional, Ley Fácil, entre muchas otras demostraciones.

⁷ CORRAL 2022.

⁸ Así, puede encontrarse la regulación constitucional en los artículos 19 N° 23 y 24 de la Constitución Política de la República (CPR); a nivel legal, en el Decreto Ley N° 1.939; en el Código Civil y en el Código de Aguas; en el DFL N° 340 de 1960 (LCM); en la Ley N° 20.424; en el DL N° 3.274; en la Ley N° 21.149; en el DFL N° 458 de 1976 (LGUC); en la Ley N° 18.892 (LGPA) y en el DFL N° 292 de 1953. A nivel reglamentario, existe regulación en el DS N° 9 de 2018 del Ministerio de Defensa Nacional; en el DS N° 47 de 1992 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo; en el DS N° 609 de 1979 del otrora Ministerio de Tierras y Colonización, hoy Ministerio de Bie-

bién intervienen una gran gama de órganos administrativos, todo lo cual solo contribuye a la difusión de su régimen normativo. Comparte por lo tanto esa característica con la regulación nacional del demanio.

No puede desconocerse lo vigente del tema, desde que hace algún tiempo acapara las noticias nacionales en la temporada estival, lo que ha redundado en la presencia de una múltiple y variopinta gama de expertos que, en la inmensa mayoría de los casos, han afirmado simplemente lo que en este trabajo intentaré desentrañar: que las llamadas playas de ríos y lagos son siempre bienes nacionales de uso público.

Se trata de un problema propio del Derecho Administrativo y sobre su evidente relevancia contemporánea, se puede señalar que pese a su fracaso en el plebiscito del pasado 4 de septiembre, la Convención Constituyente había aprobado en su borrador normas sobre “bienes comunes”⁹, lo que de repetirse en futuros intentos institucionales constituiría una nueva nomenclatura que innovaría en su regulación, dado que aquella incluía a todas las playas, sin distinción.

La tesis propuesta tiene por objeto distinguir acerca de la naturaleza pública o privada de los álveos, la que no es una en blanco y negro. Muy por el contrario, ella depende en primer lugar de si el agua escurre o se encuentra detenida, y, en segundo término, de un eventual acto de autoridad consistente en la declaración de ese cuerpo acuático como “navegable por buques de más de cien toneladas”, decisión a la que, como diré, asigno la consecuencia de mutar el dominio del suelo privado, lo que podría constituir una forma de expropiación encubierta y sin indemnización, en el caso de las playas de lagos.

Sobre la estructura de este trabajo, me pronunciaré en primer lugar respecto a la regulación constitucional del demanio, para luego realizar un somero repaso acerca de la llamada “Teoría del Dominio Público”, pues ambas cuestiones resultan imprescindibles para lo que se dirá luego. A continuación me haré cargo de los argumentos que han sido usualmente utilizados para asignar una naturaleza pública a la playas de lago, para acto seguido controvertirlos y manifestar mi postura sobre el particular. Por último, me pronunciaré acerca de la naturaleza jurídica constitutiva del decreto supremo de navegabilidad de ríos y lagos, para terminar el trabajo explicando cómo es que mi postura sobre éste último particular redunda en la asignación de un efecto expropiatorio a dicho acto administrativo.

nes Nacionales (MBBNN), norma de evidente naturaleza reglamentaria; en el DS N° 290 de 1993 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo; en el DS N° 475 de 1995 del Ministerio de Defensa Nacional (MINDEF), y en dos decretos supremos de relevancia mayúscula en el asunto, los DS N° 11 y 12 de 1998 del MINDEF.

⁹ Artículos 107 y 134 N° 1, 2 y 3 de la fallida propuesta de nueva Constitución Política de la República de la Convención Constituyente.

I. De los bienes nacionales de uso público, el derecho de apropiabilidad y la interpretación restrictiva de la ley

Un asunto de trascendental importancia en mi propuesta –lo adelanto– es la interpretación restrictiva que propendo debe hacerse al determinar la naturaleza jurídica pública de un bien en particular, derivada del texto del artículo 19 N° 23 de la Constitución Política de la República.

1. Breve remisión a los bienes nacionales de uso público y cómo adquieren ese carácter

El artículo 19 N° 23 de la CPR asegura a todas las personas el derecho a adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. De lo anterior se sigue que, en primer lugar, la regla general en Chile es la de la apropiabilidad de los bienes¹⁰. Enseguida, que existe una clase de bienes que, excepcionalmente y por su propia naturaleza o por disposición legal, se encuentran fuera del comercio humano y son por tanto inapropiables.

A su turno, el artículo 589 del Código Civil (CC) señala, a propósito de los “Bienes Nacionales”, que éstos son aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda. Si su uso, además, corresponde a todos sus habitantes como el de las calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se denominan entonces “bienes nacionales de uso público” o “bienes públicos”. Si, por el contrario, su uso no corresponde a la Nación toda, entonces son bienes nacionales o fiscales. Así, pueden definirse los bienes nacionales de uso público o bienes públicos¹¹ como aquellos que pertenecen a la Nación toda y cuyo uso además corresponde a todos sus habitantes. Históricamente se ha utilizado el artículo 589 del CC para categorizar a las playas de ríos y lagos como bienes públicos, aunque, como es posible advertir de su texto expreso, esa naturaleza jurídica solo ha sido predicada para las playas de mar¹².

Ahora bien, del texto constitucional se advierte que algunos bienes son inapropiables pues la naturaleza misma los ha publicado, como sea que sucede –según alguna doctrina– con la alta mar, el aire de la atmósfera terrestre, el territorio antártico, la luna y otros astros celestes¹³ y el espectro radioeléctrico¹⁴, entre otros, esencia ésta que mantienen a mi juicio aun cuando la ley les reconozca expresamente ese carácter. Eso sí, existen otros bienes cuya naturaleza misma no es pública, pero que por disposición legal –concre-

¹⁰ En este sentido, relativo a la bipolaridad existente entre los dos ámbitos jurídicos denominados *publicatio* y la *apropiatio*, vid. VERGARA 2001, 372-373.

¹¹ Sobre la crítica a la equiparación de ambos conceptos, vid. Montt 2002, 247-250.

¹² CORRAL, 2022.

¹³ CORRAL 2022, 58.

¹⁴ *Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile con Telefónica Móviles Chile S.A., Claro Chile S.A. y Entel PCS Telecomunicaciones S.A.* C. 10, a propósito del acaparamiento de la banda 700 MHz.

tizada, en su caso, a través de un acto administrativo de afectación¹⁵– adquieren esa calidad¹⁶. Por eso, un bien que no es público por naturaleza adquiere ese carácter por disposición legal¹⁷ o por acto de autoridad¹⁸ si se estima que deba pertenecer a y ser utilizado por la Nación. Es lo que sucede, por ejemplo, con las vías, parques y plazas por la recepción definitiva de obras de urbanización dentro de los límites urbanos, en virtud del artículo 135 del DFL N° 458 de 1976, Ley General de Urbanismo y Construcciones, o con las fajas de los caminos públicos una vez expropiados y afectados al uso público que son por la Dirección de Vialidad del MOP. El concepto de “afectación” para la segunda clase de bienes inapropiables regulados por la CPR resulta así esencial, dado que por medio de ella “[...] se entiende la destinación de algunas cosas –y no de otras– a unos fines públicos, siquiera los de extraer del comercio jurídico ordinario un conjunto de bienes que se han considerado desde hace mucho con una importancia tal que amerita no dejarlos a la libre accesibilidad”¹⁹.

Sobre la clasificación de los bienes en privados y públicos se ha dicho que [...] los primeros son los que son o pueden ser de los particulares. En cambio, los bienes públicos son los que su dominio pertenece a la nación en su conjunto. La importancia de esta clasificación radica en que los primeros se rigen por el Derecho Civil; en cambio, los segundos por el Derecho Administrativo²⁰.

Corral²¹ por su parte señala que los bienes privados son los de propiedad de los particulares, y los bienes públicos los de propiedad estatal, comprendiendo esta última clasificación tanto los bienes fiscales como los nacionales de uso público.

En el Considerando Séptimo de su sentencia de fecha 7 de abril de 2014 dictada en autos Rol N° 10.354-2013, la Corte Suprema (CS)²² –a propósito de los bienes– manifestó que éstos pueden ser clasificados en públicos y privados. Los primeros son los bienes nacionales de uso público y adquieren esa calidad a través de tres medios: por declaración de la ley, por la modificación de un plan regulador o por la afectación²³. Los segundos son aquellos

¹⁵ VERGARA 1997, 424.

¹⁶ MONTT 2002, 166-167, a propósito de la afectación genérica o por ley formal, y la afectación específica o singular. En igual sentido, vid. PAREJO 2022, 1.516-1.518.

¹⁷ Como ha dicho el Tribunal Constitucional en sentencia de 24 de julio de 2012, mediante esa declaración de la ley el legislador establece una reserva o “público”, que se traduce en que esos bienes “[...] dejan de ser susceptibles de apropiación, quedando entregados al uso público” (Considerando Décimo).

¹⁸ La llamada “Publicatio”. En ese sentido, vid. Vergara 1999, 79-80.

¹⁹ ROJAS 2019, 381-382.

²⁰ BARCIA 2007, 23.

²¹ CORRAL 2022, 66.

²² CORDERO 2015, 181-182.

²³ En igual sentido, vid. BERMÚDEZ 2014, 678.

cuyo dominio y uso no corresponde a la nación toda, distinguiéndose tres tipos: a) bienes privados, b) bienes municipales, y c) bienes del Estado o fiscales. Parte de la doctrina señala que combinando las disposiciones del artículo 19 N° 23 de la CPR con los artículos 589 y 593 del CC puede llegarse a la conclusión de que existen los “[...] *bienes comunes, que no son susceptibles de propiedad ninguna; los bienes nacionales, que pertenecen al Estado, y los bienes privados, que son de propiedad de los particulares*”²⁴. En materia administrativa, como diré a continuación, el profesor Cordero²⁵ ha construido una división tripartita del dominio público, distinguiendo en él entre los bienes comunes, los bienes nacionales de uso público o bienes públicos en sentido estricto, y los bienes fiscales o del Estado.

De otro lado, ya en 1957²⁶ la Contraloría General de la República (CGR) distinguía a los bienes nacionales de uso público en bienes públicos naturales y bienes públicos artificiales. Los primeros son aquellos que por su propia naturaleza están destinados al uso común, mientras que los segundos se deben a una construcción u obra del hombre, los que por lo mismo requieren de una declaración legislativa, pero además de un acto de decisión del poder administrativo que los afecte de forma directa y específica al uso general conforme a esa declaración previa de la ley²⁷.

Sobre las características propias de los bienes nacionales de uso público, o bienes públicos, Peñailillo²⁸ ha dicho que: a) su uso pertenece a todos los habitantes de la nación; b) aunque el CC no lo dice expresamente, por su destino estos bienes están fuera del comercio. Por lo mismo, sobre ellos no es posible posesión exclusiva ni dominio privado, los particulares no pueden ganarlos por prescripción (2.498 CC) y son inalienables (en su carácter de bienes públicos no pueden enajenarse ni gravarse); y c) la autoridad encargada de su administración puede otorgar a los particulares “permisos” y “concesiones” sobre ellos o sobre porciones de ellos, para ser destinados a fines específicos de los que se beneficie también, en último término, la comunidad. En el mismo sentido, Corral²⁹ señala que, en cuanto bienes, los bienes nacionales (refiriéndose en propiedad a los de uso público) son cosas corporales inmuebles, y por ende no fungibles. Son además intransferibles, no pueden poseerse ni su dominio adquirirse por prescripción adquisitiva y, siendo inalienables, son igualmente inembargables. Sobre su régimen jurídico, el Tribunal Constitucional ha resuelto que es uno de carácter especial y que se traduce en un “régimen de protección, un régimen de uso y un régimen de vecindad”³⁰.

²⁴ CORRAL 2022, 180.

²⁵ CORDERO 2019, 166-173

²⁶ Dictamen CGR N° 58.485 de 1957.

²⁷ En el mismo sentido, *vid.* ABOGASI 2013, 26.

²⁸ PEÑAILILLO 2007, 65-67.

²⁹ CORRAL 2022, 181.

³⁰ Considerando Cuadragésimo Tercero de la sentencia de fecha 31 de julio de 2012, dictada en autos rol N° 2.069-11 INA.

Ahora bien, respecto a la norma contenida en el artículo 19 N° 23 de la CPR, cabe hacer presente que la naturaleza pública –y por ende inapropiable e inalienable de los bienes que poseen ese carácter– es una esencialmente excepcional. No podría ser de otra forma si la apropiabilidad de los bienes es la regla general³¹ y además un derecho constitucionalmente garantizado, salvo las excepciones que sanciona el mismo artículo 19 N° 23 de la CPR. Por lo demás, es esta la interpretación que ha dado el Tribunal Constitucional al texto del artículo en cuestión³². Asimismo, al ser excepcional, la asignación del carácter de bien nacional de uso público de una cosa queda reservada exclusivamente a la ley, y no a cualquiera, sino que deberá –por expresa disposición constitucional– poseer quórum calificado, no pudiendo otra fuente normativa retirar el bien del comercio humano. Agrego que esa ley deberá adjudicar el carácter público del bien de modo expreso y su sentido y alcance deberá ser desarrollado de manera restrictiva por el intérprete. Sobre esto –la interpretación restrictiva de los preceptos constitucionales– Barros³⁴ señala que aquellos “[...] que limiten o restrinjan los derechos de las personas se interpretarán atendiendo al sentido estricto y expreso del precepto”.

En el mismo sentido y en la elaboración de la actual CPR don Alejandro Silva Bascuñán³⁵ expresó que “[...] toda restricción de la libertad establecida debe interpretarse restrictivamente y de manera exclusiva en relación con la finalidad específica con que se ha dictado el precepto y no con otra inspiración”. Almendras³⁶, por su parte, abunda en lo anterior manifestando que “[...] si los derechos y garantías deben entenderse en el sentido más amplio posible, las restricciones de toda índole a los mismos deben ser interpretadas en la forma más restrictiva posible”.

Por eso, lo reitero, dado que se trata de una excepción, la asignación de la naturaleza pública de un bien por el intérprete ha de ser necesariamente realizada de forma estricta, de manera de no entorpecer ni alterar el contenido del derecho constitucionalmente asegurado de adquirir el dominio de toda clase de bienes³⁷. Así, la asignación del carácter de “nacional de uso público” se estatuye en una excepción al derecho de apropiabilidad de los bienes, la que debe hacerse por el legislador de manera expresa en una norma con quórum reforzado y ser además interpretada de forma restrictiva con el

³¹ GÓMEZ 2019, 154.

³² En efecto, en el Considerando Trigésimo de la sentencia recaída en el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del rol N° 1.281-08 INA, el tribunal dispone que “[...] los bienes nacionales de uso público son una excepción. La regla general es que los bienes pueden ser adquiridos por los privados o incluso por los órganos estatales”.

³³ En la misma línea, Fuentes 2013, 417.

³⁴ BARROS 1981, 32.

³⁵ Sesión N° 212 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución.

³⁶ ALMENDRAS 2004, 21.

³⁷ En este sentido, *vid.* CORDERO 2019, 110 y ss., quien realiza un interesante estudio histórico de la norma constitucional a propósito de la *summa divisio* en el régimen jurídico de los bienes, a la luz de las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución.

objeto de asegurar la vigencia de la garantía del 19 N° 23 de la CPR. En igual sentido se pronuncia Montt, al señalar que

[...] *la redacción del artículo 19 N° 23, que ampara el dominio público como una excepción a la libertad de adquirir toda clase de bienes, es un claro indicio de la preferencia del constituyente por la propiedad privada frente al dominio público*³⁸.

A similares conclusiones arriba el profesor Parejo al determinar, como principios relativos a los bienes y los derechos de dominio público y régimen de estos contenidos en la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, el "*Principio de reserva de Ley [...]*", los "*Principios de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad [...]*" y el "*Principio de (posibilidad de) atribución directa por Ley de la condición demanial [...]*"³⁹.

Útil resulta también tener presente, para los efectos de este análisis, que la determinación del organismo administrativo al que por ley le es encargada la administración de un bien nacional de uso público puede servir para dirimir el régimen jurídico de ese bien en particular, y principalmente ante la falta de claridad o ausencia de normativa específica. En el caso de los lagos la mayoría de la doctrina asigna esa administración al MINDEF, SFFAA⁴⁰. En el caso de los ríos, a la Dirección General de Aguas⁴¹ y, residualmente, a las municipalidades⁴² y a la SFFAA⁴³. Sin embargo, y como señalaré, no existen las playas públicas de lagos, razón por la cual quien las administre no resultará de utilidad en el caso de ellos.

Si bien en la mayoría de los casos el ejercicio anterior y la consecuente determinación del carácter público del régimen de un bien no resulta difícil pues el legislador ha sido claro en asignarlo, no resultará ser una actividad sencilla al momento de determinar la naturaleza de las "playas" de lagos declarados navegables por embarcaciones de más de cien toneladas, comoquiera que el legislador no ha resuelto expresamente el régimen jurídico aplicable a ese espacio.

2. Sobre las distintas concepciones acerca de la esencia y vigencia de la "Teoría del Dominio Público" en Chile

Otra cuestión que requiere un breve pronunciamiento antes de adentrarnos en el régimen de los álveos es aquella relativa a las eventuales diferencias entre dominio público y dominio nacional de uso público, o a lo que sea la naturaleza jurídica propia de los bienes que el constituyente ha sustraído del comercio humano.

³⁸ MONTT 2022, 149-150.

³⁹ PAREJO 2022, 1.514.

⁴⁰ VERGARA 1997, 431.

⁴¹ VERGARA 2015, 305.

⁴² V.gr. VERGARA 2000, 576 y 2006, 172.

⁴³ CORDERO 2007, 273.

Si bien el CC los utiliza como sinónimos, no es pacífico en la doctrina que los bienes nacionales de uso público y los bienes públicos o de “dominio público” constituyan una misma cosa. Así, Cordero⁴⁴ ha dicho que la teoría del dominio público en Chile “[...] es una figura o categoría jurídica generalmente aceptada por la doctrina, pero que carece de todo apoyo en la realidad, pues no resulta posible encontrar alguna explicación basada en el Derecho positivo vigente y se ha constituido en un verdadero lastre histórico que se mantiene ajeno a dichas normas”. Montt manifiesta que la teoría tradicional que distingue entre bienes privados del Estado y bienes nacionales de uso público, o bienes públicos, es una que debe ser superada, pues se ha construido sobre el artículo 589 del CC en circunstancias de que debe sustentarse sobre los cimientos del artículo 19 N° 23 de la CPR. Así, el dominio público o demanio comprende “[...] tanto a los bienes afectos al uso público –que tradicionalmente deben pertenecer a la Nación toda–, como también a los bienes afectos a los servicios públicos (expresión ésta usada en su sentido más lato)”⁴⁵. Similar situación se ha denunciado en otras latitudes producto de la incorporación de normas constitucionales novedosas que han alterado las interpretaciones generalmente civilistas del demanio⁴⁶.

Han existido a lo largo de la historia reciente distintas formas de explicar el dominio público. Algunas han puesto el acento en el aspecto civil-patrimonialista de la cuestión, señalando que es el Estado o la Nación el titular del dominio de esos bienes. Otras, en la función social que presta la propiedad pública. Vergara, por ejemplo, al momento de tomar partido por alguna visión desecha una visión patrimonialista del dominio público, optando en cambio por una explicación funcionalista del demanio⁴⁷ y que dice relación ya no con la propiedad que poseería el Estado sobre ciertos bienes, sino con las potestades que él se arroga para garantizar la funcionalidad colectiva que ha explicado que el legislador las separe de la libre apropiación de los particulares. Así,

[...] hoy su condición jurídica es diferente, sobre todo por haber variado fundamentalmente la entidad –el Estado– que se arroga su “dominio”, pues éste, más que propiedades, maneja potestades, es titular de potestades; es el particular el que buscará, frente a ellas, libertades y propiedades (o cualquier otro derecho real), cuando requiera procurarse el goce de los bienes, estén o no, según los casos, sustraídos a su apropiación (los bienes de dominio público, entonces, son aquellos que están sustraídos de la apropiación, como tales, del particular)⁴⁸.

El profesor Luciano Parejo, por otro lado, y al interior del “Dominio Público”, distingue entre los “bienes patrimoniales” y los “bienes demaniales”, resultando el criterio diferenciador precisamente el de su afectación a un fin

⁴⁴ CORDERO 2019, 157.

⁴⁵ MONTT 2022, 256.

⁴⁶ En ese sentido, *vid.* PIMIENTO 2014, 75-82.

⁴⁷ Véase también ROJAS 2019, 383-384.

⁴⁸ VERGARA 1989, 54-57.

público. Así y si bien ambos formarían parte del patrimonio de las administraciones públicas, los últimos están destinados a un uso general, un servicio público o al fomento de la riqueza nacional, afectación de la que carecen los bienes del Estado destinados a servir de soporte a la actividad administrativa⁴⁹.

Se advierte de lo dicho hasta aquí que no existe unanimidad en la doctrina en el tratamiento del demanio. Creo sin embargo muy útil señalar que, luego de un estudio acabado de sus fuentes históricas y de un análisis de las normas constitucionales, administrativas y civiles en Chile, el profesor Eduardo Cordero ha propuesto recientemente una nueva "Teoría General del Dominio Público"⁵⁰ que distingue entre a) bienes comunes, b) bienes nacionales de uso público o bienes públicos en sentido estricto, y c) bienes fiscales o del Estado, aproximación que comparto y considero la más acertada por cuanto supera la interpretación tradicional civilista en Chile, construida a partir del artículo 589 del CC, y sistematiza las normas constitucionales y legales que muchas veces son pasadas por alto en el análisis del demanio.

En suma, y solo para los efectos de este estudio, se entenderá que un bien que integra el dominio público es sinónimo de bien nacional de uso público, pese a lo discutido que ello resulta, según se vio, por ser ésta la interpretación que históricamente han dado tanto la Corte Suprema como la Contraloría General de la República.

II. Contextualización física: de los ríos y lagos y del álveo, cauce o lecho, el fondo, la ribera y la playa

Con el objeto de facilitar la lectura de mis planteamientos, explicaré sucintamente a continuación los distintos espacios físicos que existen en los suelos de los ríos y de los lagos y cuál es su regulación específica. Lo anterior pues, como se verá a continuación, el legislador no regula de forma general las playas de estos cuerpos acuáticos⁵¹, sino que ellas forman parte de otro tipo de suelo que el legislador denomina cauce o lecho (álveo, en ambos casos).

En primer lugar cabe hacer presente que, en cualquier caso y por expresa disposición de los artículos 595 del CC y 5 del CAg, todas las aguas dispuestas en la fuente natural son bienes nacionales de uso público⁵²⁵³. Así, el objeto de este estudio no es propiamente tal el agua de los ríos ni lagos, sino que una especial extensión terrestre sobre la que ella escurre o se apoza.

⁴⁹ PAREJO 2022, 1.515-1.516.

⁵⁰ CORDERO 2019, 166-173.

⁵¹ Aunque sí existe regulación específica y sectorial desperdigada (V.gr. el DL N° 1.939, la Ley N° 21.149, la LGPA y la LCM, entre otras normas con rango legal).

⁵² Salvo contadas excepciones, como el artículo 20 del CAg.

⁵³ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional en autos Rol N° 260, considerandos Décimo Quinto y Décimo Sexto, sobre las aguas como bienes nacionales de uso público. También el dictamen CGR N° E234227, de 2022. En igual sentido, VERGARA 2005, 359; 2015, 315; ROJAS 2019, 385-386 y 416 y ALFARO 2018, 29 y ss.

Respecto de qué son los ríos y lagos y demás cuerpos de agua corriente o detenida, lo cierto es que el legislador no los ha definido⁵⁴, razón por la que corresponde acudir a su sentido natural y obvio, fijado entre nosotros por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Respecto de los ríos, éstos son definidos como *“Corriente de agua continua y más o menos caudalosa que va a desembocar a otra, en un lago o en el mar”*⁵⁵. Los lagos, por su parte, son definidos como *“Gran masa permanente de agua depositada en depresiones del terreno”*⁵⁶. El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define los ríos como *“Masa de agua continental que fluye en su mayor parte sobre la superficie del suelo, pero que puede fluir bajo tierra en parte de su curso”*. El lago es definido por él como

*Gran masa de agua depositada en depresiones del terreno y que desde el punto de vista jurídico puede ser considerada como un bien integrado en el dominio público hidráulico porque lo son sus lechos y lo es el agua que almacena [...]*⁵⁷.

Se sigue de lo anterior que la naturaleza de un río o lago, en cuanto suelo, es inseparable del agua que escurre o se apoza sobre él. El CAg no define lo que es un río ni un lago, pero sí se pronuncia sobre el suelo que ocupan, manifestando en su artículo 30 –en el caso de los ríos– que el “álveo o cauce de una corriente de uso público es el suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente con sus creces y bajas periódicas”. Respecto de los lagos, su artículo 35 dispone que “álveo o lecho de los lagos, lagunas, pantanos y demás aguas detenidas, es el suelo que ellas ocupan en su mayor altura ordinaria”.

La diferencia entre ríos y lagos y, por ende, de sus álveos, viene entonces determinada por la naturaleza corriente o estancada de sus aguas. En este sentido el artículo 2 del CAg define las aguas corrientes como *“las que escurren por cauces naturales o artificiales”*. Asimismo, determina que son aguas detenidas *“las que están acumuladas en depósitos naturales o artificiales”*. La diferencia entre unos y otros, así, depende de la mayor o menor pendiente y caja que su suelo posea.

Luego, de los artículos 30 y 35 del CAg se pueden extraer algunas conclusiones. En primer lugar que, para los efectos de ese cuerpo normativo codificado, existe un solo suelo en los ríos y lagos, cuál es su álveo, que abarca la superficie que el agua ocupa y desocupa con sus bajas y crecidas periódicas. Enseguida, y respecto de los lagos, que el legislador usa como si-

⁵⁴ Tal como se reconoció en el Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Senadores y Diputados respecto del DS N° 1, de 10 de enero de 1996, Considerando Décimo.

⁵⁵ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, primera acepción.

⁵⁶ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, primera acepción.

⁵⁷ En este último caso la definición se basa en el texto Refundido de la Ley de Aguas española, aprobada por Real Decreto Legislativo N° 1 de 2001 del Ministerio de Medio Ambiente, por lo que si bien puede ser orientadora no se condice con la legislación nacional.

nónimos las voces “álveo” y “lecho”⁵⁸. Así, al menos en materia de aguas, el legislador no ha regulado de manera especial los distintos suelos que existen en los cuerpos de agua dulce. En otras palabras, el único suelo bañado por agua regulado por el CAg en el caso de los ríos y lagos, es el álveo.

Existe, sin embargo, normativa sectorial expresa que sí trata otros tipos de suelo acuático, lacustre o fluvial. Así, sin definirlos, el artículo 2 del DFL N° 340 de 1960, Ley de Concesiones Marítimas (LCM), dispone que es facultad privativa del MINDEF a través de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas (SFFAA) conceder el uso particular en cualquier forma de las playas de ríos y lagos navegables, en la extensión en que estén afectados por las mareas, y, en los que no siéndolo, siempre que se trate de bienes fiscales⁵⁹. Su reglamento, aprobado por DS N° 9 de 2018 del MINDEF define distintas nociones dentro de las que destacan el “fondo de ríos y lagos” (extensión de suelo comprendido entre la línea de aguas mínimas en sus bajas normales, aguas adentro), “línea de las aguas máximas” (nivel hasta donde llegan las aguas en sus crecientes normales de invierno y verano), “línea del límite de terreno de playa” y, de relevancia para nuestro estudio, “playa de río o lago” (extensión de suelo que las aguas bañan en sus crecidas normales comprendida entre la línea de aguas mínimas y aguas máximas).

Por su parte la Ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura (LGPA), define el fondo de río o lago como “*extensión del suelo que se inicia a partir de la línea de aguas mínimas en sus bajas normales aguas adentro*”. Su reglamento ejecutivo, aprobado por DS N° 290 de 1993 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (RLCM), repite la definición legal de fondo de río o lago, mientras que define la “playa de río o lago” como la “*extensión del suelo que bañan las aguas en sus crecidas normales hasta la línea de las aguas máximas*”, definición ésta última que resulta muy similar a la del RLCM. Si bien podría pensarse que las normativas sectoriales recién expuestas contradicen la del CAg, lo cierto es que como ha señalado Alodia Prieto, no lo hacen, sino que la complementan para unas materias especiales y distintas, como son las concesiones marítimas y de pesca y acuicultura⁶⁰. Pese a que son útiles, las definiciones de “playa de río” y “playa de lago” están contenidas en normas de naturaleza reglamentaria y no legal, y por ende no les

⁵⁸ Los literales a) y b) del artículo B.4 del DS N° 609 de 1979 del MBBNN sí hacen una distinción entre el “lecho o álveo” y el “cauce” de ríos, lagos y esteros. Los primeros corresponden a la “*porción de tierra por la que permanentemente corren las aguas*”, mientras que el segundo a la “*superficie que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces periódicas ordinarias*” (sic). Así, no existe coincidencia entre las definiciones del CAg y las del reglamento, sin perjuicio de lo cual priman las del Código dado su rango legal.

⁵⁹ En este mismo sentido se pronunció la Contraloría General de la República en su dictamen N° 31.422 de 2018, señalando que las facultades de la SFFAA y el MINDEF no alcanzan a los bienes privados (entendiendo por tales lo que no son nacionales de uso público ni fiscales) que se ubiquen dentro de la faja de 80 metros, medidos desde la línea de más alta marea (o de la línea de la playa, en el caso de los lagos).

⁶⁰ PRIETO 2004, 14-15, que además resulta ser uno de los muy pocos trabajos que explican la naturaleza jurídica de los álveos de lago, determinando que son por regla general bienes privados.

alcanza la regla interpretativa contenida en el artículo 20 del CC para que sea ese el sentido literal que deba dársele a las palabras.

Por último, cabe señalar que el CAg define las “riberas o márgenes” como las zonas laterales que lindan con el álveo o cauce, aunque el CC equipara los términos “cauce” y ribera” en su artículo 650, como diré luego.

En suma, dentro de un río o lago podemos encontrar diferentes suelos que a su vez reciben distinto tratamiento legal y reglamentario. Los álveos, que corresponden a la porción de suelo que los ríos y lagos alcanzan en su mayor altura ordinaria, incluyendo sus bajas y crecidas periódicas, engloban tanto el fondo permanente por donde las aguas escurren o se detienen, como aquella porción de tierra que queda descubierta con las retracciones estivales de sus aguas. Así, las playas de ríos y lagos –aunque no resulta riguroso tratarlas de esa forma⁶¹– entendidas éstas como la porción del suelo que queda descubierta con las bajas de las aguas de ríos y lagos, pero ubicada dentro de sus líneas de aguas máximas, forman parte del álveo fluvial o lacustre. Contiguas a ellas se encuentran las riberas o márgenes, que no son sino las zonas laterales que deslindan con el álveo o cauce según la nomenclatura del CAg, y que por consiguiente tendrán una naturaleza privada, pudiendo ser titulares de su dominio los particulares, el Fisco, u otras personas jurídicas de Derecho Público, descentralizadas o autónomas. De ahí que el Ministerio de Bienes Nacionales (MBBNN) pueda fijar el deslinde del propietario riberano con el bien nacional de uso público por las riberas de los ríos, lagos y esteros⁶². Sobre esta última competencia, la Contraloría General de la República ha dictaminado que

[...] de conformidad a su calidad de bien nacional de uso público, las playas están sujetas a un régimen especial de uso y protección [...] siendo el Ministerio de Bienes Nacionales quien tiene la facultad privativa de fijar los deslindes de los bienes nacionales de uso público que constituyen los cauces de los ríos, lagos y esteros.

En el ejercicio de esa potestad, y por tratarse de una realidad de suyo dinámica,

*[...] la autoridad debe hacer primar el concepto normativo de playa de río o lago y su naturaleza intrínseca de bien nacional de uso público, así como también ponderar las eventuales modificaciones del nivel de las aguas, lo que podría traducirse en un reposicionamiento de la línea oficial de playa, para adecuarse a la realidad de las cosas [...]*⁶³.

Es relevante también señalar que luego de la entrada en vigor de la Ley N° 21.202 existe un nuevo tipo de suelo regulado legalmente, cual es

⁶¹ En este sentido se pronuncia CORRAL 2022.

⁶² Decreto N° 609 de 1979 del MBBNN, en relación al artículo 1 del Decreto Ley N° 1.939.

⁶³ Dictamen CGR N° 16.583 de 2019, que confirma y complementa el Dictamen N° 77.811 de 2016.

el “humedal urbano”. En lo que a lagos y ríos respecta, un humedal urbano corresponde, según el artículo 1 de la norma a *“aquellas extensiones de [...] superficies cubiertas de agua, sean éstas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas [...] que se encuentren total o parcialmente dentro del límite urbano”*. Del concepto anterior es posible entender que una playa de lago –que no es sino una extensión de superficie terrestre cubierta temporalmente por agua dulce estancada– podría ser considerada un “humedal urbano” para los efectos de su protección si se encontrase total o parcialmente dentro del límite urbano fijado por el respectivo instrumento de planificación territorial. Se trata, en suma, de un concepto tanto jurídico como ambiental que en algunos casos podría yuxtaponerse al de playa de río o lago. Sobre esta norma y su importancia para este ensayo me referiré más adelante.

Mi trabajo solo se propone el tratamiento de las llamadas playas de ríos y lagos, por las que entenderemos entonces aquella porción de tierra que queda descubierta esporádicamente por las retracciones de las aguas de ríos y lagos producto de sus creces y bajas periódicas, pero situada dentro de la línea de sus aguas máximas.

III. Naturaleza y régimen jurídico de las playas de ríos y lagos

Como señalé en la introducción el tema no ha sido estudiado directamente por la doctrina –salvo muy pocas excepciones– ni la jurisprudencia y, en los pocos trabajos que existen sobre el particular, las opiniones varían, aunque una inmensa mayoría los trata como bienes públicos. Lo anterior a mi juicio se debe a lo señalado en un inicio: en el imaginario colectivo todas las playas son públicas. Eso lleva, al parecer, a que cuando el tema se trata científicamente se hace de manera tangencial, asumiendo su naturaleza demanial sin necesidad de tener que explicarla ni fundamentarla, como si de un hecho público y notorio se tratase. Un dogma, en fin.

Para demostrar lo anterior se han citado investigaciones académicas, sentencias judiciales, dictámenes administrativos, opiniones de columnistas y la información oficial del MBBNN, por poseer todas en común el asumir esta naturaleza sin cuestionarla.

El caso emblemático en la materia lo constituye el de don Matías Pérez Cruz, empresario que fue grabado expulsando a tres mujeres de lo que él consideraba parte de su propiedad privada, en el Lago Ranco. En ese caso la División Jurídica del MBBNN emitió un informe que señaló de forma expresa que en Chile *“las playas corresponden a un BNUP, de manera que como conclusión preliminar se puede afirmar que no existen playas privadas en ninguna región de nuestro país”*⁶⁴.

⁶⁴ Ord. DIJUR. MBBNN N° 63, de fecha 08/02/2019.

Encontramos sobre esta materia que algunos autores, instituciones y normas reglamentarias declaran abiertamente que todas las playas de ríos y lagos son bienes nacionales de uso público⁶⁵. En este sentido, por ejemplo, se pronuncia el profesor Cordero⁶⁶ y en varios trabajos, el profesor Vergara⁶⁷. A su turno, el exministro de Bienes Nacionales, don Víctor Osorio, señaló también en medios de prensa⁶⁸ que todas las playas son bienes nacionales de uso público.

Sobre las playas de mar existe abundante jurisprudencia administrativa⁶⁹ que les reconoce su naturaleza pública en virtud de las normas civiles. Con respecto a las playas de ríos y lagos, por otro lado, la CGR ha dictaminado a veces sin pronunciarse sobre la alegación de ser la playa de lago un bien nacional de uso público, asumiendo esa naturaleza⁷⁰; en otras ha intervenido en el proceso de delimitación de los propietarios riberaños con los “bienes nacionales de uso público” en virtud del DS N° 609 de 1979 del MBBNN⁷¹; ha señalado expresamente que los cauces de ríos son bienes nacionales de uso público⁷², o bien lisa y llanamente ha manifestado de forma expresa que todas las playas son bienes nacionales de uso público⁷³, lo que lleva a la conclusión de que, en concepto del Ente Contralor, las playas de ríos y lagos son bienes públicos, sin distinción alguna.

El Tribunal Constitucional, sin dirimir el asunto, ha resuelto –conociendo de un requerimiento de inconstitucionalidad relativo a las facultades para fijar el acceso a playas de mar, ríos y lagos– que las playas de mar son bienes nacionales de uso público, sin asignar jamás en su sentencia ese carácter a las playas de ríos y lagos⁷⁴.

Los tribunales ordinarios por otra parte han sido poco claros en sus fallos, o bien lisa y llanamente han asignado un carácter público a las playas sin mayor estudio de su regulación y sin entrar al detalle de porqué eso sería así: en el Considerando Décimo Tercero de su sentencia de fecha 5 de octubre de 2016 dictada en autos Rol N° 47.914-2016, la CS declaró que,

⁶⁵ V.gr. el Considerando Sexto del DS N° 435 de 2015, del MINDEF, que establece Política para el otorgamiento, modificación y renovación de concesiones marítimas en playas.

⁶⁶ CORDERO 2007, 275.

⁶⁷ V.gr. VERGARA 1997, 431; 1999, 73; 2000, 590; 2015, 313, y 2022.

⁶⁸ OSORIO, 2015.

⁶⁹ V. gr. Dictamen CGR N° 556 de 1992.

⁷⁰ Dictamen CGR N° 25.735 de 2012, a propósito de obras de cierre para vehículos de una playa de lago declarado navegable realizada por una municipalidad, previa solicitud de la Autoridad Marítima.

⁷¹ Dictamen CGR N° 77.811 de 2016.

⁷² Dictamen CGR N° 14.808 de 2019.

⁷³ Dictámenes CGR N° 16.583 de 2019, E89.653 de 2021 y E234227 de 2022.

⁷⁴ Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Senadores y Diputados respecto del DS N° 1, de 10 de enero de 1996.

[...] cabe señalar, la playa de mar, los lagos y los ríos, son bienes nacionales de uso público, y es por tal razón que su uso puede ser realizado por cualquier habitante de la Nación, el que debe ser garantizado por el Estado, previendo los medios para que los ciudadanos puedan acceder libremente a aquellos”.

Lo mismo señaló textualmente el Ministro Sergio Muñoz en el Considerando Décimo Quinto de su disidencia en la sentencia de fecha 31 de octubre de 2017, dictada en autos Rol N° CS 18.281-2017.

En su sentencia del 8 de mayo de 2017 pronunciada en autos Rol N° 6.154-2017, la CS, a propósito del Lago Ranco, señaló expresamente que no puede “[...] desatenderse el carácter de bien nacional de uso público que se reconoce en nuestra legislación al sector de playa, en los términos que describen los artículos 594 y 595 del Código Civil”⁷⁵⁻⁷⁶. En suma, se advierte que en las dos primeras sentencias la Corte asigna el carácter público no a la playa, sino que al lago y al río, lo que lleva a la incerteza acerca de si se refiere a ese cuerpo completo considerando agua y suelo o solo al agua. En el tercer fallo señalado la Corte Suprema manifiesta directamente que las playas de lago son bienes demaniales según lo dispuesto por los artículos 594 y 595 del CC, normas que como veremos solo asignan un carácter público a las aguas y a la playa de mar, pero en ningún caso al suelo de los lagos ni los ríos.

A nivel de cortes de apelaciones el panorama no es muy distinto. La Corte de Talca, en sentencia de autos Rol N° Protección-8.329-2019⁷⁷ y a propósito de una denuncia por la supuesta construcción en la playa del Lago Vichuquén, señaló –asumiendo la naturaleza pública de sus playas– que no es la protección la vía para determinar si un muro de contención requiere o no una concesión marítima o si determinada construcción se emplaza o no en un bien nacional de uso público, existiendo controversia al respecto. La Corte de Apelaciones de Rancagua –en sentencia de fecha 22 de julio de 2020, dictada en autos Rol N° Civil-368-2019⁷⁸– asignó el carácter de bien nacional de uso público al álveo del Lago Rapel por aplicación de los artículos 589 del CC y 148 N° 2 de la LGUC, con el objeto de justificar que la orden de demolición municipal de una obra construida en él se ajustaba a derecho, al ser imposible su regularización. En otro fallo, la Corte de Apelaciones de Valdivia, conociendo respecto de la comisión de un delito de amenazas en la playa del Lago Calafquén, señaló en el Considerando Noveno de la sentencia

⁷⁵ Considerando Sexto.

⁷⁶ En igual sentido, el Considerando Décimo Segundo de la sentencia de reemplazo dictada en la causa *Inversiones Montecarlo S.A. con Producciones y Asesorías Info Sport Ltda.*; implícitamente en el asunto *Varas con Gutiérrez* (dado que la CS rechazó la acción por falta de prueba, sin cuestionar la alegada naturaleza pública de la playa del lago Villarrica); y en *Mondaca con Municipalidad y DOM de Pucón* (que es además interesante en cuanto delimita las competencias municipales y de la SFFAA en las playas de lago, en favor de la segunda institución).

⁷⁷ Confirmada en *Fuenzalida con Aresti* (2020).

⁷⁸ *Inversiones e Inmobiliaria Las Balsas Ltda. con Municipalidad de Las Cabras* (2020). Sentencia que fue casada en el fondo por el demandante y cuyo recurso fue rechazado por la CS.

de fecha 26 de enero de 2022, dictada en autos Rol N° Penal-836-2021, que “[...] resulta relevante que la playa es un bien nacional de uso público”, lo que nuevamente demuestra que el tema es asumido por los tribunales, mas no desarrollado, explicado ni fundamentado.

En el mismo sentido, el Ministerio de Bienes Nacionales⁷⁹ –organismo que por ley posee un control superior en materia de bienes nacionales de uso público⁸⁰– considera en la información oficial que mantiene publicada en su sitio web institucional que “[...] todas las playas de mar, ríos y lagos son Bienes Nacionales de uso público, es decir, son de dominio de todos los chilenos y su uso nos pertenece a todos (artículo 589 del Código Civil)”, cuestión que no es cierta mirada desde el tenor literal de la norma citada.

Por otro lado existen autores como Corral⁸¹ o Prieto⁸² que sí hacen una distinción a propósito de las “playas” de lago, distinción que Vergara al parecer considera pero no explica, al referirse únicamente a la situación de los lagos mayores⁸³. Corral y Prieto señalan que en virtud del CAg, los álveos o lechos de lagos –cuerpos de aguas detenidas– menores (esto es, aquellos que no resultan navegables por buques de más de cien toneladas) son bienes privados que pertenecen por tanto de forma exclusiva a los dueños de la ribera, sean estos particulares u órganos del Estado.

En suma, la condición jurídica de bien nacional de uso público de todas las playas es asumida por la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina nacional sin que se explique el porqué de esa interpretación. Es por lo mismo necesario revisar este “dogma” y emitir un pronunciamiento que se haga cargo directamente de su veracidad. Como se verá a continuación, respecto de los ríos no existirá mayor inconveniente a la hora de determinar la naturaleza jurídica de sus playas, pues el legislador la ha sancionado expresamente. El problema se suscita respecto de los lagos y otros cuerpos de aguas detenidas, y particularmente cuando han sido declarados navegables por embarcaciones de más de cien toneladas pues, en ese único supuesto, el legislador no le ha asignado expresamente una naturaleza jurídica.

⁷⁹ Disponible en https://www.bienesnacionales.cl/?page_id=1599.

⁸⁰ Función de “control superior” que, como ha señalado la Contraloría General de la República en su dictamen N° 41.443 de 1995, no debe confundirse con una función de “administración”, facultad de la cual carece. Eso sí, es el MBBNN quien tiene la atribución legal de resolver acerca del órgano administrativo encargado de la administración de un bien nacional de uso público particular, en caso de duda, sin perjuicio de las facultades de la CGR.

⁸¹ Vid. CORRAL, 2022.

⁸² PRIETO 2004, 17.

⁸³ Disponible en <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analis-Juridico/2019/02/08/ Acceso-a-playas-publicas-a-traves-de-terrenos-de-particulares-Cronica-de-la-jurisprudencia-constitucional-y-judicial.aspx>.

1. Sobre las normas que usualmente se usan para fundar el carácter público de las playas de ríos y lagos

Como dije, generalmente se utilizan artículos del CC para afirmar que las playas de ríos y lagos son bienes nacionales de uso público. Esto merece un pronunciamiento previo antes de buscar la respuesta en otros cuerpos legales.

En primer lugar, su artículo 589 define los bienes nacionales de uso público y luego ejemplifica nombrando –entre otros– al “mar adyacente y sus playas”. El inciso segundo de su artículo 593 señala que las aguas situadas dentro de las líneas de base del mar territorial, forman parte de las aguas interiores del Estado. Enseguida están las normas que han sido citadas por la CS para asignar la naturaleza de bien nacional de uso público a las playas de lagos y ríos: el artículo 594 define las playas de mar como la “*extensión de tierra que las olas bañan y desocupan alternativamente hasta donde llegan en las más altas mareas*”. Luego, el 595 dispone que “*todas las aguas son bienes nacionales de uso público*”. Por último, el artículo 650, a propósito del modo de adquirir accesión por aluvión, dispone que “*El suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas, forma parte de la ribera o del cauce, y no accede mientras tanto a las heredades contiguas*”, equiparando a la ribera y al cauce, asimilación que el CAg no hace, según dije⁸⁴. Esta norma, respecto de los lagos, debe entenderse a mi juicio tácitamente derogada por los artículos 33, 34 y 35 del CAg en relación a los artículos 4, 52 y 53 del CC, tanto por especialidad como por temporalidad⁸⁵. Por último, el artículo 598 del CC se pronuncia sobre los ríos y lagos como bienes nacionales de uso público, pero se refiere –a mi juicio– a ellos en cuanto cuerpos acuáticos y no a su suelo⁸⁶. Para fundamentar lo anterior basta tener presente que el mismo artículo 589 del CC distingue al mar adyacente de sus playas, pues los trata de forma separada. Luego, un río o lago

⁸⁴ Norma ésta última que la CGR utiliza en su Dictamen N° E234227 de 2022 para justificar la naturaleza pública de las playas de lago, independiente de si son o no navegables.

⁸⁵ Como señalé anteriormente el artículo 33 del CAg determina que las riberas o márgenes lindan con el álveo o cauce. Dado que el álveo de los lagos termina en la línea máxima del agua, no es posible entender hoy que la ribera forme parte del álveo, como señala la norma civil del 650. La derogación tácita debe entenderse pues el Código de Aguas es una norma especial de dictación posterior al CC. En este sentido toman relevancia los artículos 4, 52 y 53 del CC. El primero señala que las disposiciones contenida en códigos –leyes– especiales “*se aplicarán con preferencia a las de este código*”. Los artículos 52 y 53 determinan que existe derogación tácita de una ley anterior por una posterior si ésta contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. Además, malamente podría haber accesión por aluvión si el legislador no señala en norma legal alguna de modo expreso que ese bien sea, en el caso de los lagos, un bien nacional de uso público. Por último, el legislador civil incurre en una antinomia al utilizar el término “*ribera*” con dos significados distintos: en el artículo 649 del CC, lo entiende en los términos del CAg, como parte del dominio privado. En el 650, en cambio, como parte del cauce mismo.

⁸⁶ Es precisamente en este sentido –el de los lagos como bienes nacionales de uso público en cuanto cuerpos acuáticos– que se pronunciaron recientemente la Corte de Apelaciones de Chillán y la Corte Suprema en el asunto *Contzen y otros con Municipalidad de Quillón* y la Corte de Apelaciones de Valdivia en la causa *Inmobiliaria San Nicolás Ltda. con Municipalidad de Panguipulli*, ambos relativos a la regulación vía ordenanza municipal de esos bienes públicos.

es jurídicamente algo distinto a la playa de ese río o lago, lo que lleva a descartar que en el artículo 598 el legislador civil asigne esa naturaleza también al suelo de esos cuerpos de agua.

Del análisis de las normas indicadas puede apreciarse con claridad que ellas en momento alguno se refieren a las playas de lagos y ríos, sino solo a las playas de mar y a los ríos y lagos en cuanto cuerpos de agua. Así, no existe pronunciamiento del legislador civil sobre el régimen jurídico del suelo que corresponde a las playas de lagos y ríos y, a mayor abundamiento, *no existe norma legal alguna en Chile que declare que las playas de los lagos son bienes nacionales de uso público*⁸⁷, aunque sí le asignen ese carácter algunos reglamentos.

Utilizaré abundantemente en lo sucesivo la reciente segunda edición de la obra de don Hernán Corral, pues constituye una de las pocas que trata del tema con un repaso de las normas que regulan el asunto. Adelanto, eso sí, que dicho autor estudia lo que denomina como "*Dominio público fluvial y lacustre*" dentro del apartado "Bienes de dominio exclusivo del Estado", pues él considera, según se verá, que en ambos casos estamos en presencia no de bienes nacionales de uso público, sino de cosas de propiedad estatal exclusiva⁸⁸.

2. Sobre la naturaleza jurídica de las playas de ríos

Como se dijo en el acápite anterior, las playas de río se ubican físicamente dentro de lo que el legislador ha denominado el "cauce o álveo" de las corrientes de uso público. En el artículo 30 del CAg se zanja el tema de su naturaleza jurídica señalando expresamente el legislador que el suelo que corresponde al álveo es de "*dominio público*", y que por lo tanto no accede a las heredades contiguas. Más allá de las críticas que puedan formularse al empleo de la frase "*de dominio público*"⁸⁹, lo cierto es que existe una evidente intención del legislador de sustraer el cauce de los ríos de la apropiabilidad privada, resultando clara, a mi juicio, su naturaleza jurídica demanial. Lo anterior se ve reafirmado por el encabezado del artículo 30 del CAg, que dispone que esas corrientes son, precisamente, de uso público. Esta interpretación ha sido recogida por la Corte Suprema, por ejemplo, en sentencia de fecha 10 de diciembre de 2020 dictada en autos Rol N° 24.558-2020, a propósito del juicio especial del artículo 9 del DL N° 2.186, ley orgánica de procedimiento de expropiaciones⁹⁰. A la misma conclusión ha llegado también la CGR en sus dictámenes N° 20.157 de 2007, 68.075 de 2009, 14.103 y 90.545, ambos

⁸⁷ CORRAL 2022, 187-188.

⁸⁸ CORRAL 2022, 183.

⁸⁹ Pues en estricto rigor los bienes nacionales de uso público no son de "dominio público", sino que nacional, siendo su uso lo verdaderamente público. Además, pues el carácter público, a la luz de algunas teorías, podría entenderse no como un bien sustraído del comercio humano, sino que como un bien fiscal, sentido éste último que parece atribuirle según se vio el profesor Corral.

⁹⁰ En ese juicio se discutía precisamente si un retazo de terreno no expropiado correspondía o no a un bien nacional de uso público, por formar parte del cauce del Río Andalién, en la Región del Biobío.

de 2016 y 26.522, de 2017. Corral⁹¹, sin embargo, señala que los cauces de los ríos son bienes nacionales, vale decir, de propiedad particular del Fisco y no nacionales de uso público, cuestión en la que no incursiona mayormente.

Sin perjuicio de lo anterior y pese al carácter de bien nacional de uso público del álveo del río, el legislador sí permite algunos usos particulares en él, desde que faculta a los “propietarios riberaños” a aprovechar y cultivar la superficie de ese suelo en las épocas en que no estuviera ocupado por las aguas, suelo que así –y de acuerdo a lo dicho anteriormente– no se refiere sino a las playas de río.

Solo se exceptúan de lo anterior los cauces de corrientes discontinuas formadas por aguas lluvias (“pluviales”, según el artículo 31 del CAg), los cuales pertenecen al dueño del predio, y las aguas que correspondan a vertientes que nacen, corren y mueren dentro de una misma heredad y las de los lagos menores no navegables por embarcaciones de más de cien toneladas, y de lagunas y pantanos que, a la fecha de entrada en vigor del CAg, no tuvieran derechos de aprovechamiento constituidos, y siempre que se encuentren dentro de una sola heredad (artículo 20 del CAg), aunque el legislador en este caso se refiere solo al agua y no al cauce que la transporta. Además, más que propiedad privada lo que el legislador reconoce en los últimos dos casos es un “*derecho real de uso y goce*” sin necesidad del título administrativo.

En suma, la playa de río posee siempre la naturaleza jurídica de bien nacional de uso público, consecuencia que es concordante con la noción dogmatizada. Sin perjuicio de eso, la playa de río podría desafectarse por aluvión, pasando a formar parte del dominio del dueño de la ribera por el modo de adquirir accesión en conformidad al artículo 649 del CC⁹². Esta conclusión ha sido además adoptada de forma expresa por la CS, la que en sentencia de reemplazo dictada el día 11 de agosto de 2021 en autos Rol N° CS 37.025-2019, señaló en el Considerando Segundo que

[...] *de las normas legales transcritas, se sigue que el álveo o cauce de un río es un bien nacional de uso público y por lo mismo inapropiable por los particulares; sin perjuicio que pueda perder tal calidad producto de sobrevenir aluvión, caso en el cual es susceptible de apropiación por los propietarios riberaños*⁹³.

3. Sobre la naturaleza jurídica de las playas de lago

Para referirse a la naturaleza jurídica de las playas de los lagos, es necesario distinguir si ellos son o no navegables por embarcaciones mayores (de más de 100 toneladas), sin perjuicio de lo que se dirá en el título IV de este trabajo.

⁹¹ CORRAL 2022, 188.

⁹² BARCIA 2008, 100-101.

⁹³ Igual conclusión se observa en *Fisco de Chile con Constructora Juan Luis Gatica Ávila EIRL* (2018), c.28°.

a) *Lagos no navegables por embarcaciones mayores*

El tema se vuelve verdaderamente interesante cuando se analiza el régimen jurídico de las playas de lagos, lagunas, pantanos y otros cuerpos de aguas detenidas. Como se tuvo ocasión de ver, el artículo 35 del CAg señala que el álveo o lecho de estos cuerpos acuáticos es el suelo que ellas ocupan en su mayor altura ordinaria. Si bien, como dije, no existe en Chile una definición legal de “playa de lago”, lo cierto es que tanto las definiciones reglamentarias sectoriales en la regulación de las concesiones marítimas y acuícolas como la lógica, permiten afirmar que lo que se conoce como “playa de lago” forma parte física y material de lo que se engloba con el concepto jurídico de “álveo” o “lecho”. Sobre su naturaleza y titularidad, el legislador de aguas ha señalado expresamente en la norma indicada que “[...] este suelo es de dominio privado, salvo cuando se trate de lagos navegables por buques de más de cien toneladas”. En el mismo sentido Corral⁹⁴ señala, a propósito de la propiedad de aguas, que son de propiedad privada

[...] las aguas pluviales que caen sobre un predio (art. 10 CAg) y el suelo del álveo o lecho de los lagos, lagunas, pantanos y demás aguas detenidas, siempre que no se trate de lagos navegables por buques de más de cien toneladas”. Lo mismo señala a propósito del “Dominio fluvial o lacustre”⁹⁵.

La norma señalada es la única de la legislación nacional que se pronuncia sobre el régimen jurídico y titularidad del suelo de los cuerpos de aguas detenidas. De ella, además, se colige que el “dogma” de la propiedad pública de las playas de lago no es verdadero, precisamente pues la regla general en Chile es la del dominio privado de los álveos de lago y, consecuentemente, de sus playas. La anterior conclusión además se condice con el artículo 2 de la LCM, que le entrega la administración de las playas de lagos que no sean navegables al MINDEF a través de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, *solo si se trata de bienes fiscales*⁹⁶. En otras palabras, la competencia del MINDEF para conceder el uso particular en los lagos corresponde a: i) playas de lagos menores, solo si se trata de bienes fiscales; ii) playas de lagos mayores; y iii) terrenos de playa de propiedad fiscal⁹⁷ en ambos tipos de lagos. De otro lado y aún si no existiera la norma del artículo 35 del CAg habría que entender que las playas de lago son bienes apropiables, pues seguirían la regla general en virtud de la cual la naturaleza demanial de las cosas

⁹⁴ CORRAL 2022, 165, a propósito de la “Propiedad de aguas”.

⁹⁵ CORRAL 2022, 165.

⁹⁶ En otras palabras, si las playas fueran bienes nacionales de uso público o bienes fiscales, la norma recién indicada sería evidentemente innecesaria pues la SFFAA administraría todas, con independencia de que sean o no fiscales en el caso de los lagos no navegables.

⁹⁷ El terreno de playa es un espacio jurídico que comienza ahí donde termina el álveo (playa), y que abarca una franja de 80 metros medida hacia la tierra. Su administración le corresponde a la SFFAA del MINDEF, solo en la medida de que el propietario de ese inmueble sea el Fisco, tal como ha reconocido la CGR en su dictamen N° 31.422 de 2018 en virtud del artículo 2 de la LCM y 1 N° 57 del RLCM.

es una excepción que requiere legislación expresa y de quórum calificado, la que como he dicho en el caso de las playas de lago no existe⁹⁸.

Por último, la publicación de la Ley N° 21.202 sobre protección de humedales urbanos plantea un nuevo argumento para fundar la propiedad privada de las playas de lago. En efecto, su artículo 1 dispone, respecto de su objeto, que su fin es la protección de los humedales urbanos declarados por el Ministerio del Medio Ambiente (MMA). Luego, y como señalé a propósito de los suelos, expresa que se entiende por humedal urbano –entre otras– a “aquellas extensiones de [...] superficies cubiertas de agua, sean éstas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas [...] que se encuentren total o parcialmente dentro del límite urbano”, concepto que resulta perfectamente encuadrable en el de playa de lago si se considera un criterio de temporalidad estival. Enseguida, el artículo 3 de la Ley N° 21.202 permite a la Municipalidad, desde la petición de reconocimiento del humedal y hasta los doce meses siguientes⁹⁹ o el pronunciamiento definitivo del MMA, postergar la entrega de permisos de subdivisión, loteo o urbanización predial y de construcciones en los terrenos en que se encuentren emplazados, de conformidad con el artículo 117 de la LGUC, potestad ésta que solo se explica si se considera el *dominio privado* sobre dichos humedales (playas) y la necesidad de que ellos no sean intervenidos urbanísticamente por sus dueños, de manera de asegurar su indemnidad y los fines de la ley. Lo anterior, pues si fueran efectivamente bienes nacionales de uso público no existiría necesidad alguna de impedir que sean urbanísticamente intervenidos por los particulares, pues ello no sería jurídicamente posible, habiendo bastado para su protección el deber que imponen el artículo 6 de la LGUC y el artículo 4 de la Ley N° 19.175 a los Intendentes y Gobernadores (hoy Delegados Presidenciales Regionales y Provinciales)¹⁰⁰.

Enseguida, la misma Ley N° 21.202 intercaló la voz “humedales” en el artículo 64 de la LGUC a propósito del uso de algunos bienes nacionales de uso público de acuerdo al Plan Regulador en las áreas urbanas. Así, el legislador urbanístico dispone que los bienes nacionales de uso público ubicados en áreas urbanas y que correspondan –entre otros– a humedales de ríos y lagos navegables, deben ser utilizados de conformidad a la regulación urbanística y que las concesiones marítimas que las afecten deberán ser informadas favorablemente de forma previa por el Director de Obras Municipales respectivo. Una lectura detenida de la norma del artículo 64 evidencia que el legislador no trata a todos los humedales urbanos de ríos y lagos navegables como “bienes nacionales de uso público” sino que su texto se aplicará solo cuando un humedal corresponda efectivamente a un bien demanial. Y lo será

⁹⁸ Como ha dicho el Tribunal Constitucional, “La incorporación de un bien al dominio público, entonces, no se presume, requiere de un acto expreso” (Considerando Trigésimo Cuarto de su sentencia de fecha 13 de agosto de 2009).

⁹⁹ Dictamen CGR N° E249979 de 2022.

¹⁰⁰ GÓMEZ 2019, 159.

solamente cuando se trate de ríos, nunca en el caso de los lagos, pues su álveo como señalaré a continuación no posee jamás la naturaleza jurídica de bien nacional de uso público.

La anterior regulación dista así diametralmente de la de los ríos, que supone la conclusión contraria, y además de la regla asumida por nuestros tribunales y la mayoría de la doctrina nacional.

Así, lo reitero, la ley dispone en materia de lagos y otros cuerpos de aguas detenidas que sus álveos –y, por ende, sus playas– forman parte de la propiedad privada de los dueños riberaños, “*salvo cuando se trate de lagos navegables por buques de más de cien toneladas*”.

b) *Lagos navegables por embarcaciones mayores*

Luego, es necesario determinar la naturaleza jurídica de las playas de aquellos lagos que sí son navegables por embarcaciones mayores. Para ese objetivo toma relevancia lo dicho a propósito de la reserva legal para determinar la inapropiabilidad de los bienes, y la interpretación restrictiva de los bienes nacionales de uso público: el legislador no señala de modo expreso en ninguna norma de rango legal que los lechos de los lagos navegables sean bienes nacionales de uso público, sino que se limita a señalar –en el artículo 35 del CAg– que no son bienes privados, por excepción. Si bien son conclusiones similares, no resultan idénticas: Desde luego una aproximación restrictiva y basada en mi interpretación del texto constitucional me lleva a afirmar que, dado que el legislador no los ha sustraído de forma expresa e inequívoca del comercio humano, los lechos –y por añadidura, las playas– de los lagos navegables por embarcaciones mayores no pueden constituir bienes nacionales de uso público, aunque tampoco son bienes privados, lo que trae aparejado el problema de determinar a qué corresponden entonces. Esto ha llevado al profesor Corral a afirmar que este suelo se trataría no de un bien nacional de uso público, sino que de un “bien público”, entendido éste como un bien del Estado cuyo uso no pertenece a la Nación toda (aunque en estricto rigor y según la nomenclatura del CC, el profesor se estaría refiriendo a un “bien nacional” o “fiscal”). Corral señala lo anterior precisamente pues el legislador no los considera bienes nacionales de uso público de forma expresa. Por ende, no siendo privados, han de entenderse como de “dominio exclusivo del Estado”¹⁰¹⁻¹⁰².

La conclusión anterior no es descabellada, pues sabemos que en virtud del artículo 35 del CAg la navegabilidad del lago trae como consecuencia que su álveo no es de dominio privado, dado que la ley dispone que son bienes particulares “[...] *salvo que se trate de lagos navegables por buques de*

¹⁰¹ CORRAL 2022, 183.

¹⁰² Dominio que, así y en virtud del artículo 11 del Decreto Ley N° 1.939, deberá inscribirse en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces respectivo, en la forma indicada por el artículo 58 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces aprobado por Decreto sin número del Ministerio de Justicia, Culto e Instrucción Pública, de 24 de junio de 1857.

más de cien toneladas". Al mismo tiempo, y a riesgo de ser reiterativo, mi interpretación constitucional de la asignación de la calidad de bien público de las cosas me lleva necesariamente a afirmar que, dado que el legislador no le asigna expresamente ese carácter, el álveo de los lagos declarados navegables por embarcaciones de más de cien toneladas no puede ser tampoco un bien nacional de uso público. No puede serlo, pues los bienes nacionales de uso público requieren, por disposición constitucional, de un pronunciamiento expreso del legislador para entenderlos inapropiables¹⁰³. Así, no siendo un bien privado, pero tampoco un bien nacional de uso público, el álveo de los lagos, lagunas y demás cuerpos acuáticos detenidos navegables solo podría poseer la naturaleza jurídica de un bien fiscal¹⁰⁴ o, en la nomenclatura de la CS relativa a la clasificación de los bienes señalada *supra*, un bien privado¹⁰⁵ cuyo dueño es el Estado de Chile.

A la misma conclusión llega Corral al señalar que:

*El álveo de un lago navegable por buques de más de cien toneladas es un bien de dominio exclusivo del Estado (no de uso público) y puede ser aprovechado por los propietarios riberaños en la parte no ocupada por las aguas (por aplicación analógica de lo que se dispone para los cauces de ríos)*¹⁰⁶.

Considero sin embargo que el profesor se equivoca en lo último pues, en primer lugar, se trata de una norma de Derecho Público y estricto que por ende no admite interpretación analógica y, luego, pues la LCM de forma expresa señala que el uso particular de ese espacio requiere de concesión marítima, lo que impide un aprovechamiento privado de ese suelo fiscal sin la dicha autorización administrativa.

Mi postura e interpretación de que las playas de los lagos navegables son en realidad bienes fiscales, y no nacionales de uso público, se condice además con la facultad de administración que posee sobre ellas el MINDEF a través de la SFFAA, en virtud de la LCM. Así, si ese organismo tiene la tuición de las playas de lagos navegables y, en los que no siéndolo, solo si son de propiedad del Fisco de Chile, entonces puede señalarse que es su naturaleza fiscal lo que hace que pueda administrarlos cuando el lago ha sido objeto de declaración de navegabilidad.. En otras palabras, se trata de un bien fiscal cuya administración ha sido sustraída del MBBNN, lo que puede explicarse en las competencias técnicas de la SFFAA en el particular o en la importancia estratégica de las costas nacionales.

Enseguida, la conclusión anterior se ve reafirmada por dos normas: los artículos 590 y 597 del CC. El primero señala que son bienes fiscales todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de

¹⁰³ MONTT 2002, 174.

¹⁰⁴ VERGARA 2015, 322.

¹⁰⁵ Aunque, según se vio, existe doctrina que señala que los bienes patrimoniales del Estado afectos a la actividad administrativa forman parte del "Dominio Público".

¹⁰⁶ CORRAL 2022, 188.

otro dueño¹⁰⁷. Esa norma permite entonces afirmar que ante la falta de especificidad acerca de la propiedad del suelo de la playa del lago navegable y no siendo un bien nacional de uso público, es el Fisco el dueño, lo que se reafirma –y a mi juicio, zanja– con el artículo 597, que determina que las islas nuevas que se formen en ríos y lagos que puedan navegarse por embarcaciones de más de cien toneladas, pertenecerán al Estado: si las islas de lagos navegables, que no son sino parte del álveo que aflora permanentemente a la superficie, pertenecen al Estado, entonces las playas de esos mismos lagos han de pertenecer también a él, como sea que son ambos parte del mismo suelo lacustre. A contrario sensu, si la isla surgiera en un lago no navegable, esa isla sería de propiedad de los riberaños¹⁰⁸, lo que se ve reafirmado por el artículo 656 del CC, a propósito del modo de adquirir accesión¹⁰⁹.

Ahora bien, existe por otro lado un tema que exige un pronunciamiento especial y que dice relación con la naturaleza o justificación de las normas legales y reglamentarias que obligan a los propietarios de las riberas de los lagos y ríos –independiente de su declaración de navegabilidad– a permitir gratuitamente el acceso para fines turísticos y de pesca, y la facultad legal del MBBNN para establecer los deslindes propietarios riberaños con el bien nacional de uso público por las riberas de los ríos, lagos y esteros.

4. Sobre las normas que obligan a permitir el acceso a las “playas” de ríos y lagos y las que facultan la fijación de los deslindes de propietarios riberaños con el bien nacional de uso público

a) *El artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939*

El artículo 13 del DL N° 1.939, a propósito de la adquisición, administración y disposición de bienes del Estado (nacionales o fiscales, así) dispone una regla que ha servido a parte de la doctrina¹¹⁰ y a la jurisprudencia para justificar la naturaleza pública de los álveos de ríos y lagos por igual¹¹¹. Con ella fundamentan su interpretación en orden a que las playas son públicas, pues de lo contrario el legislador no podría obligar a los propietarios riberaños a soportar el paso gratuito de terceros extraños por sus terrenos privados para llegar a ellas.

El inciso primero de la disposición en comento señala lo siguiente: “*Artículo 13.- Los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o*

¹⁰⁷ Valdivia 2019, 134. En su concepto sería la ley del modo de adquirir el dominio por parte del Estado, constituyéndose en una reserva del dominio en su favor, aunque sin condicionar su destinación al uso público.

¹⁰⁸ CORRAL 2022, 187.

¹⁰⁹ El que precisamente determina qué sucede con la aparición de islas en ríos y particularmente en lagos no navegables por embarcaciones de más de cien toneladas.

¹¹⁰ VERGARA 1997, 431-434.

¹¹¹ En este sentido, por ejemplo y a propósito de los ríos, *vid. Inmobiliaria Emarco S.A. con Fisco de Chile* (2021), c.2°.

lagos, deberán facilitar gratuitamente el acceso a éstos, para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto [...]”.

Respecto de las playas de mar y de río la norma se explica precisamente en su naturaleza de bienes nacionales de uso público (las primeras en virtud del artículo 589 del CC, las segundas por el artículo 30 del CAg). Sin embargo, mi postura sobre el particular en el caso de los lagos es que esta norma existe y se explica no porque sus playas sean bienes públicos, pues ya señalé que no lo son, sino por la naturaleza demanial de sus aguas, conclusión a la que arribo por los siguientes motivos:

En primer lugar, por una razón formal y de texto. El mentado artículo 13 no dice que el acceso deba permitirse a las playas, sino que, al mar, a los ríos y a los lagos. La anterior conclusión se extrae del empleo –por el legislador– de la voz “éstos”, pronombre demostrativo plural masculino que se está refiriendo explícitamente a los cuerpos de agua marina, fluvial y lacustre, y no a las playas, pues de lo contrario habría señalado que el acceso se refería a éstas, en femenino, cuestión que no hizo. Luego, pues el artículo 598 del CC se refiere expresamente a los ríos y a los lagos como bienes nacionales de uso público, en cuanto cuerpos de agua, según dije *supra*.

En segundo lugar, por una interpretación armónica con las normas estudiadas del CAg las que, como se dijo, constituyen las únicas de rango legal que se pronuncian sobre el régimen jurídico del suelo denominado álveo, en el ordenamiento chileno: si la regla general en materia de lagos, como se vio, es la del dominio privado de sus lechos –y por consecuencia, de sus playas–, entonces el gravamen de permitir el libre acceso no puede referirse a ellas, sino que a las aguas que las bañan o cubren, atendida que a ellas sí el legislador civil les ha dado el tratamiento jurídico expreso de bienes nacionales de uso público¹¹².

Lo anteriormente dicho no se ve alterado por la reciente modificación de la norma a través de la publicación de la Ley N° 21.149 en febrero de 2019, que incorporó un nuevo inciso al artículo 13 del DL N° 1.939 estableciendo sanciones para quien, teniendo una vía de acceso público fijada por la autoridad, la cierre u obstaculice, desde que ella tampoco asignó expresamente la condición demanial de las playas de lago.

Mi interpretación acerca del alcance de la norma del DL N° 1.939 trae como ventaja que mantiene lo dicho a propósito de la naturaleza privada del suelo de las playas de lago, a la vez que explica por qué el legislador ha establecido el gravamen. Así, se sigue, no tendría sentido que las aguas de los lagos fueran de libre disfrute, si no se garantizara el acceso a ellas de manera de que puedan ser aprovechadas por la población.

¹¹² Vid. GÓMEZ 2018, 162, quien pareciera deslizar una idea como ésta al referirse al acceso “a las playas, ríos y lagos”, dando a entender a mi juicio que, en el caso de las últimas, se refiere a ellas como cuerpos acuáticos y no al suelo que es bañado por sus aguas.

En este mismo sentido se pronunció recientemente la CGR al señalar que *“De modo complementario, al ejercerse dicha facultad también se permite que tales vías sirvan de acceso a las aguas, en cumplimiento de la función del MBN de velar por la correcta utilización de los bienes nacionales de uso público”*¹¹³.

Por su parte, y en un intento por armonizar las normas del CAg con la del artículo 13 del DL N° 1.939 Corral señala que la última preceptiva *“[...] no se aplicará a los álveos de lagos menores, ya que son de dominio privado, ni a los cauces de ríos o álveos de lagos mayores cuando estén siendo legítimamente aprovechados por los propietarios riberaños”*¹¹⁴. Disiento de esta interpretación por cuanto, en primer lugar, introduce una diferencia allí donde el legislador no la ha previsto. Luego, porque más allá de la naturaleza privada del suelo del lago lo cierto es que sus aguas siguen siendo bienes nacionales de uso público, provecho este último que se vería proscrito si acaso no se permitiera el acceso a él a través de la constitución de este gravamen legal de tránsito¹¹⁵. Por último en contra de la tesis de Corral puede manifestarse que la CGR ha dictaminado el asunto decidiendo que la declaración de navegabilidad por buques de más de cien toneladas de un lago o laguna no incide en el acceso a sus playas, de conformidad al artículo 13 del DL N° 1.939¹¹⁶.

En suma, el gravamen de permitir el tránsito al mar y a los ríos –e incluso, a sus playas– se explica pues tanto sus aguas como ese suelo son de dominio de la Nación y de uso público. A mayor abundamiento, tanto la jurisprudencia administrativa¹¹⁷ como la judicial¹¹⁸ han validado ora la legalidad de la fijación de las vías de acceso a las playas por la autoridad, ora que sean las municipalidades los organismos administrativos que las reparen y mantengan, pese a su carácter de vías privadas. En el caso de los lagos, sin embargo, la norma solo podría referirse al lago como cuerpo de agua, dado que es ésta última y no la playa la que posee una naturaleza demanial.

¹¹³ Dictamen CGR N° E234227 de 2022.

¹¹⁴ CORRAL 2022, 188.

¹¹⁵ Sobre esto mismo, el Tribunal Constitucional ha resuelto que el artículo 13 del DL N° 1.939 es, respecto de las playas de mar, *“[...] un medio necesario del que se vale el legislador para que un bien nacional sea efectivamente de uso público”* (Considerando Vigésimo Quinto de la sentencia de fecha 30 de abril de 2009). El Considerando Vigésimo Tercero de la misma sentencia, además, señala que en los artículos 589 y 594 y siguientes del CC el legislador ha declarado como bienes nacionales de uso público *“a determinadas playas”*, no a todas las playas.

¹¹⁶ Dictamen CGR N° E89653 de 2021, reiterado y complementado por dictamen N° E234227 de 2022.

¹¹⁷ Dictamen CGR N° 4.472-2019 en relación a los dictámenes 34.727-2003, 33.525-2007, 72.582-2009, dado que estos últimos constituyen pronunciamientos genéricos en relación a la inversión de recursos públicos por las municipalidades en propiedad privada.

¹¹⁸ V. gr. *Jaramillo con Estado de Chile* (2019) (que confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua dictada en *Jaramillo con Estado de Chile* (2019) y *Jaramillo con Municipalidad de Pichilemu*, confirmada en *Jaramillo con Municipalidad de Pichilemu* (2022) (todas respecto del acceso a la playa “Socavón” en la comuna de Pichilemu, a través del predio “Mónaco”).

Pese a lo anterior, la CGR ha reiterado muy recientemente en su dictamen E234227 de 2022 su postura histórica, en el sentido de que las playas en Chile, de mar, ríos y lagos son intrínsecamente bienes nacionales de uso público, independiente, en el caso de los últimos, de que sean o no navegables por embarcaciones de más de cien toneladas¹¹⁹.

Por último y como dato anecdótico, el Tribunal Constitucional mediante sentencia de fecha 2 de diciembre de 1996, a requerimiento de una cuarta parte de los Senadores y Diputados en ejercicio, declaró inconstitucional el DS N° 1 de 1996 del MBBNN, que constituye el hasta ahora único intento del Ejecutivo por reglamentar el artículo 13 del DL N° 1.939¹²⁰.

a) *El Reglamento de Concesiones Marítimas*

Luego, se han utilizado otras normas para afirmar la naturaleza pública de las playas de lago, y particularmente el inciso segundo del artículo 1 N° 57 del RLCM. Ese artículo dispone que

En aquellos títulos de dominio particular que señalan como deslinde el mar, el Océano Pacífico, la marina, la playa, el puerto, la bahía, el río, el lago, la ribera, la costa u otros análogos, debe entenderse que este deslinde se refiere a la línea de la playa.

Si bien en apariencia la disposición barre con mis anteriores conclusiones, ello debe desecharse pues se encuentra regulada en un reglamento de ejecución del Presidente de la República y no en una ley de quórum calificado, lo que nos lleva nuevamente a la restricción con que debe asignarse e interpretarse la naturaleza demanial –y por ende inapropiable– de los bienes. Enseguida, pues la ley que ejecuta este reglamento –LCM– tampoco asigna la naturaleza demanial a la playa¹²¹.

b) *Sobre la facultad del Ministerio de Bienes Nacionales para fijar los deslindes de la ribera con el bien nacional de uso público*

Enseguida, y en lo relativo a la facultad del MBBNN para establecer deslindes propietarios riberaños con el bien nacional de uso público por las riberas de los ríos, lagos y esteros, es necesario otro pronunciamiento.

¹¹⁹ Eso sí, en esta decisión la CGR complementa su dictamen N° E89653, de 2021, señalando que para la fijación del acceso público a un cuerpo de agua detenida –y particularmente respecto de lagos menores ubicados dentro de una sola heredad– la autoridad debe ponderar la naturaleza y características del acuífero, a objeto de “verificar las condiciones indispensables para determinar la existencia de una playa o cauce y fijar sus correspondientes accesos, de ser procedente”.

¹²⁰ Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Senadores y Diputados respecto del DS N° 1, de 10 de enero de 1996.

¹²¹ Para demostrar la relevancia de lo dicho, cabe decir que en julio de 2012 el Presidente de la República envió un proyecto de ley al Congreso (Boletín N° 8467-12, actualmente en segundo trámite constitucional) que reproducía prácticamente de forma textual la norma recién expuesta, mas ya no en una norma reglamentaria, sino de rango legal.

Esa facultad se encuentra contenida en el DS N° 609 de 1979 del MBBNN (entonces Ministerio de Tierras y Colonización). Sus normas regulan la forma, modalidades e instituciones que deben emitir un pronunciamiento para fijar los deslindes riberanos con el bien nacional de uso público por las riberas de mar, ríos y lagos. Para hacerlo, y en virtud de su artículo A).2 en relación al artículo 14 literal l) del DFL N° 850 de 1998, el MBBNN debe “oír” el informe técnico de la Dirección General de Obras Públicas, la que realiza dicha actividad a través del organismo técnico respectivo: la Dirección de Obras Hidráulicas.

Pareciera desprenderse del texto un reconocimiento de la naturaleza pública de los bienes estudiados. Sin embargo, ello debe desecharse, nuevamente, por dos motivos: a) comoquiera que constituye el resultado del ejercicio de la potestad reglamentaria ejecutiva del Presidente de la República, lo que nos debe llevar a asentar su imposibilidad de sustraer un bien del comercio humano que la propia ley reconoce como privado; y b) porque ese reglamento se dictó en ejecución de lo dispuesto por el artículo 1 del DL N° 1.939 según se lee de su parte expositiva y considerativa, norma esa última que le entrega al MBBNN la facultad de ejercer las atribuciones que la ley le otorga sobre los bienes nacionales de uso público, sobre los que además le asigna su control superior, sin perjuicio de las competencias que en la materia le asignan otras leyes especiales a otras entidades administrativas. Así, en norma alguna de ese decreto ley ni en otra ley especial se afirma que las playas de lago sean públicas, según se dijo, lo que lleva ineluctablemente a la conclusión de que el DS N° 609 de 1979 del MBBNN se ha adentrado en materias que son propias del dominio legal, lo que lo torna en anti jurídico. En otras palabras, debiendo ser el reglamento de ejecución nada más que el “complemento esencial” de la ley ejecutada, no puede él ir más allá que el texto de ella. Como ha señalado el Tribunal Constitucional

*[...] el principio de legalidad no excluye la colaboración de la potestad reglamentaria de ejecución, salvo en aquellos casos en que la propia Constitución ha reservado a la ley y solo a ella disponer en todos sus detalles en una determinada materia [...]*¹²².

En consecuencia y más allá de su vigencia y de la importante jurisprudencia administrativa y judicial construida en torno a este reglamento, considero que se adentra en un asunto que no está regulado por la ley que ejecuta, razón por la cual no puede él válidamente regularla. Esto es más claro aun considerando que el antecesor de este reglamento –el DS N° 1.204 de 1947 del Ministerio de Tierras y Colonización– solo regulaba esta facultad a propósito de los cauces de ríos. En cambio, el DS N° 609 de 1979 se propuso expresamente –según se lee de su fundamentación– actualizar las normas y hacerlas extensivas a los cauces de lagos y esteros, sin que en el intertanto

¹²² Considerando Décimo Octavo de la sentencia de fecha 27 de julio de 2006.

ninguna ley de la República haya asignado el carácter público a sus álveos, según ya he señalado.

Recientemente la CGR ha reiterado que esta facultad, en el caso de los lagos, resulta independiente de su calidad de navegable o no navegable por embarcaciones de más de cien toneladas¹²³.

5. Conclusiones en materia del régimen jurídico del suelo de lagos y ríos

De lo dicho hasta aquí, y a riesgo de ser reiterativo, es posible afirmar lo siguiente:

Las playas de ríos poseen siempre la naturaleza jurídica de bienes nacionales de uso público, dado que el legislador las ha sustraído expresamente del comercio humano¹²⁴. Su naturaleza jurídica pública, por ende, es independiente de si la autoridad declara los ríos como “navegables por buques de más de cien toneladas”, acto que solo producirá un cambio en la administración de ese espacio, lo que constituye una mutación demanial subjetiva¹²⁵. Lo interesante del análisis anterior es que viene a demostrar la veracidad de la concepción del imaginario colectivo, al menos respecto de las playas de los ríos.

Luego y en lo relativo a la regla general en materia de la naturaleza jurídica de las playas de lagos, lagunas, pantanos y otros de cuerpos de aguas detenidas, puede afirmarse que ella es la propiedad privada. La excepción la constituyen los lagos declarados por la autoridad como navegables por embarcaciones de más de cien toneladas, en cuyo caso, y dado que el legislador no los ha tratado expresamente como bienes nacionales de uso público en aplicación del artículo 19 N° 23 CPR, poseen la naturaleza de bienes nacionales o fiscales. Esta interpretación se condice además con las normas que regulan la fijación de los deslindes de la ribera y los que obligan a los propietarios riberanos a permitir el acceso a ellos, sin perjuicio de lo que se dirá en el punto V de este trabajo. Lo importante de esta conclusión es que contradice el “dogma” de la playa pública de lago y fundamenta normativamente su régimen jurídico en Chile.

Sobre la navegabilidad o la declaración de navegabilidad del lago como elemento diferenciador en la naturaleza jurídica de suelos me pronunciaré a continuación, por ser un tema de vital importancia en este estudio.

IV. Sobre la naturaleza navegable o la declaración de navegabilidad como elemento determinante del régimen jurídico del álveo lacustre

He señalado hasta aquí que, en el caso de los álveos de los lagos, lagunas y demás cuerpos de aguas detenidas, su naturaleza jurídica privada o fiscal depende, según el artículo 35 del CAg, de que éstos sean o no navegables por

¹²³ Dictamen CGR N° E234227 de 2022.

¹²⁴ Con las precisiones señaladas supra relativas al uso de la voz “dominio público”.

¹²⁵ MONTT 2002, 169-170.

buques de más de cien toneladas. En el caso de las corrientes de uso público –ríos–, en cambio, esa circunstancia no afecta su naturaleza jurídica, atendido que sus cauces siempre constituyen bienes públicos o nacionales de uso público por expresa disposición legal. Pese a lo anterior, la navegabilidad podría generar una “mutación demanial”¹²⁶ de índole subjetiva, desde que la declaración de navegabilidad tiene la aptitud de mudar la titularidad de su administración y entregársela a la SFFAA.

Ahora bien, es necesario estudiar si, en el caso de los lagos, lo que determina el régimen jurídico público o privado de sus álveos es su naturaleza y morfología propia de “navegables por buques de más de cien toneladas” o la decisión administrativa que declara esa característica. En otras palabras, si la decisión de incluirlos en la nómina oficial de lagos navegables posee una naturaleza declarativa o constitutiva¹²⁷.

La importancia de la diferenciación antedicha radica en que si se opta por la primera opción, entonces los álveos de los lagos serán siempre privados o fiscales según si pueden físicamente ser navegados por embarcaciones mayores, con independencia de que se encuentren incluidos en la nómina. Así, de incluirse en ella, esa decisión poseerá una naturaleza meramente declarativa, constatando o reconociendo una situación preexistente con evidente efecto *ex tunc*. En cambio, si se opta por la teoría de que es la decisión administrativa –decreto supremo del MINDEF– la que muda la naturaleza del lago pasando desde ese momento y en lo sucesivo a ser navegable por buques de más de cien toneladas, entonces esa decisión administrativa poseerá un efecto jurídico constitutivo y traerá como consecuencia el traspaso del dominio del lecho del lago desde su primigenia titularidad privada a una estatal, con resultado *ex nunc*. Cabe hacer presente que ésta es una discusión que no ha existido hasta ahora a nivel doctrinario ni jurisprudencial.

En defensa de la primera opción, esto es, que la naturaleza y morfología física navegable del lago es lo que determina las consecuencias jurídicas ya estudiadas, puede decirse en primer término que el legislador no ha exigido su declaración o reconocimiento administrativo por la autoridad. En efecto, el artículo 35 del CAg dispone que el álveo o lecho de los cuerpos de aguas detenidas es de dominio privado “salvo cuando se trate de lagos navegables por buques de más de cien toneladas”. Los artículos 1 y 2 de la LCM determinan que es facultad privativa del MINDEF conceder el uso particular en ríos y lagos navegables por buques de más de cien toneladas y, en los que no siéndolo, siempre que se trate de bienes fiscales. Así, *prima facie* el legislador no distingue si el lago ha sido o no *declarado* navegable, sino que lo relevante es que efectivamente lo sea. El optar por esta posibilidad trae como necesaria consecuencia que entonces los álveos de los cuerpos de aguas detenidas poseen siempre una sola naturaleza jurídica, fiscal o privada,

¹²⁶ PAREJO 2022, 1.520, y MONTT 2002, 169-170.

¹²⁷ Sobre la clasificación de los actos administrativos en “constitutivos” y “meramente declarativos”, *vid.* PAREJO, 2022, 739-740.

sin importar si están o no incluidos en la nómina de lagos navegables que, al efecto, dicta el MINDEF. Por último, el acto administrativo que fija la nómina de lagos navegables por buques de más de cien toneladas¹²⁸ tendría una naturaleza declarativa, limitándose a reconocer una situación preexistente. Esta es la teoría que, sin señalarlo de modo expreso, pareciera seguir el profesor Corral al tratar este tópico¹²⁹.

Enseguida, podría afirmarse que para entender un lago como navegable por buques de más de cien toneladas, es necesario un acto administrativo de la autoridad que resuelva, decida y declare esa característica, luego de un análisis técnico. En defensa de esta tesis debe decirse que es la única de las dos que entrega certeza jurídica. En efecto, de los más de dos mil lagos catastrados por la DGA solo ochenta han sido declarados navegables por embarcaciones de más de cien toneladas. De aceptarse la tesis anterior existirían más de mil novecientos lagos –sin contar las lagunas y demás cuerpos menores de aguas detenidas– cuya naturaleza jurídica sería hasta ahora desconocida y debería ser discutida caso a caso, con los evidentes problemas forenses que ello significaría. Luego, pues en la práctica solo son administrados por el MINDEF los lagos que han sido efectivamente declarados navegables, siendo competencia directa de la referida cartera el determinar la aptitud de navegabilidad de un lago o río para los efectos de la LCM, según ha señalado expresamente la DIRECTEMAR en sus circulares que han impartido instrucciones para la determinación de ríos y lagos navegables¹³⁰, lo que además ha sido refrendado recientemente por la CGR mediante dictamen N° E89653, de fecha 26 de marzo de 2021. Es, además, una norma jurídica la que determina los criterios de navegabilidad por embarcaciones mayores. En otras palabras, no son administrados por el MINDEF los lagos navegables, sino los *declarados* navegables.

Con esta última tesis debe sostenerse que el decreto supremo que incluye un lago en la nómina de lagos navegables por buques de más de cien toneladas tiene un efecto constitutivo y *ex nunc*, pues solo a partir de su dictación y publicación el cuerpo acuático poseerá la naturaleza de “navegable” para efectos jurídicos. En otras palabras, es la declaración de la Administración del Estado la que altera el régimen jurídico del lago generando un efecto constitutivo al crear una situación jurídica que no existía previamente. Sería la decisión técnica de la autoridad administrativa la que determina que un lago es susceptible de ser navegado por embarcaciones mayores atendido su calado y superficie, y no únicamente su naturaleza navegable.

Lo anterior, además, pues el adjetivo “navegable” no es un concepto físico, propio de la naturaleza, sino que uno de carácter eminentemente ju-

¹²⁸ Decreto N° 11 de 1998 del MINDEF.

¹²⁹ CORRAL 2022, 188.

¹³⁰ Disposiciones N° 6, 7 y 9 de la Directiva N° J-00/011, del 24 de enero de 2001, y los Fundamentos Legales letras B, F, G y K de la Circular Permanente N° 12600/336 Vrs. de fecha 31 de agosto de 2021, que reemplazó recientemente a la primera.

rídico, siendo además evidente que los criterios que fija la autoridad para determinar la “navegabilidad” de un cuerpo acuático pueden cambiar en el tiempo, y con ellos la característica consecuente del lago. En este sentido se pronunció la Corte Suprema en sentencia de fecha 22 de junio de 2021 dictada en autos Rol N° CS 99.353-2020, rechazando el recurso de casación en el fondo deducido por el reclamante, afirmando que las obras que se pretendían demoler no eran susceptibles de ser regularizadas por emplazarse en el lecho de un *lago declarado navegable* (el Rapel), lo que redundaba en que su álveo era un bien nacional de uso público. En ese mismo sentido, además, se han generado solicitudes de estudios de navegabilidad por autoridades de la República a la DIRECTEMAR¹³¹.

Creo que la opción correcta es la segunda, vale decir, la que asigna un efecto constitutivo al acto administrativo. Considero que la necesidad de certeza jurídica en esta materia clama por la determinación de que sea la Administración, a través del procedimiento fijado por los DS N° 11 y 12 del MINDEF de 1998, la que resuelva acerca de la navegabilidad por embarcaciones de más de cien toneladas de un lago o río, con efecto *ex nunc*. Esta opción pareciera tomar Milena Aedo¹³² al señalar que es el DS N° 11 de 1998 del MINDEF el que recoge los lagos que poseen esas características, sin perjuicio de que afirma la naturaleza de bien nacional de uso público de estas playas, cuestión de la que obviamente disiento. A lo anterior se suma otro argumento de texto: el artículo 4 del RLCM (en relación a los artículos 1 y 2 de la ley que ejecuta), dispone que corresponde al MINDEF la concesión del uso particular en los ríos y lagos que sean navegables por buques de más de cien toneladas, solo si han sido declarados en ese carácter por decreto supremo del MINDEF¹³³. Asimismo, en aquellos que no hayan sido declarados navegables, le corresponde esa tuición en la medida –al igual que el artículo 2 de la LCM– de que se trate de terrenos fiscales, y solo en la porción que se encuentren afectados por las mareas. En suma, el reglamento precisa y ejecuta la ley acortando su ámbito de aplicación, determinando que se entienden navegables los lagos que hayan sido establecidos como tales en un acto administrativo suscrito por el ministro de Defensa Nacional. Esto se traduce en la práctica en que ni el MINDEF, la SFFAA ni la Autoridad Marítima entregan concesiones, permisos ni autorizaciones marítimas en lagos o ríos que no estén vigentes en aquel listado, aun cuando pueda afirmarse que sí son materialmente navegables por embarcaciones mayores.

¹³¹ V. gr., la carta solicitud de la Diputada Andrea Parra Sauterel de abril de 2018. .

¹³² AEDO 2006, 93.

¹³³ La norma contenida en el artículo 3 del anterior RLCM (aprobado por DS N° 2 del MINDEF del año 2005, que a su vez sustituyó el antiguo RLCM, del año 1988) no hacía esta precisión, sino que se limitaba a otorgar la competencia administrativa respecto de lagos y ríos que fueran navegables por buques de más de cien toneladas, sin importar si se les había reconocido ese carácter por decreto supremo, lo que constituye entonces una novedad propia de la actual regulación ejecutiva.

Ahora bien, esta postura trae como consecuencia que un acto de la autoridad administrativa posee la aptitud de modificar en el tiempo el régimen jurídico del suelo del lago, pasando su álveo del dominio privado al dominio fiscal, como explicaré a continuación.

V. El efecto expropiatorio del decreto supremo que incorpora un cuerpo lacustre a la nómina de lagos navegables por buques de más de cien toneladas

La expropiación, en un sentido histórico, estricto y despojado de su contenido normativo constitucional y legal, no es sino la “[...] *operación traslaticia de la propiedad desde manos privadas al patrimonio público* [...]”¹³⁴ en una forma imperativa y no voluntaria. En palabras del Tribunal Constitucional, “[...] *es un acto de autoridad que culmina con un desplazamiento patrimonial de un particular al Estado* [...]”¹³⁵. El abuso histórico de la potestad expropiatoria es lo que explica que, desde el siglo XIX en adelante, gran parte de las Constituciones añadieran reglas o requisitos para su validez: la expropiación debe responder a una necesidad pública y no al mero capricho del gobernante; esa necesidad debe ser declarada legislativamente; la indemnización debe ser abonada con anterioridad a la apropiación pública; y dicha indemnización ha de ser justa, vale decir, valorada de manera que reemplace el bien expropiado¹³⁶.

En el caso chileno, ya en la Constitución Política de 1833¹³⁷ –y también en la de 1925¹³⁸– se aseguraba la inviolabilidad de la propiedad, salvo sentencia judicial o expropiación por causa de utilidad pública, calificada por ley. En la actual CPR, como se sabe, el artículo 19 N° 24 dispone una prohibición al establecer que nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional, calificada por el legislador. Además, el constituyente dispone que la indemnización debe equivaler al daño patrimonial efectivamente causado, y que dicha indemnización debe ser pagada antes de la toma de posesión material, quedando siempre a resguardo el derecho del expropiado a reclamar judicialmente tanto por la legalidad de la expropiación como del monto de la indemnización.

En el caso de marras, y habiendo afirmado que los lagos, lagunas y demás cuerpos de aguas detenidas son navegables por embarcaciones de más de cien toneladas cuando son declarados en ese carácter e incorporados a la nómina oficial fijada por el DS N° 11 de 1998 del MINDEF, cabe pronunciarse

¹³⁴ VALDIVIA 2019, 134.

¹³⁵ Considerando Octavo de la sentencia de fecha 6 de agosto de 2013.

¹³⁶ PAREJO 2022, 1.060.

¹³⁷ Artículo 10 N° 5, https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/23348/2/La_constitucion_1833.pdf

¹³⁸ Artículo 10 N° 10, <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=131386&idVersion=1925-09-18>

sobre los efectos que esa decisión administrativa trae para el dominio terrestre del lago.

Como dije, la regla general en materia de los lagos es la del dominio privado de sus álveos, y consecuentemente de sus playas. Esa conclusión se extrae a partir del número de estos cuerpos acuáticos que están declarados como navegables por el MINDEF en relación al número total de lagos que han sido catastrados por la DGA (de nuevo, sin incluirse en ese catastro las demás lagunas, estanques, embalses y otros cuerpos de agua cuya existencia no ha sido registrada). Atendido que en su inmensa mayoría no son jurídicamente navegables –puesto que como se dijo esa característica solo es predicable luego de una decisión de la autoridad– el artículo 35 del CAg determina que sus álveos pertenecen en propiedad a los dueños de las riberas. Enseguida, dado que no existen playas de lago que correspondan a bienes nacionales de uso público, sino que solo privadas o fiscales, y que la diferencia entre unas y otras viene dada por la declaración de navegabilidad del lago, lo cierto es que entonces es aquél acto administrativo de la autoridad –suscrito por el Presidente de la República y el ministro de Defensa Nacional– que declara que un lago es técnicamente navegable por embarcaciones de más de cien toneladas, el que tiene la aptitud de mudar la titularidad jurídica de ese bien desde la esfera privada de los particulares, a la del Estado-Fisco.

Ahora bien, obvio resulta decir que el fin perseguido por la declaración de navegabilidad no es la muda de la titularidad del dominio y que el MINDEF no sigue el procedimiento expropiatorio fijado por el DL N° 2.186 de 1978. Por eso, no existe formalmente un acto expropiatorio, sino que un acto administrativo que, buscando otro propósito, produce en los hechos un efecto expropiatorio o una expropiación de facto. Así, desde la publicación del decreto supremo respectivo, el álveo y la playa de lago que pertenecían primigeniamente al dominio particular pasan a quedar radicados en el patrimonio fiscal y a ser además administrado por la SFFAA, sin que la voluntad del particular-dueño sea tomada en cuenta. Lo anterior se traduce, en los hechos entonces, en la privación del bien sobre que recae el derecho real de dominio, de forma compulsiva.

Precisamente es a este fenómeno al que me refería al tratar el tema en la introducción. La declaración de “navegable por buques de más de cien toneladas” y la inclusión del lago en la nómina oficial respectiva posee –a la luz de mi interpretación del acápite anterior– un efecto expropiatorio que priva al particular del dominio de un bien suyo, pasando a estar radicado en el patrimonio del Estado.

Sobre la juridicidad de este fenómeno, tal como ha recogido el Tribunal Constitucional citando a Enrique Evans¹³⁹, “[...] cualquier atentado que implique privación del derecho de dominio, en sí, o de cualquiera de sus atributos, vulnera la garantía constitucional, y solo puede hacerlo, en forma

¹³⁹ EVANS 1986, 376.

*jurídicamente válida, una ley expropiatoria dictada con los resguardos constitucionales*¹⁴⁰. Así, es posible afirmar que en el supuesto estudiado no se cumplirían los elementos de la expropiación¹⁴¹, a saber: a) no existe ley general ni especial que autorice la expropiación de los álveos ni de las playas de lago; b) no existe ley que declare de utilidad pública ni de interés nacional los álveos ni las playas de lago, faltando así la *causa expropriandi*¹⁴² que es el requisito *sine qua non* de la expropiación¹⁴³; y c) la muda de la titularidad jurídica se lleva adelante sin el pago de una indemnización que reemplace el valor del bien en los hechos expropiado¹⁴⁴.

Dado que se trata de un efecto expropiatorio y no propiamente tal de una expropiación –atendido que el fin no es la privación del dominio ni sigue formalmente el procedimiento legal creado al efecto– el fenómeno puede asimilarse con matices a otras figuras, tales como la que alguna doctrina denomina la “expropiación regulatoria”¹⁴⁵, no en cuanto ésta es fruto de la regulación estatal, sino en cuanto al efecto ablatorio que una actuación pública produce sobre la propiedad privada¹⁴⁶¹⁴⁷, pudiendo llegar a ser considerada expropiatoria. Enseguida, se asimila también a lo que el profesor Vergara denomina “afectación por acto implícito tácito o reflejo”, en cuanto se trata de un efecto no buscado del acto administrativo¹⁴⁸. El efecto expropiatorio del mentado acto administrativo se asemeja también a lo que en España ha sido designado como “vía de hecho administrativa”¹⁴⁹, en cuanto ella

[...] se produce no solo cuando no existe un acto administrativo de cobertura o éste es radicalmente nulo, sino también cuando el acto no alcanza

¹⁴⁰ Sentencia de 11 de marzo de 2021, autos Rol N° 9.031-2020-INA.

¹⁴¹ MAIRA 2017, 20.

¹⁴² PAREJO 2022, 1.070

¹⁴³ CORDERO 2015, 316.

¹⁴⁴ En igual sentido, el Tribunal Constitucional (Considerando Décimo Noveno de su sentencia de 11 de marzo de 2008) señala que los elementos de la expropiación son: i) acto o acuerdo expropiatorio solemne; ii) fundado en la Constitución y en la ley que la autoriza; iii) invocando cualquiera de las causales previstas en el texto constitucional; iv) siguiendo el procedimiento expropiatorio; y v) pagando al expropiado la indemnización correspondiente según el ordenamiento vigente.

¹⁴⁵ Una regulación será expropiatoria si, en definitiva, “[...] existe una invasión en la esfera del derecho a la propiedad [...] de tal intensidad, que el efecto se asimila a una expropiación, privando al individuo de su derecho, el objeto sobre el cual derecho o bien, los atributos esenciales del dominio” (Considerando Vigésimo Cuarto de la sentencia Rol TC N° 3.100-16-INA, citando a CHÁVEZ y SHIOVANI, 2015, 27).

¹⁴⁶ GUILOFF 2018, 627.

¹⁴⁷ Aunque dada la naturaleza reglamentaria del DS N° 11 de 1998 del MINDEF, podría asimilarse a regulación estatal.

¹⁴⁸ VERGARA 2019, 188. Vergara se refiere a la afectación como traspaso al dominio nacional de uso público y no al dominio fiscal, aunque lo interesante del paralelo sigue siendo el efecto transformador del dominio de un acto administrativo que busca otra finalidad.

¹⁴⁹ Doctrina que ha sido también reconocida por el Tribunal Constitucional chileno, manifestando en efecto que en la vía de hecho “hay un apoderamiento puramente fáctico de bienes privados por la administración, sin que medie declaración expresa ni procedimiento expropiatorio alguno” (Considerando Décimo de la sentencia dictada en autos Rol N° 541-2006).

a cubrir la actuación desproporcionada de la Administración excedida de los límites que el acto permite¹⁵⁰.

En ese supuesto, la jurisprudencia contencioso-administrativa española diferencia entre el justiprecio y

[...] el derecho a ser indemnizado por una actuación ilegítima de la AP prácticamente equivalente a una vía de hecho. Ésta concurre incluso cuando la AP obvia las garantías básicas del procedimiento expropiatorio o, en palabras del propio TS, "...aunque la falta administrativa haya sido mínima, si ofrece como resultado la privación a un ciudadano de una finca de su propiedad sin pago del justiprecio".

Por último, el efecto estudiado podría resultar análogo al enriquecimiento injusto¹⁵¹ y, especialmente, a la confiscación, instituciones ambas que han sido tratadas y delimitadas por el Tribunal Constitucional a través de sus sentencias. Respecto de la confiscación, el Tribunal Constitucional se refirió a ella señalando que

*En doctrina, se la considera un apoderamiento de los bienes de una persona [...], los que se traspasan desde el dominio privado al del Estado sin ley que justifique la actuación ni proceso en que se ventilen los derechos del afectado*¹⁵².

Por lo anteriormente dicho, es posible afirmar que el ejercicio de la potestad administrativa de declarar un lago como navegable por embarcaciones de más de cien toneladas produce un efecto inconstitucional, consistente en una expropiación en sentido estricto, despojada ésta de las garantías sustantivas y procesales que el constituyente asegura para la protección del derecho de propiedad: la muda del dominio desde el dueño particular del álveo al Estado-Fisco. La anterior conclusión no ha sido planteada con anterioridad a nivel doctrinario ni jurisprudencial, lo que quizás puede explicarse en el hecho de que la última vez que se declaró un lago navegable fue el año 1998¹⁵³, sumado al ya dicho "dogma" de las playas públicas.

En síntesis, dada la naturaleza constitutiva del decreto supremo, el dominio privado como regla general en materia de álveos lacustres y la naturaleza fiscal de los álveos de los lagos navegables, dicho acto administrativo produce un efecto inconstitucional, pues traslada el dominio del suelo desde el particular hacia el Estado, sin tasación legal de la utilidad pública ni del interés nacional que pudiera estar involucrado, sin procedimiento expropia-

¹⁵⁰ Sentencia el Tribunal Supremo de España de 19 de abril de 2007, Ar. RJ 2007, 3294.

¹⁵¹ El enriquecimiento injusto se caracteriza por la carencia de causa, esto es, "de un antecedente jurídico que justifique el beneficio y perjuicio que correlativamente se producen" (Considerando Cuadragésimo Cuarto de la sentencia de fecha 7 de diciembre de 2010, Rol N° 1.564-09-INA).

¹⁵² Considerando Décimo de la sentencia dictada en autos Rol N° 541-2006.

¹⁵³ Aunque en estricto rigor el año 2009 mediante Decreto Supremo N° 380 del MINDEF se modificó la nómina de lagos navegables aprobada por DS N° 11 de 1998, cambiando la ubicación del Lago Cahuil de la Región del Maule a la Región de O'Higgins.

torio y sin pago de indemnización alguna, cuestión de suyo interesante y que podría tener relevancia forense a futuro, en la medida de que se agreguen nuevos cuerpos lacustres al listado respectivo.

Conclusiones

Como puede apreciarse de estas líneas, el tópico de la naturaleza y régimen jurídico de las playas de ríos y lagos no resulta ser tan sencillo como parece. Quizás por su aparente simplicidad, este tema ha sido poco desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia. Sobre la primera, salvo contados trabajos no me ha sido posible encontrar artículos que lo traten más allá de referirse a él de manera tangencial. Sobre la jurisprudencia, quizás por lo mismo, el tema es poco discutido en tribunales y en la Contraloría General de la República, organismos éstos que asumen una naturaleza pública que, en la realidad normativa de la regulación, no es tal.

Las playas de ríos son siempre bienes nacionales de uso público, pues lo es su cauce completo por disposición legal. Respecto de los lagos, en cambio, para determinar el régimen jurídico de sus playas es necesario distinguir si esos cuerpos acuáticos están o no declarados como navegables por buques mayores: si no lo están –que es la regla general– entonces se tratará de bienes privados, jamás públicos, por expresa disposición de la única norma legal que se pronuncia sobre el particular. Si lo están, entonces se tratará de bienes fiscales que además serán administrados por la SFFAA. En suma, a nivel de lagos, lagunas y en general todos los cuerpos de aguas detenidas, no existen playas que por esa calidad sean bienes nacionales de uso público.

Luego, y como tuve ocasión de explicar, el decreto supremo que declara como navegable por buques mayores un lago tiene un efecto constitutivo, alterando de paso –aunque sin buscarlo– la titularidad del dominio del lecho lacustre y de su playa, produciendo así una consecuencia inconstitucional por falta de causa legal, de procedimiento expropiatorio y de indemnización.

Así y de acuerdo a todo lo dicho, cabe afirmar que el dogma de las playas públicas de lago es falso, y que no existen en Chile bienes nacionales de uso público en los álveos de los lagos.

Bibliografía citada

- ABOGASI ABUFHELE, Gabriel (2013). *Regulación de la afectación y zonificación del borde costero y el principio de coordinación de la Administración del Estado*. Tesis para optar al Grado de Magíster en Derecho, Universidad de Concepción.
- AEDO ZAPATA, Milena (2006). *Casuismo en Derecho Administrativo: Dominio Público*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- ALFARO JULIO, María Paz (2018). *El agua como bien nacional de uso público y su régimen, análisis comparativo entre la legislación histórica, actual y la reforma al Código de Aguas*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

- ALMENDRAS CARRASCO, Hernán (2004). Interpretación Constitucional, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte-Sede Coquimbo* (Año XI, N° 1) Coquimbo, Chile, pp. 5-29.
- BARCÍA LEHMANN, Rodrigo (2008). *Lecciones de Derecho Civil Chileno, De los Bienes*, Tomo IV, 1ª edición (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- BARROS BOURIE, Enrique (1981). La interpretación de la Constitución, desde la perspectiva de la teoría del Derecho, *Revista de Derecho Público* (N° 29-30), Santiago, Chile, pp. 25-33.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014). *Derecho Administrativo General*, 3ª edición (Santiago de Chile, Legal Publishing Chile).
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2019). <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/acceso-a-playas-rios-y-lagos>
- CARVALLO NAVIA, Gerardo (15 de febrero de 2022). Diario Constitucional. <https://www.diario-constitucional.cl/articulos/el-libre-acceso-a-las-playas-a-traves-de-predios-privados-no-corresponde-a-todos-los-habitantes-de-la-republica/>
- CÁMARA DE DIPUTADOS (2018). Oficio N° 1649. Carta solicitud de la Diputada Andrea Parra Sauterel. <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTIPO=OFICIOFISCALIZACION&prmID=101592> [consultado el 22 de junio de 2022].
- CHÁVEZ, Javier y Shiovani, Juan (2015). *Las regulaciones expropiatorias: examen general. Especial énfasis en las facultades reguladoras de las municipalidades*. Tesis de Grado, Universidad de Chile.
- COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN (19 de mayo de 1976). Sesión N° 212. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3762/2/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2007). El Derecho urbanístico, los instrumentos de planificación territorial y el régimen jurídico de los bienes públicos, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XXIX), Valparaíso, Chile 2º semestre, pp. 269-298.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2015). Declaración de utilidad pública y planes reguladores. Un problema sobre el contenido y las facultades del derecho de propiedad sobre el suelo. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, (XLIV), pp. 309-335.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2019). *Dominio Público, Bienes Públicos y Bienes Nacionales. Bases para la reconstrucción de una teoría de los Bienes Públicos*, 1ª edición (Valencia, Tirant lo Blanch).
- CORDERO VEGA, Luis (2015). *Actualidad Administrativa. Decisiones destacadas del año 2014*, 1ª edición, Santiago de Chile, Legal Publishing Chile.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2022). *Curso de Derecho Civil. Bienes*, 2ª edición. Santiago de Chile, Legal Publishing Chile.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2019). <https://corraltalciani.wordpress.com/2019/02/10/playa-o-jardin-sobre-la-calidad-juridica-del-alveo-o-playa-de-los-lagos/>.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2019). *Caso del Lago Ranco: ¿Son las playas de lagos un bien nacional de uso público?* <https://derecho.uc.cl/es/exalumnos/derecho-uc-en-linea/actualidad-juridica/22800-lago-ranco-hernan-corrал>.
- DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS (2022). Inventario público de cuencas hidrográficas y lagos. https://dga.mop.gob.cl/administracionrecursoshidricos/inventario_cuencas_lagos/Paginas/default.aspx.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1986). *Los derechos constitucionales*. Tomo II. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- FUENTES OLMOS, Jessica (2013). Análisis comparado de los regímenes de las concesiones marítimas y de acuicultura, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XLI), Valparaíso, Chile, 2º semestre, pp. 411-456.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa Fernanda (2019). Análisis de las técnicas de protección de los bienes nacionales de uso público en Chile, en Jaime Arancibia y Patricio Ponce [Coords.], *El Dominio Público. Acta de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo (2018)* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 151-172.
- GUILLOFF TITIUN, Matías (2018). La expropiación regulatoria: Una doctrina impertinente para controlar la imposición de límites al derecho de propiedad privada en la Constitu-

- ción chilena, *Revista ius et Praxis, Universidad de Talca* (Año XXIV, N° 2), Talca, Chile, pp. 621-648.
- MAIRA GAJARDO, María Alejandra (2017). *La expropiación en Chile y las deficiencias del sistema normativo que la regula*. Tesis presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para optar al Grado Académico de Magister en Derecho Público.
- MAUREIRA RETAMAL, Milton (1 de enero de 2020). *Diario Constitucional*. <https://www.diario-constitucional.cl/entrevistas/milton-maureira-abogado-especializado-en-derecho-inmobiliario-opina-sobre-la-ley-relacionada-con-el-acceso-a-playas-rios-y-lagos/>
- MINISTERIO DE BIENES NACIONALES (2022). https://www.bienesnacionales.cl/?page_id=1599
- MINISTERIO DE BIENES NACIONALES (2019). Ord. DIJUR. N° 63 de fecha 08/02/2019. <https://www.bienesnacionales.cl/wp-content/uploads/2019/02/Lago-Ranco-informe.pdf>
- MONTT OYARZÚN, Santiago (2002). *El Dominio Público. Estudio de su Régimen Especial de Protección y Utilización*, 1ª edición (Santiago de Chile, Editorial Lexis Nexis).
- OSORIO REYES, Víctor (25 de febrero de 2015). Las playas son bienes que pertenecen a la nación toda. disponible en <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/02/25/las-playas-son-bienes-que-pertenecen-a-la-nacion-toda/> [consultado el 19 de abril de 2022].
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2022): *Derecho Administrativo*, 12ª edición, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2007). *Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales*, 1ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- PIMIENTO ECHEVERRI, Julián (2014). La propiedad de los bienes de uso público. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (N° 18, enero-junio 2014), pp. 73-98.
- PRIETO GÓNGORA, Alodia (2004). *Estatuto jurídico de protección a la vida silvestre animal asociada a los ambientes lacustres*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile.
- ROJAS CALDERÓN, Christian (2019). Ámbito de operación del dominio público hídrico. Configuración tradicional e innovaciones, a partir de la Ley 21.064 de 2018, en Jaime Arancibia y Patricio Ponce [Coords.], *El Dominio Público. Acta de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo (2018)* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 377-418.
- VALDIVIA, José Miguel (2019): "El derecho público de los bienes fiscales", en Jaime Arancibia y Patricio Ponce [Coords.], *El Dominio Público. Acta de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo (2018)*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 131-150.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1989). La Teoría del Dominio Público: el estado de la cuestión", *Revista de Derecho Público* (Vol. I N° 14), Madrid, España, pp. 27-58.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1997). Tres problemas actuales sobre bienes del Dominio Público: Caminos privados de uso público, subsuelo de bienes públicos y acceso a playas de mar y a orillas de ríos y lagos, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (XVIII), Valparaíso, Chile, pp. 423-434.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1999). Naturaleza jurídica de los Bienes nacionales de uso Público, *Revista Ius Publicum* (III), Santiago, Chile, pp. 73-83.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2000). Los cauces naturales como bienes nacionales de uso público. El caso de las corrientes discontinuas formadas por aguas pluviales cuyo cauce cruza varias propiedades ribereñas, *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 27 N° 3), Santiago, Chile, pp. 581-596.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2000). Atribuciones de la Dirección General de Aguas en materia de extracción de aguas, labores en cauces y construcción de obras hidráulicas. La coordinación administrativa en materia de aguas, en *La administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000*. Santiago, Chile, Conosur-Universidad de Chile, 2000, pp. 553-591.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2001). La summa divisio de bienes y recursos naturales en la Constitución de 1980. 20 años de la Constitución Chilena, 1981-2001, *Conosur-Universidad Finis Terrae*, Santiago de Chile, pp. 369-289, Republicado en *Ius Publicum* (XII), Santiago, Chile [2004], pp. 105-126.

- VERGARA BLANCO, Alejandro (2005). Las inundaciones ante el Derecho Chileno. Agua y Urbanismo, en Francisco y Otros Cabezas Calvo Rubio, *Agua y Urbanismo* (2005) (Murcia, España, Fundación Instituto Euro Mediterráneo), pp. 355-371.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2006). Competencia administrativa para autorizar el uso y construcción de obras hidráulicas en cauces naturales. El caso de los pozos de exploración y explotación de aguas subterráneas, *Revista de Derecho Administrativo Económico* (N° 16), Santiago, Chile, pp. 167-178.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (15 de mayo de 2012). El Mercurio. <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2012/05/15/Acceso-a-las-playas-jurisprudencia-zigzagante--e-insuficiente-regulacion.aspx>
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2015). Municipalidades y bienes públicos. Su competencia residual y el caso especial de los cauces naturales, en Fabián Huepe Artigas y Francisco Santibáñez Yáñez [Coords.], *Sistema municipal chileno: Desafíos y perspectivas para el Siglo XXI* (2015) (Santiago, Chile, Librotecnia, 1ª edición), pp. 281-315.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2015). Derecho de Bienes Públicos en Chile. Recuento doctrinario y actualidad normativa", en Fernando López-Ramón y Orlando Vignolo [Coords.], *El dominio público en Europa y Latinoamérica*, Red Internacional de Bienes Públicos y Círculo de Derecho Administrativo, Lima, Perú, pp. 299-334.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2019). Afectación presunta de caminos públicos: el efecto del uso público prolongado en la transmutación de propiedades inscritas, en Jaime Arancibia y Patricio Ponce [Coords.], *El Dominio Público. Acta de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo* (2018), Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 173-205.

Normativa citada

- Código Civil [CC]. Decreto N° 1 de 2000 [con fuerza de ley]. 16 de mayo de 2000.
- Código de Aguas [CAg]. Decreto con Fuerza de Ley N° 1.122 de 1981. 13 de agosto de 1981.
- Constitución Política de la República de Chile de 1833. 25 de mayo de 1833.
- Decreto N° 1.274 de 1947 [Ministerio de Tierras y Colonización]. Establece normas para fijar los deslindes de los bienes nacionales de uso público que constituyen los cauces de los ríos. 10 de abril de 1947. D.O. No. 2.909. Derogado con fecha 24 de enero de 1979.
- Decreto N° 292 de 1953 [con fuerza de ley]. Aprueba la ley orgánica de la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante. 25 de julio de 1953. D.O. No. 22.615.
- Decreto N° 340 de 1960 [con fuerza de ley]. Sobre Concesiones Marítimas [LCM]. 5 de abril de 1960. D.O. No. 24.613.
- Decreto N° 458 de 1976 [con fuerza de ley]. Aprueba nueva Ley General de Urbanismo y Construcciones. 18 de abril de 1975. D.O. No. 29.431.
- Decreto Ley N° 1.939 de 1977 [Ministerio de Tierras y Colonización]. Por el cual se establecieron normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado. 5 de octubre de 1977.
- Decreto Ley N° 2.186 de 1978 [Ministerio de Justicia]. Por el cual se aprueba la ley orgánica de procedimiento de expropiaciones. 09 de junio de 1978.
- Decreto N° 609 de 1979 [Ministerio de Bienes Nacionales]. Por el cual se fijan normas para establecer deslindes propietarios riberaños con el bien nacional de uso público por las riberas de los ríos, lagos y esteros. 31 de agosto de 1978.
- Decreto Ley N° 3.274 de 1980 [Ministerio de Tierras y Colonización]. Fija Ley Orgánica del Ministerio de Bienes Nacionales. 25 de marzo de 1980.
- Decreto N° 47 de 1992 [Ministerio de Vivienda y Urbanismo]. Por el cual se establece la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones. 16 de abril de 1992.
- Decreto N° 430 de 1992 [Ministerio de Economía, Fomento y Turismo]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley 18.892, General de Pesca y Acuicultura [LGPA]. 28 de septiembre de 1991.

- Decreto N° 290 de 1993 [Ministerio de Economía, Fomento y Turismo]. Por el cual se fija el Reglamento de concesiones y autorizaciones de acuicultura [RLGPA]. 18 de mayo de 1993.
- Decreto N° 475 de 1995 [Ministerio de Defensa Nacional]. Por el cual se establece la Política Nacional de uso del Borde Costero del litoral de la República. 11 de diciembre de 1994.
- Decreto N° 1 de 1996 [Ministerio de Bienes Nacionales]. Por el cual se establecieron las normas de procedimiento para la fijación de las vías de acceso a playas de mar, ríos y lagos. 10 de enero de 1996.
- Decreto N° 11 de 1998 [Ministerio de Defensa Nacional]. Por el cual se fija la nómina oficial de lagos navegables por buques de más de 100 toneladas. 15 de enero de 1998.
- Decreto N° 12 de 1998 [Ministerio de Defensa Nacional]. Por el cual se fija la nómina oficial de ríos navegables por buques de más de 100 toneladas. 15 de enero de 1998.
- Decreto N° 450 de 1997 [con fuerza de ley]. Por el cual se fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840 y del Decreto con Fuerza de Ley N° 206 de 1960 sobre Construcción y Conservación de Caminos. 12 de septiembre de 1997. D.O. No. 36.000.
- Decreto N° 100 de 2005 [Ministerio Secretaría General de la Presidencia de Chile]. Por el que se fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República [CPR]. 17 de septiembre de 2005.
- Decreto N° 1 de 2005 [con fuerza de ley]. Por el cual se fija el texto refundido, coordinado, sistematizado y actualizado de la ley N° 19.175, orgánica constitucional sobre Gobierno Interior y Administración Regional. 08 de noviembre de 2005. D.O. No. 38.306.
- Decreto N° 435 de 2015 [Ministerio de Defensa Nacional]. Por el cual se establece Política para otorgamiento, modificación y renovación de concesiones marítimas. 18 de enero de 2017. D.O. No. 41.661.
- Decreto N° 9 de 2018 [Ministerio de Defensa Nacional]. Por el cual se sustituye el Reglamento sobre concesiones marítimas [RLCM]. 11 de enero de 2018.
- Proyecto de Ley, iniciado en mensaje del Sr. Presidente de la República, sobre Administración del Borde Costero y Concesiones Marítimas. Boletín N° 8467-12, actualmente en segundo trámite constitucional.
- Ley s/n. Constitución Política de la República de Chile. 18 de septiembre de 1925.
- Ley N° 21.149. Establece sanciones a quienes impidan el acceso a playas de mar, ríos y lagos. 11 de febrero de 2019. D.O. No. 42.280.
- Ley N° 21.202. Modifica diversos cuerpos legales con el objetivo de proteger los humedales urbanos. 23 de enero de 2020. D.O. No. 42.560.

Jurisprudencia citada

- Carrillo con Antonini* (2016): Corte Suprema, 5 de octubre de 2016 (Rol N° 47.914-2016). Tercera Sala [Recurso de amparo económico].
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 58.485 de 23/10/1957.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 556 de 10/01/1992.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 41.443 de 23/12/1995.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 34.727 de 12/08/2003.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 33.525 de 25/07/2007.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 50.157 de 07/11/2007.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 68.075 de 07/12/2009.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 72.582 de 31/12/2009.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 25.735 de 04/05/2012.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 14.103 de 23/02/2016.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 36.454 de 17/05/2016.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 77.811 de 21/10/2016.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 90.545 de 19/12/2016.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 26.522 de 19/07/2017.

- Contraloría General de la República. Dictamen N° 31.422 de 18/12/2018.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 4.472 de 12/02/2019.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 14.808 de 31/05/2019.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 16.583 de 19/06/2019.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° E89.653 de 26/03/2021.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° E234227 de 13/07/2022.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° E249979 de 26/08/2022.
- Convención Constituyente (2022): Propuesta de nueva Constitución Política de la República.
- Contzen y otros con Municipalidad de Quillón* (2021): Corte Suprema, 7 de junio de 2021 (Rol N° 18.955-2021). Tercera Sala [Recurso de apelación protección].
- Contzen y otros con Municipalidad de Quillón* (2021): Corte de Apelaciones de Chillán, 02 de marzo de 2021 (Rol N° Protección-3-2021). Primera Sala [Acción de protección].
- Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile con Telefónica Móviles Chile S.A., Claro Chile S.A. y Entel PCS Telecomunicaciones S.A.* (2018): Corte Suprema, 25 de junio de 2018 (Rol N° 73.923-2016). Tercera Sala [Recurso de casación].
- Fisco de Chile con Constructora Juan Luis Gatica Ávila EIRL* (2018): Corte Suprema, 19 de febrero de 2018 (Rol N° 62.199-2016). Tercera Sala [Recurso de casación].
- Fuenzalida con Aresti* (2020): Corte Suprema, 5 de junio de 2020 (Rol N° 33.181-2020). Tercera Sala [Recurso de apelación protección].
- Fuenzalida con Aresti* (2020): Corte de Apelaciones de Talca, 10 de marzo de 2020 (Rol N° 8.329-2019) [Recurso de protección]. Segunda Sala [Recurso de protección].
- Inmobiliaria Emarco S.A. con Fisco de Chile* (2021): Corte Suprema, 11 de agosto de 2021 (Rol N° 37.025-2019). Tercera Sala [Recurso de casación].
- Inmobiliaria San Nicolás Ltda. con Municipalidad de Panguipulli* (2022): Corte de Apelaciones de Valdivia, 22 de febrero de 2022 (Rol N° Protección-2.501-2021). Primera Sala [Acción de protección].
- Inversiones e Inmobiliaria Las Balsas Ltda. con Municipalidad de Las Cabras* (2020): Corte Suprema, 22 de junio de 2020 (Rol N° 99.353-2020). Tercera Sala [Recurso de casación].
- Inversiones e Inmobiliaria Las Balsas Ltda. con Municipalidad de Las Cabras* (2020): Corte de Apelaciones de Rancagua, 22 de julio de 2020 (Roles N° Civil-368-2019). Segunda Sala [Recurso de apelación].
- Inversiones Montecarlo S.A. con Producciones y Asesorías Info Sport Ltda* (2010): Corte Suprema, 25 de agosto de 2010 (Rol N° 5.546-2008). Primera Sala [Recurso de casación en el fondo].
- Jaramillo con Estado de Chile* (2019): Corte Suprema, 10 de diciembre de 2019 (Rol N° 18.150-2019). Tercera Sala [Recurso de apelación protección].
- Jaramillo con Estado de Chile* (2019): Corte de Apelaciones de Rancagua, 14 de junio de 2019 (Roles N° 1.107-2019 y 1988-2019). Sala de Presidencia [Recurso de protección].
- Jaramillo con Municipalidad de Pichilemu* (2021): Corte de Apelaciones de Rancagua, 14 de febrero de 2022. Segunda Sala [Recurso de Protección].
- Jaramillo con Municipalidad de Pichilemu* (2022): Corte Suprema, 8 de marzo de 2022 (Rol N° 7.270-2022). Tercera Sala [Recurso de apelación protección].
- Margarita Andrea Reyes Pizarro con Heber Isaac Ancalef Loncopan* (2022): Corte de Apelaciones de Valdivia, 26 de enero de 2022 (Rol N° Civil-836-2021). Primera Sala [Recurso de Nulidad].
- Mondaca con Municipalidad y DOM de Pucón* (2008): Corte Suprema, 26 de marzo de 2008 (Rol N° 166-2008). Tercera Sala [Recurso de apelación protección].
- Mondaca con Municipalidad y DOM de Pucón* (2008): Corte de Apelaciones de Temuco, 8 de febrero de 2008 (Rol N° 2.053-2007). Sala de Verano [Acción de protección].
- Orellana con Municipalidad de El Bosque* (2014): Corte Suprema, 7 de abril de 2014 (Rol N° 10.354-2013). Tercera Sala [Recurso de casación].
- Padre Tadeo S.A. con Gobernación Provincial de Ranco* (2017): Corte Suprema, 8 de mayo de 2017 (Rol N° 6.154-2017). Tercera Sala [Recurso de apelación protección].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de diversas disposiciones de la Ley N° 18.410, Ley Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y

- Combustibles, y del DFL N° 1, del Ministerio de Minería de 1982, Ley Eléctrica: Tribunal Constitucional, 27 de julio de 2006 (Rol 480-2006) [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 42, inciso primero, del DFL N° 164, de 1991, Ley de Concesiones: Tribunal Constitucional, 26 de diciembre de 2006 (Rol 541-2006) [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 20, inciso primero, y transitorio del Decreto Ley N° 2.186, de 1978, Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones, y del artículo 4° transitorio de la Ley N° 18.755, de 1989, Ley Orgánica del Servicio Agrícola y Ganadero: Tribunal Constitucional, 11 de marzo de 2008 (Rol 552-2006) [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977: Tribunal Constitucional, 30 de abril de 2009 (Rol 1.215-08-INA) [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 459, N° 1, del Código Penal: Tribunal Constitucional, 13 de agosto de 2009 (Rol 1.281-08 INA) [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 4° de la ley N° 19.983, que regula la transferencia y otorga mérito ejecutivo a la factura, en su texto modificado por la Ley N° 20.323: Tribunal Constitucional, 7 de diciembre de 2010 (Rol 1.564-09-INA) [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 41, inciso final, del Decreto con Fuerza de Ley N° 850, de 1997, del Ministerio de Obras Públicas, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840 y del Decreto con Fuerza de Ley N° 206 de 1960 sobre Construcción y Conservación de Caminos: Tribunal Constitucional, 24 de julio de 2012 (Rol 1.863-10 INA) [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso final del Decreto con Fuerza de Ley N° 850, de 1997, del Ministerio de Obras Públicas, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840 y del Decreto con Fuerza de Ley N° 206 de 1960 sobre Construcción y Conservación de Caminos: Tribunal Constitucional, 31 de julio de 2012 (Rol 2.069-11 INA) [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 348, inciso primero, del Código Procesal Penal: Tribunal Constitucional, 6 de agosto de 2013 (Rol 2.312-12-INA) [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 38 de la Ley sobre procedimientos ante los juzgados de policía local –N° 18.287– y 20 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones: Tribunal Constitucional, 11 de julio de 2017 (Rol 3.100-16-INA) [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo transitorio, inciso primero, de la ley N° 20.791, que modifica la Ley General de Urbanismo y Construcciones en materia de afectaciones de utilidad pública de los planes reguladores: Tribunal Constitucional, 11 de marzo de 2021 (Rol 9.031-2020-INA) [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por Senadores y Diputados respecto del DS N° 1, de 10 de enero de 1996, del MBBNN, publicado en el Diario Oficial de 6 de agosto del mismo año (1996): Tribunal Constitucional, 2 de diciembre de 1996 (Rol N° Roles N° 245 y 246, acumulados). Segunda Sala [Requerimiento de inconstitucionalidad].
- Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por diversos Diputados respecto de los preceptos que se señalan del proyecto de ley modificatorio del Código de Aguas, de acuerdo al artículo 82, N° 2, de la Constitución Política de la República: Tribunal Constitucional, 13 de octubre de 1997. [Requerimiento de inconstitucionalidad].
- Ross Mendoza y otros con Torres y otros (2017): Corte Suprema, 31 de octubre de 2017 (Rol N° 18.281-2017). Tercera Sala. [Recurso de amparo económico].

- Sociedad Recreativa y Deportiva Universidad de Concepción S.A. con Fisco de Chile* (2020): Corte Suprema, 10 de diciembre de 2020 (Rol N° 24.558-2020). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Varas con Gutiérrez* (2008): Corte Suprema, 5 de junio de 2008 (Rol N° 2.395-2008). Tercera Sala. [Recurso de apelación protección].
- Varas con Gutiérrez* (2008): Corte de Apelaciones de Temuco, 22 de abril de 2010 (Rol N° 1.723-2007). Segunda Sala. [Acción de protección].

Ejecución satisfactoria e insatisfactoria de los Programas de Cumplimiento presentados en procedimientos sancionatorios ambientales

Satisfactory and unsatisfactory execution of the Compliance Programs presented in environmental sanctioning procedures

Maximiliano Alfaro González¹
Martin Benavides Leiva²

El presente artículo tiene por objetivo analizar la declaración de la ejecución satisfactoria e insatisfactoria de los Programas de Cumplimiento ambiental por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente, debido a los relevantes efectos que tiene aquella determinación dentro del procedimiento sancionatorio, siendo este instrumento el mecanismo de incentivo al cumplimiento ambiental de mayor uso por parte de los regulados. Para ello se revisará la normativa aplicable a los Programas de Cumplimiento y su finalidad, la facultad fiscalizadora de la Superintendencia del Medio Ambiente, algunos casos donde la autoridad ambiental declaró su ejecución insa-

The purpose of this article is to analyze the declaration of satisfactory and unsatisfactory execution of the Environmental Compliance Programs by the Superintendence of the Environment, due to the relevant effects that such determination has within the sanctioning procedure, being this instrument the most used incentive mechanism for environmental compliance by the regulated parties. For this purpose, the regulations applicable to the Compliance Programs and their purpose, the supervisory power of the Superintendence of the Environment, some cases where the environmental authority declared its execution

RESUMEN / ABSTRACT

¹ Abogado, Universidad de Chile. Diplomado en Derecho Ambiental, Universidad de Chile. Diplomado en Argumentación Jurídica y Razonamiento Probatorio, Instituto de Estudios Judiciales. Correo electrónico: maximiliano.alfaro@ug.uchile.cl. Dirección postal: Av. Manuel Montt 111, Santiago, Chile.

² Abogado, Universidad Diego Portales. Correo electrónico: martin.benavides@mail.udp.cl. Dirección postal: Av. Presidente Errázuriz 3301C, Santiago, Chile.

Artículo recibido el 27 de septiembre de 2022 y aceptado el 10 de diciembre de 2022.

tisfactoria, los criterios jurisprudenciales a este respecto y la impugnabilidad del acto administrativo que se pronuncia sobre la ejecución de este instrumento. Finalmente, atendida la inexistencia de regulación legal y reglamentaria sobre criterios para determinar si un Programa de Cumplimiento fue ejecutado satisfactoria o insatisfactoriamente, se propondrán algunos lineamientos para su determinación de conformidad con la finalidad de este instrumento, consistente en la promoción del cumplimiento ambiental y la protección del medio ambiente

Palabras claves: Programa de Cumplimiento ambiental, procedimiento administrativo sancionador, Superintendencia del Medio Ambiente.

unsatisfactory, the jurisprudential criteria in this respect and the challengeability of the administrative act that pronounces on the execution of this instrument will be reviewed. Finally, in view of the lack of legal and regulatory regulation on criteria to determine whether a Compliance Program was executed satisfactorily or unsatisfactorily, some criteria will be proposed for its determination in accordance with the purpose of this instrument, which is the promotion of environmental compliance and the protection of the environment.

Keywords: Environmental Compliance Programs, administrative sanctioning proceeding, Superintendence of the Environment.

Introducción

Luego de casi diez años de la entrada en actividad de la Superintendencia del Medio Ambiente ("SMA" o "Superintendencia") con plenitud de sus facultades fiscalizadoras y sancionadoras, el Programa de Cumplimiento ("PdC" o "Programa") ha resultado ser la herramienta más utilizada de todos los instrumentos de incentivo al cumplimiento establecidos en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente dispuesta en el artículo 2 de la Ley N° 20.417 ("LOSMA"). Precisamente, de acuerdo con las estadísticas disponibles a noviembre de 2022, en el Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental ("SNIFA") de la SMA consta que se han presentado 1.164 Programas de Cumplimiento (855 aprobados, 163 rechazados y 146 en evaluación), dentro de un total de 1.945 procedimientos administrativos sancionatorios. Es decir, el PdC ha sido utilizado en un 60% del total de los procedimientos sancionatorios.

El extendido uso de los Programas de Cumplimiento por parte de los regulados está ligado a los relevantes incentivos que tiene su uso para los presuntos infractores en el marco de los procedimientos sancionatorios iniciados por la SMA. Conforme se desarrollará más adelante, la presentación y aprobación de un PdC conlleva la posibilidad que el procedimiento sancionatorio iniciado por la autoridad ambiental llegue a su término sin la imposición de una sanción administrativa, siempre que haya sido ejecutado satisfactoriamente el Programa. Por lo tanto, resulta fundamental conocer en qué consiste la ejecución satisfactoria de un PdC, cuáles han sido los criterios considerados por la autoridad para su determinación y proponer lineamientos para la ponderación del cumplimiento de este instrumento en base a su finalidad y naturaleza.

Para ello, el presente trabajo aborda aspectos generales sobre los procedimientos sancionatorios de la SMA y los PdC a modo de contexto, la potestad fiscalizadora de la SMA respecto de este instrumento, la declaración de ejecución satisfactoria e insatisfactoria y sus efectos, casos donde la SMA declaró incumplido el PdC con el objetivo de extraer criterios prácticos, una propuesta de criterios para determinar la ejecución satisfactoria e insatisfactoria en base a la finalidad de los PdC, y finalmente, la impugnabilidad de la decisión de la SMA respecto del cumplimiento o incumplimiento de un PdC.

I. Antecedentes generales sobre los procedimientos sancionatorios iniciados por la Superintendencia del Medio Ambiente y sobre los Programas de Cumplimiento ambiental

Conforme a lo establecido en el artículo 35 de la LOSMA, la SMA cuenta con una potestad sancionadora amplia respecto a infracciones de diversos instrumentos y normativa de carácter ambiental, incluyendo Resoluciones de Calificación Ambiental, normas ambientales, medidas y requerimientos ordenados por la SMA e instrucciones dictadas por la misma.

De esta manera, frente al inicio de un procedimiento sancionatorio por parte de la SMA, el regulado o presunto infractor tiene dos alternativas ante la formulación de cargos, conforme a los artículos 42 y 49 de la LOSMA: (i) presentar descargos, dentro del plazo de 15 días desde la notificación de la formulación de cargos; o (ii) presentar un PdC, dentro del plazo de 10 días contados desde la notificación referida.

Al respecto, el artículo 42 de la LOSMA y el artículo 3 letra g) del D.S. N° 30/2012 del Ministerio del Medio Ambiente que “Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación” (“Reglamento”), definen el PdC como un “plan de acciones y metas presentado por el infractor, para que, dentro de un plazo fijado por la Superintendencia, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique”. Siguiendo la misma línea, el PdC ha sido definido por la SMA como un “plan de acciones y metas que permita al titular volver al cumplimiento normativo subsanado las infracciones constatadas y sus efectos”³.

Sobre el contenido de los Programas de Cumplimiento, el artículo 7 del D.S. N° 30/2012 señala que estos instrumentos deben necesariamente considerar los siguientes elementos mínimos:

a) Descripción de los hechos, actos u omisiones que constituyen la infracción imputada por la SMA, así como de sus efectos.

b) Plan de acciones y metas que se implementarán para cumplir satisfactoriamente con la normativa ambiental estimada infringida, incluyendo las medidas adoptadas para reducir o eliminar los efectos negativos generados.

³ Res. Ex. N° 4/ROL D-080-2017 de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, c. 15°.

c) Plan de seguimiento, que incluirá un cronograma de las acciones y metas, indicadores de cumplimiento, y la remisión de reportes periódicos sobre su grado de implementación.

d) Información técnica y de costos estimados relativa al PdC que permita acreditar su eficacia y seriedad.

II. Finalidad del Programas de Cumplimiento

En primer lugar, es necesario tener presente el cambio de foco que significó la creación de los instrumentos de incentivo al cumplimiento ambiental mediante la LOSMA, centrados en la prevención y promoción del cumplimiento normativo, antes que en la disuasión propia de la sanción ambiental⁴.

En este contexto, conforme se desprende del criterio de eficacia establecido en artículo 9 letra b) del Reglamento, el objetivo de los PdC corresponde a la corrección o retorno al cumplimiento de la normativa ambiental que se estimó infringida en la formulación de cargos, junto con contener y reducir o eliminar los efectos negativos asociados a los cargos formulados.

Al respecto, los Tribunales Ambientales han relevado que tales objetivos de corrección del incumplimiento imputado y de los eventuales efectos negativos ocasionados, permiten concluir que el PdC obedece en definitiva a una finalidad de protección del medio ambiente. En esta línea, el Segundo Tribunal Ambiental ha señalado que su "objetivo inmediato es el retorno al estado de cumplimiento del infractor, sin perjuicio que el fin último siempre sea la protección del medio ambiente. De ahí que su finalidad sea revertir los incumplimientos contenidos en la formulación de cargos y los efectos de éstos"⁵. Por su parte, el Primer Tribunal Ambiental ha precisado que "no debe olvidarse que el Programa de Cumplimiento, como instrumento de incentivo al cumplimiento, ha sido concebido por el legislador desde una lógica de protección del medio ambiente, para lo cual recurre al expediente del retorno al cumplimiento normativo"⁶.

Complementariamente, la Corte Suprema ha indicado que los PdC constituyen "un mecanismo de tutela destinado a impedir la continuación de los efectos que perturban el medio ambiente y la proliferación de sus consecuencias adversas, mediante un plan provisto de etapas y plazos a los que se obliga voluntariamente el administrado, consagrando, así, los principios de colaboración y prevención"⁷.

⁴ OSSANDÓN 2012, 202.

⁵ *Andrés Alejandro León Cabrera con Superintendencia del Medio Ambiente* (2020), c. 49°. *Ecomaule S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017), c. 45°.

⁶ *Comunidad Indígena Atacameña de Peine con Superintendencia del Medio Ambiente* (2019), c. 224°.

⁷ *Ecomaule S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2018), c. 11°.

En conclusión, el Programa de Cumplimiento tiene las siguientes finalidades primarias de relevancia ambiental: (i) la protección del medio ambiente; (ii) retornar al cumplimiento de la normativa ambiental que la SMA estimó infringida en la formulación de cargos; y, (iii) hacerse cargo de los efectos negativos derivados de las infracciones imputadas, mediante medidas que tengan por objeto contener y eliminar o reducir tales efectos

Adicionalmente, se ha señalado que los PdC también tienen finalidades secundarias, consistentes en la utilización más eficiente de los recursos de fiscalización, generación de espacios de cooperación entre el regulador y los regulados, así como el establecimiento de prácticas de cumplimiento normativo⁸. Precisamente, los mecanismos de promoción al cumplimiento ambiental encuentran justificación en las diversas dificultades que presentan las labores fiscalizadoras y sancionatorias, asociadas principalmente al alto número de regulados⁹ y la complejidad técnica de los casos. Precisamente, la SMA investiga hechos u omisiones que se enmarcan en la ejecución de actividades o procesos productivos altamente complejos, cuya dificultad de comprensión se ve aumentada por los intrincados procesos y relaciones que tienen lugar en el medio ambiente. En este sentido, la Corte Suprema ha concluido que los instrumentos de incentivo al cumplimiento ambiental, dentro de los cuales se encuentran los PdC, tienen por objeto “fomentar la colaboración con la autoridad pública para facilitar la labor de fiscalización y conseguir en el menor tiempo posible los fines propios de la legislación ambiental”¹⁰.

En este contexto, aun cuando es posible evidenciar las trascendentales finalidades del PdC desde una perspectiva ambiental, y su extendido uso por parte de regulados en el marco de los procedimientos sancionatorios iniciados por la SMA, se observa una baja densidad en su regulación legal y reglamentaria. En particular, el PdC se encuentra reglado solamente en el artículo 42 de la LOSMA, y en siete artículos del Título II del Reglamento. Precisamente se ha señalado que en este reducido marco normativo la SMA debe resolver innumerables aspectos asociados a los PDC, dejando un amplio margen de discrecionalidad para su aplicación¹¹.

En la práctica, esta baja densidad normativa, y los problemas interpretativos y de aplicación del que de ella se derivan, ha sido abordada por parte de la SMA principalmente mediante la elaboración de guías¹² y reuniones de

⁸ GALLEGUILLOS 2017, 164.

⁹ De acuerdo con las estadísticas disponibles a fines de julio de 2022, en el Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental de la SMA constan 16.843 unidades fiscalizables. Además, de acuerdo con la Cuenta Pública del año 2021, durante ese año la autoridad ambiental recibió 6.000 denuncias aproximadamente.

¹⁰ Víctor Barria Oyarzo con *Superintendencia del Medio Ambiente* (2017), c. 6°.

¹¹ HERVÉ y PLUMER 2019, 29.

¹² En este sentido, la SMA dictó la “Guía para la presentación de Programas de Cumplimiento por infracciones a instrumentos de carácter ambiental” (julio de 2018) con la finalidad de constituir un material de apoyo respecto del proceso de presentación de un PdC, su contenido, aprobación y seguimiento. Posteriormente, la autoridad dictó la “Guía para la presentación de

asistencia al cumplimiento a solicitud del regulado, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 literal u) de la LOSMA.

III. Aprobación del Programa de Cumplimiento

El artículo 9 del D.S. N° 30/2012 establece los criterios que la SMA debe evaluar si cumple el Programa de Cumplimiento presentado por el titular:

a) Integridad: Las acciones y metas deben hacerse cargo de todas y cada una de las infracciones en que se ha incurrido y de sus efectos.

b) Eficacia: Las acciones y metas del programa deben asegurar el cumplimiento de la normativa infringida, así como contener y reducir o eliminar los efectos de los hechos que constituyen la infracción.

c) Verificabilidad: Las acciones y metas del Programa de Cumplimiento deben contemplar mecanismos que permitan acreditar su cumplimiento.

Adicionalmente, cabe destacar que la aprobación del PdC marca un hito en el procedimiento sancionatorio debido a los importantes efectos que tiene en el mismo:

a) Suspensión del procedimiento sancionatorio iniciado por la SMA¹³, de conformidad con el artículo 42 de la LOSMA;

b) El titular deberá ejecutar el PdC¹⁴, dando cumplimiento a las acciones, metas, plazos y plan de seguimiento o reportabilidad aprobados por la Superintendencia;

c) Marca el hito a partir del cual los titulares se encuentran impedidos de presentar otro PdC ante una formulación de cargos por infracciones gravísimas o graves¹⁵, vinculado a la restricción de procedencia del PdC contenida en la letra c) del artículo 6 del D.S. N° 30/2012; y,

d) Imposibilidad para la Superintendencia de iniciar un procedimiento sancionatorio posterior en base a los hechos infraccionales abordados en el PdC aprobado¹⁶.

IV. Fiscalización de la ejecución del Programa de Cumplimiento

Una vez iniciada la ejecución del PdC, la SMA debe fiscalizar la implementación o ejecución que realice el titular. Si bien la fiscalización de los PdC no se encuentra señalada expresamente dentro de las funciones y atribuciones

un Programa de Cumplimiento, Infracciones a la Norma de Emisión de Ruidos" (septiembre de 2019) y la "Guía para la presentación de Programa de Cumplimiento, Infracciones tipo a la Norma de Emisión de RILes" (octubre de 2020).

¹³ GUZMÁN 2012, 211.

¹⁴ *Sociedad Química y Minera de Chile S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2018), c. 13°.

¹⁵ PLUMER, ESPINOZA y MUHR 2018, 214.

¹⁶ *Antofagasta Terminal Internacional S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017), c. 3°.

de la Superintendencia, establecidas en el artículo 3 de la LOSMA, debe entenderse necesariamente incorporada en el objeto de la SMA dispuesto en el artículo 2 de la LOSMA, correspondiente a “ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización (...) de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley”. Despejando cualquier duda, el artículo 10 inciso 1° del Reglamento establece que “El programa de cumplimiento será fiscalizado por la Superintendencia de conformidad a la ley”.

De acuerdo a la organización interna de la SMA¹⁷, al Jefe de la División de Fiscalización y Conformidad Ambiental (“DFZ”) le corresponde “a) Coordinar, supervisar y apoyar la ejecución de las actividades de fiscalización ambiental de los instrumentos de carácter ambiental, incluidos los programas de cumplimiento (...)”¹⁸. Precisamente, el Fiscal de la SMA junto con aprobar el PdC, resuelve en el mismo acto administrativo derivar el Programa aprobado a la DFZ para que fiscalice el efectivo cumplimiento de las obligaciones establecidas en el instrumento.

Además, cabe agregar que los funcionarios de las Oficinas Regionales de la SMA son los encargados principales de realizar las actividades de inspección y fiscalización de la ejecución de un Programa de Cumplimiento¹⁹.

En este contexto, asentada la facultad fiscalizadora y la orgánica encargada de la ejecución de tal potestad, es necesario relevar que conforme al artículo 11 del Reglamento, una vez ejecutadas cada una de las acciones del PdC, el titular debe presentar a la SMA un “informe final de cumplimiento en el que se acreditará la realización de las acciones dentro de plazo, así como el cumplimiento de las metas fijadas en el programa”.

Luego de la presentación del reporte final del PdC, la DFZ realiza una revisión y análisis del cumplimiento de las acciones, metas y plazos del PdC, teniendo especialmente a la vista la información reportada por el titular en el reporte inicial, reportes de avance y reporte final, de acuerdo al plan de seguimiento dispuesto en el instrumento. Adicionalmente, la DFZ podrá tener en consideración la información ambiental disponible de forma pública (por ejemplo, los expedientes electrónicos de evaluación ambiental en el portal web del SEA), la eventual información que haya sido remitida por otros servicios públicos o terceros interesados, así como la información relevante para el caso dispuesta en medios de comunicación, entre otros antecedentes.

Asimismo, cabe tener en consideración que la SMA tiene la facultad discrecional de ejecutar actividades de inspección ambiental con el objeto de verificar en terreno el cumplimiento de las acciones y metas comprometidas en el PdC aprobado, cuyos antecedentes formarán parte del análisis de la DFZ. A las actividades de inspección ambiental pueden concurrir también órganos sectoriales con competencia ambiental, para inspeccionar aquellas ma-

¹⁷ Fijada mediante Res. Ex. N° 2124 del 2021, de la Superintendencia del Medio Ambiente.

¹⁸ Res. Ex. N° 2124 del 2021, de la Superintendencia del Medio Ambiente, resuelvo N° 4.1 letra a).

¹⁹ Rex. Ex. N° 2124 del 2021, de la Superintendencia del Medio Ambiente, resuelvo N° 8.3 letra a).

terias propias de su competencia técnica, como el Servicio Nacional de Geología y Minería respecto de temas mineros, la Dirección General de Aguas en relación a materias asociadas al recurso hídrico o la Corporación Nacional Forestal por aspectos forestales, por mencionar algunos ejemplos.

Con el objeto de dar cuenta de los resultados del análisis de la ejecución y el cumplimiento del PdC, la DFZ emite un Informe Técnico de Fiscalización Ambiental (“IFA”), el cual es publicado en el SNIFA. En particular, el IFA releva los hallazgos constatados e inconformidades respecto de las acciones y metas del PdC, incluyendo generalmente una ponderación respecto de si el Programa fue ejecutado de forma satisfactoria o insatisfactoria. Luego, la DFZ deriva el IFA al Departamento de Sanción y Cumplimiento (“DSC”) para la determinación de la procedencia o no de reiniciar el procedimiento sancionatorio.

V. Ejecución satisfactoria del Programa de Cumplimiento

Conforme a lo señalado anteriormente, el artículo 42 de la LOSMA y el artículo 12 del Reglamento disponen que si el PdC es cumplido dentro de los plazos establecidos y de acuerdo con las metas fijadas en él, el procedimiento administrativo se dará por concluido. En relación con el efecto de la ejecución satisfactoria de un PdC, el Primer Tribunal Ambiental ha indicado que “de ser exitoso la ejecución de dicho programa, se reemplazará la resolución sancionatoria de término, por una en virtud de la cual se tenga por cumplido satisfactoriamente el programa”²⁰. En consecuencia, se observa que el principal incentivo otorgado al titular para presentar y ejecutar satisfactoriamente un PdC en el marco de un procedimiento sancionatorio corresponde precisamente a su término sin la imposición de una eventual sanción²¹, por lo tanto, existe un incentivo de orden primordialmente económico.

Adicionalmente, se observan otros incentivos para el titular, como la posibilidad de evitar un efecto negativo en su reputación o prestigio, puesto que el procedimiento sancionatorio iniciado en su contra concluirá sin la imposición de una sanción, las cuales no solo son publicadas en el SNIFA, sino que también suelen ser foco de atención para medios de comunicación masivos y redes sociales. Por otro lado, imposición de una sanción puede resultar relevante para un titular durante la obtención de financiamiento, ya sea para una eventual expansión del mismo proyecto o para el desarrollo de otros. Asimismo, se advierte la posibilidad del titular de reconducir su conducta con la seguridad que la ejecución del PdC aprobado por parte de la SMA, permitirá con certeza volver al cumplimiento de la normativa que la autoridad estimó infringida y abordar los efectos negativos que hayan sido imputados o constatados.

Para la obtención de los beneficios previamente señalados resulta necesario que el PdC sea ejecutado satisfactoriamente, y de esta manera la

²⁰ *Comunidad Indígena Atacameña de Peine con Superintendencia del Medio Ambiente* (2019), c. 9°.

²¹ *Compañía Minera Nevada SpA con Superintendencia del Medio Ambiente* (2016), c. 15°. En el mismo sentido: Bergamini y Pérez 2015, 273.

SMA termine el procedimiento sancionatorio. Respecto de esta decisión, cabe hacer presente primeramente que, conforme a la organización interna de la SMA, al DSC le corresponde "g) Preparar la propuesta de declaración de ejecución satisfactoria de los programas de cumplimiento"²². En este sentido, una vez recibido el IFA elaborado por la DFZ, el DSC realiza un análisis propio respecto del cumplimiento del PdC, tomando como base los hechos constatados y el análisis realizado por la DFZ, sin perjuicio de su facultad de disentir de la calificación realizada por tal División respecto del cumplimiento de las acciones²³ o complementar el análisis realizado en el IFA. Finalmente, al Superintendente del Medio Ambiente le corresponde resolver la declaración de la ejecución satisfactoria del PdC²⁴.

Pues bien, en este contexto, surge la interrogante respecto de ¿qué es o en qué consiste la ejecución satisfactoria de un PdC? Según se desprende de la definición dispuesta en el artículo 2 letra c) del Reglamento²⁵, la ejecución satisfactoria de un PdC corresponde al cumplimiento íntegro, eficaz y oportuno de las acciones y metas del Programa, debidamente certificado por la Superintendencia del Medio Ambiente. Más allá de la definición previa, no existe regulación legal ni reglamentaria sobre los criterios o lineamientos que deba tener presente la SMA para la determinación respecto de si un PdC fue ejecutado satisfactoria o insatisfactoriamente. Producto de lo anterior, resulta relevante la práctica administrativa de la SMA en relación a casos en los que la autoridad ambiental haya resuelto que el PdC fue incumplido, con el objetivo de recabar criterios orientadores respecto de los fundamentos que determinaron el incumplimiento de las obligaciones de este instrumento, los cuales serán desarrollados posteriormente.

VI. Ejecución insatisfactoria del Programa de Cumplimiento

El artículo 42 inciso quinto de la LOSMA dispone que el procedimiento sancionatorio se reiniciará en caso de incumplirse las obligaciones contraídas en el PdC. Al respecto, se ha señalado que la declaración de ejecución insatisfactoria del PdC implica una declaración de "caducidad" de la resolución que aprobó el instrumento, producto del incumplimiento por parte de su destinatario de las obligaciones contenidas en aquel²⁶.

Conforme a la organización interna de la SMA, le corresponde al Departamento de Sanción y Cumplimiento proponer al Fiscal de la Superintendencia del Medio Ambiente que declare el incumplimiento del PdC y el reinicio del

²² Res. Ex. N° 2124 de 2021, de la Superintendencia del Medio Ambiente, resuelvo N° 3.3 letra g).

²³ Véase Res. Ex. N° 5/Rol F-051-2015, de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente.

²⁴ Res. Ex. N° 2124 de 2021, de la Superintendencia del Medio Ambiente, resuelvo N° 2 letra b).

²⁵ "Artículo 2.- Definiciones. Para efectos del presente Reglamento, se entenderá por: (...)

c) Ejecución satisfactoria: Cumplimiento íntegro, eficaz y oportuno de las acciones y metas del programa de cumplimiento, o de los objetivos y medidas del plan de reparación, según corresponda, debidamente certificado por la Superintendencia".

²⁶ GARCÍA y SOTO 2021, 222.

procedimiento administrativo sancionatorio²⁷. Una vez declarado el incumplimiento del PdC y reinicio del procedimiento sancionatorio, la SMA queda facultada para imponer hasta el doble de la multa que correspondía originalmente para las infracciones imputadas, con el tope máximo señalado en la letra b) del artículo 38 de la LOSMA (10.000 UTA). Cabe destacar que la decisión de aumentar o no la multa en caso de incumplimiento del PdC, corresponde a una facultad discrecional de la SMA, cuyo ejercicio deberá ser fundado y justificado suficientemente. Con todo, tal facultad de la SMA rige salvo que hubiese mediado autodenuncia, ya que en tal caso la multa no podría ser agravada, conforme se desprende del artículo 42 inciso quinto de la LOSMA²⁸.

Así las cosas, se puede concluir que el incumplimiento del PdC no constituye un hecho infraccional en sí mismo²⁹, sino que conlleva la posibilidad de agravamiento en la determinación de la multa de los hechos infraccionales objeto del procedimiento sancionatorio. Precisamente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 40 literal g) de la LOSMA, el nivel de cumplimiento-incumplimiento del PdC corresponde a una de las circunstancias que la SMA debe considerar para efectos de determinar la sanción específica que en cada caso corresponda aplicar.

La facultad de sancionar fuertemente el incumplimiento de un PdC con la imposición de una multa de hasta el doble de la original, se explica por el hecho que éste corresponde a un instrumento puesto a disposición del presunto infractor como una herramienta para volver al cumplimiento de la normativa que se estima infringida, en el marco de un procedimiento sancionatorio ya iniciado por la SMA, con el beneficio para el titular consistente en que su ejecución satisfactoria evitará la imposición de una sanción. Es decir, nuestra regulación impone un mayor grado de reproche al regulado que falla en la posibilidad de enmendar una imputación de cargos mediante un PdC, en comparación a no haberlo presentado y enfrentar una eventual sanción.

Por su parte, el artículo 10 inciso 2° del Reglamento señala el momento a partir del cual se reiniciará el procedimiento, estableciendo que "En caso de incumplirse las obligaciones contraídas en el programa, se reiniciará el procedimiento administrativo sancionatorio en el estado que se encuentre". De esta manera, si el titular incumple las obligaciones contraídas en el Programa de Cumplimiento, el procedimiento se reiniciará en el momento previo a la etapa de descargos, de tal forma que continuará corriendo el plazo restante al momento de la suspensión del procedimiento sancionatorio.

En este sentido, cabe hacer presente que, ante un eventual escenario de reinicio del procedimiento sancionatorio, la presentación de un PdC de

²⁷ Res. Ex. N° 2124 de 2021, de la Superintendencia del Medio Ambiente, resuelto N° 3.3 letra h).

²⁸ "Artículo 42.- (...) Dicho procedimiento se reiniciará en caso de incumplirse las obligaciones contraídas en el programa, evento en el cual se podrá aplicar hasta el doble de la multa que corresponda a la infracción original dentro del rango señalado en la letra b) del artículo 38, salvo que hubiese mediado autodenuncia".

²⁹ BERMÚDEZ 2014a, 465.

forma previa no implica una autoincriminación o aceptación de responsabilidad en los hechos u omisiones que la SMA estimó constitutivos de infracción. De esta manera, incumplido el PdC, existe siempre la posibilidad de que el regulado pueda defenderse de los cargos formulados, desvirtuando la configuración de los hechos infraccionales o la calificación de gravedad realizada por la SMA.

Precisamente, la naturaleza de instrumento de incentivo o promoción al cumplimiento determina que la presentación de un PdC no implique una autoincriminación o aceptación de responsabilidad en los hechos u omisiones que la SMA estimó constitutivos de infracción³⁰ ni de la calificación de gravedad realizada en la formulación de cargos. Concebir una aceptación de responsabilidad implicaría desvirtuar el carácter no punitivo de este instrumento y su finalidad de promoción colaborativa del cumplimiento ambiental, y eventualmente generaría un desincentivo al uso de esta herramienta por parte de los regulados. Además, considerando que el PdC es un instrumento que debe abarcar todos los cargos formulados (criterio de integridad), independiente si el titular considera que se configuró la infracción o no, resulta razonable que en una etapa de descargos pueda defenderse respecto de las imputaciones de responsabilidad. Por lo demás, conforme a lo señalado previamente, el procedimiento se reinicia en el momento previo a la etapa de descargos y prueba conforme al artículo 10 inciso 2° del Reglamento, situación que no sería posible si la presentación de un PdC importara un reconocimiento de responsabilidad por parte del titular.

Además, cabe tener en cuenta que, si bien la declaración de ejecución insatisfactoria se enmarca dentro de un procedimiento sancionatorio, que tradicionalmente ha sido concebido como una estructura unidireccional hacia la determinación sobre la existencia de una infracción administrativa³¹, no obstante, bajo una concepción moderna del derecho administrativo sancionador, este no se agota en su fin punitivo, siendo uno de los objetivos principales de la autoridad administrativa la asistencia a los regulados y el incentivo y promoción al cumplimiento normativo³².

En el particular caso del procedimiento sancionatorio ambiental, su fin último no es la imposición de una sanción, sino más bien buscar incentivar el cumplimiento de la normativa ambiental, la búsqueda de soluciones colaborativas entre los titulares y la Administración del Estado y velar por la indemnidad del medio ambiente, especialmente mediante la posibilidad de

³⁰ *Compañía Minera Nevada SpA con Superintendencia del Medio Ambiente* (2016), c. 17°. En el mismo sentido: *ASTORGA* 2017, 474.

³¹ *Comunidad Indígena Aymara de Quillagua y otro con Superintendencia del Medio Ambiente* (2020), c. 63°. *Junta de Vecinos Kamac-Mayu N° 19 con Superintendencia del Medio Ambiente* (2021), c. 108°.

³² *OSORIO* 2017, 475-476. Respecto de un modelo responsivo para la definición de los casos donde debe privilegiarse la sanción y aquellos donde puede optarse por mecanismos de incentivo al cumplimiento: *Soto*, 2016.

presentar y ejecutar un PdC. En este sentido, la Corte Suprema ha concluido certeramente que “el sistema sancionatorio administrativo, más que castigar, debe propender a una aplicación de medidas que sean adecuadas, oportunas y eficaces para la solución del conflicto, en este caso, el administrativo ambiental de manera tal que su cumplimiento logre aunar la colaboración del investigado, con ello, conseguir la legitimidad social de su decisión y, principalmente, el bien común”³³.

En resumen, la declaración de incumplimiento del PdC tiene los siguientes efectos: (i) término de la instancia de promoción al cumplimiento; (ii) reinicio del procedimiento sancionatorio en el momento previo a la etapa de descargos y prueba; y, (iii) la SMA queda facultada para imponer hasta el doble de la multa asociada a las infracciones imputadas en la formulación de cargos, salvo que haya mediado autodenuncia.

VII. Análisis de procedimientos sancionatorios en que se declaró la ejecución insatisfactoria de un PdC

A continuación, se revisarán algunos procedimientos sancionatorios donde la SMA determinó que el PdC fue ejecutado insatisfactoriamente por parte del titular, con el objeto de extraer criterios prácticos que evidencien el razonamiento y motivación de la autoridad ambiental para resolver la declaración de incumplimiento de un PdC, generando los importantes efectos previamente señalados.

Autódromo Codegua (Rol D-027-2014): La SMA estimó incumplido el PdC de acuerdo a las siguientes consideraciones: (i) incumplimiento de la totalidad de las acciones que debían haber sido cumplidas a la fecha de la resolución; (ii) falta de voluntad de subsanar con la DIA declarada inadmisibles las deficiencias sobre emisiones de ruido, ya que no se incluyeron todas las materias cuya regularización fue comprometida en el PdC, y por el contrario, el titular buscó ampliar la infraestructura y operación de su proyecto mediante el ingreso al SEIA, con el consecuente aumento de los impactos en materia de ruido que ello implicaría; (iii) durante el tiempo en que se ejecutó el PdC, la norma de emisión de ruido fue superada en forma reiterada sin que se hayan realizado gestiones para su corrección, siendo justamente uno de los cargos formulados el incumplimiento del D.S. N° 38/2011; (iv) incumplimientos a la obligación de reportabilidad del PdC; y, (v) incumplimiento de las acciones de reforestación.

Al respecto, cabe destacar lo concluido por la SMA respecto que las omisiones del titular de mejorar los impactos en materia de contaminación acústica mediante la DIA ingresada a evaluación ambiental “es especialmente delicada, ya que se trata justamente del aspecto ha sido foco central de las denuncias presentadas”³⁴. De esta manera, es posible desprender que un

³³ *Compañía Minera Nevada con Superintendencia del Medio Ambiente* (2022), c. 19°.

³⁴ Res. Ex. N° 8/Rol D-027-2014 de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, c. 25°.

aspecto central que tiene a la vista la SMA en su ponderación, es el incumplimiento de acciones que buscan abordar materias denunciadas por la ciudadanía.

Por otro lado, cabe relevar que uno de los elementos considerados para declarar incumplida una de las acciones correspondió a información disponible en medios de comunicación, respecto de la realización de eventos automovilísticos con características distintas a las señaladas por el titular en una presentación en el marco del procedimiento sancionatorio³⁵.

Además, cabe relevar que durante la ejecución del PdC, el titular incumplió la norma de ruido conforme al análisis realizado por la SMA respecto de los reportes presentados por el titular, cuyo incumplimiento fue considerado de especial relevancia, pues las excedencias de la norma de ruido constituyen un riesgo para la salud de la población colindante³⁶. Por lo tanto, un elemento relevante para la determinación de la ejecución satisfactoria o insatisfactoria del PdC, son aquellas acciones que abordan incumplimientos normativos que implican un riesgo para la salud de las personas. Lo anterior es lógico si tenemos a la vista la finalidad de protección del medio ambiente propia de este instrumento, y por lo tanto, un incumplimiento que signifique apartarse de tal finalidad será relevante en la ponderación que realiza la SMA.

Asimismo, cabe señalar que en este caso la SMA declaró incumplido el PdC antes del término de su vigencia, concluyendo a este respecto que “el PDC ha sido incumplido en forma grave y reiterada, justificándose su término anticipado y la reactivación del procedimiento sancionatorio (...) sin que sea necesario esperar la finalización de los plazos de las acciones que aún se encuentran pendientes, debido a que con los antecedentes reunidos, es claro que no es posible que el cumplimiento del programa pueda llegar a ser calificado como satisfactorio en el futuro”³⁷.

Ecomaule (Rol D-002-2015): En el presente caso, la SMA declaró incumplido el PdC en consideración a los siguientes elementos: (i) incumplimiento de cinco acciones que debían haber sido ejecutadas total o parcialmente a la fecha de la resolución³⁸; (ii) incumplimiento sustancial del PdC, infringiendo acciones que constituyen “ejes centrales” del programa, en tanto buscaban hacerse cargo de las denuncias existentes en contra del titular; (iii) constatación mediante actividades de inspección ambiental de la continuación en la ejecución de uno de los hechos que la SMA estimó constitutivo de infracción, consistente en la acumulación de lodos sanitarios en piscinas no autorizadas por RCA, lo cual dio origen a la formulación de cargos y dictación de medidas provisionales.

³⁵ Res. Ex. N° 8/Rol D-027-2014 de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, c. 40°.

³⁶ Res. Ex. N° 8/Rol D-027-2014 de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, c. 55°.

³⁷ Res. Ex. N° 8/Rol D-027-2014 de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, c. 72°.

³⁸ La SMA analizó solamente las acciones que fueron estimadas como incumplidas o ejecutadas insatisfactoriamente.

En relación al cumplimiento de la acción consistente en el retiro de los lodos acumulados en piscinas no autorizadas, y posterior envío a otros sitios de disposición final, la SMA concluyó que “se han constatado múltiples incumplimientos, siendo esta acción una de las más importantes de todo el PDC, toda vez que busca la eliminación de las piscinas no autorizadas de acopio de lodos sanitarios, piscinas que constituyen la principal fuente de malos olores y vectores dentro del centro de tratamiento, y que por consiguiente son el fundamento principal de las denuncias existentes”³⁹. En consecuencia, se observa nuevamente que un criterio importante que determina la ejecución insatisfactoria de este instrumento es el incumplimiento de acciones que buscan hacerse cargo de denuncias de la ciudadanía.

Resulta destacable, además, lo señalado por la SMA respecto de la mantención del estado de incumplimiento ambiental asociado a uno de los cargos formulados, particularmente mediante la creación por parte del titular de una nueva piscina de almacenamiento de lodos sin acondicionamiento, cuya infracción motivó la dictación de medidas provisionales, debido al riesgo inminente de daño a la salud de las personas por emanación de malos olores⁴⁰. Es decir, un criterio de ponderación relevante considerado por la SMA, consiste en la continuación en la ejecución de alguno de los hechos infraccionales imputados, especialmente si ello constituye un riesgo para la salud de las personas.

Plantel de Cerdos Santa Josefina (Rol F-017-2016): En este caso, la SMA declaró incumplido el PdC en consideración a las siguientes circunstancias: (i) incumplimiento de nueve acciones que debían haber sido ejecutadas totalmente a la fecha de la resolución de reinicio del procedimiento sancionatorio, incluyendo dos acciones no reportadas⁴¹; (ii) transcurso de más de 12 meses desde la aprobación del Programa de Cumplimiento sin obtención de la RCA comprometida, habiéndose comprometido un plazo de 8 meses para la aprobación del proyecto, y no habiendo presentado una solicitud de ampliación de plazo para la ejecución de la acción; y, (iii) los planes de manejo de residuos, control de olores y control de vectores comprometidos en tres acciones del PdC, fueron presentados fuera de plazo, sin cumplir con el contenido mínimo; y, adicionalmente, no fue reportada la ejecución de los mismos, lo cual impide la verificación y fiscalización de su ejecución.

Cabe destacar que, en relación con las acciones de un PdC asociadas a un cargo por elusión del SEIA, la SMA señaló que en “los procedimientos sancionatorios que consideran la elusión al SEIA, los plazos comprometidos en los PdC no son triviales, pues se está ante el escenario de una empresa que ha operado, por un tiempo prolongado, sin contar con autorización ambiental”⁴².

³⁹ Res. Ex. N° 7/Rol D-002-2015 de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, c. 60°.

⁴⁰ Res. Ex. N° 7/Rol D-002-2015 de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, c. 83°.

⁴¹ La SMA analizó solamente las acciones que fueron estimadas como incumplidas o ejecutadas insatisfactoriamente.

⁴² Res. Ex. N° 7/Rol F-017-2016 de 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente, c. 28°.

Precisamente, en atención a la finalidad de protección del medio ambiente, en los casos de elusión del SEIA donde se compromete el ingreso a evaluación ambiental, resultan especialmente relevantes las acciones intermedias que buscan abordar riesgos ambientales durante el periodo que media entre la aprobación del PdC hasta la eventual obtención de un RCA favorable. Las acciones intermedias pueden consistir en, por ejemplo, limitaciones operacionales, paralizaciones parciales o medidas de contención de riesgos concretos. De tal manera que el cumplimiento de las acciones intermedias pueda hacer frente al retraso en la obtención de una RCA, mediante la ausencia de un riesgo para el medio ambiente.

Solenor (Rol A-001-2016): La SMA declaró incumplido el PdC de acuerdo a las siguientes consideraciones: (i) incumplimiento de la mayoría de acciones que debían haber sido ejecutadas a la fecha de la resolución, incluyendo el incumplimiento total de tres acciones, cumplimiento parcial de veintidós acciones y cumplimiento de siete acciones; (ii) incumplimiento del PdC de manera sustancial, infringiendo acciones que constituyen los “ejes centrales” del programa, asociadas al adecuado manejo y gestión de los residuos peligrosos, lo cual fue constatado principalmente mediante una actividad de inspección ambiental; y, (iii) no presentación del reporte final del PdC, siendo un antecedente relevante para el análisis de cumplimiento del PdC.

Cabe hacer presente que la SMA, teniendo a la vista lo reportado en los informes del titular, concluyó que mediante los primeros reportes el titular demostró disposición al cumplimiento, no obstante, con el transcurso del tiempo, los informes bimestrales cada vez resultan menos elaborados y carentes de información relevante. En esta misma línea, la SMA estimó que algunas acciones fueron cumplidas al inicio de la ejecución del PdC, no obstante, mediante una actividad de inspección ambiental la autoridad constató que el titular no continuó cumpliéndolas, lo cual motivó la declaración de incumplimiento de tales acciones.

Además, diversas acciones fueron declaradas incumplidas en atención a que los antecedentes acompañados no cumplían de forma íntegra con lo dispuesto en el PdC. Lo anterior da cuenta de la relevancia de cumplir con los medios de verificación comprometidos para efectos de acreditar ante la autoridad la ejecución satisfactoria de este instrumento. No obstante, es posible estimar que el titular puede acompañar otros antecedentes distintos en reemplazo o de forma complementaria, en la medida que den cuenta de forma fehaciente y suficiente la ejecución de la acción, estando obligada la autoridad a ponderarlos y pronunciarse sobre ellos. Ciertamente, en línea con la finalidad de incentivo al cumplimiento que caracteriza al PdC, lo relevante es la realización de la acción y no las deficiencias formales en la reportabilidad de la misma.

Finalmente, es necesario destacar que, respecto de una de las acciones declaradas cumplidas, el titular no presentó todos los medios de verificación

comprometidos, si embargo, la SMA constató su cumplimiento mediante una actividad de inspección ambiental, por lo que se estimó cumplida la acción⁴³.

Proyecto Inmobiliario Hacienda Batuco (Rol D-023-2015): La SMA estimó incumplido el PdC de acuerdo a las siguientes consideraciones: (i) incumplimiento de la acción consistente en la obtención de RCA favorable dentro del plazo comprometidos de 18 meses,; y, (ii) lo anterior implicaría que el PdC fue incumplido a cabalidad, por cuanto se incumplió el resultado esperado o meta del programa, consistente en la obtención de RCA favorable.

La SMA relevó que, a la fecha de la resolución de declaración de incumplimiento del PdC, se habían efectuado cinco ingresos al SEIA (2 DIA y 3 EIA) sin obtener la RCA favorable comprometida, incluyendo dos resoluciones de inadmisibilidad a trámite del SEA y una solicitud de desistimiento. Al respecto, la SMA estimó que lo anterior “es un antecedente a considerar respecto de la seriedad y completitud de los instrumentos en ejecución del Programa de Cumplimiento se ingresaron al SEIA, lo que es de ineludible carga y responsabilidad de las empresas”⁴⁴.

Seguidamente, la SMA indicó que, sin perjuicio que el PdC sería declarado incumplido por la no obtención de RCA favorable, se referiría de todas maneras a la diligencia desplegada, relevando que “el instrumento del Programa de Cumplimiento, como una instancia colaborativa que insta y depende al retorno del cumplimiento ambiental, no puede concebirse como un escenario que habilite a los presuntos infractores para eludir responsabilidad o actuar con estándares insuficiente”⁴⁵.

Cabe hacer presente que los titulares reclamaron judicialmente en contra de la resolución de la SMA que concluyó la ejecución insatisfactoria. Al respecto, el Segundo Tribunal Ambiental, mediante sentencia dictada en causa Rol R-207-2019 con fecha 3 de febrero de 2021, resolvió anular lo resuelto por la SMA, pues se habrían realizado importantes esfuerzos en la tramitación del procedimiento de evaluación ambiental del proyecto, encontrándose justificadas las demoras en la obtención de un RCA favorable, atendida la cantidad de cuestiones objetadas en cada oportunidad que el proyecto ingresó al SEIA. Además, el Tribunal relevó que la paralización de la construcción del proyecto comprometida en el PdC permitía asegurar el objetivo de protección ambiental del instrumento mientras se evaluaba ambientalmente el Proyecto, descartándose una urgencia en la calificación ambiental⁴⁶.

Atendido lo fallado por el Segundo Tribunal Ambiental, mediante Res. Ex. N° 628/2022, la SMA ponderó nuevamente la ejecución del PdC, resol-

⁴³ Res. Ex. N° 8/Rol A-001-2016 de 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente, c. 36°, acción 4.4.

⁴⁴ Res. Ex. N° 7/Rol D-023-2015 de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, c. 54°.

⁴⁵ Res. Ex. N° 7/Rol D-023-2015 de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, c. 55°.

⁴⁶ *Aconcagua S.A. y otros con Superintendencia del Medio Ambiente* (2021), considerando 54°

viendo su ejecución satisfactoria en atención a la obtención de RCA favorable con fecha 10 de diciembre de 2020.

Centros de Engorda de Salmones Salas 5 y Rojas 2 (Rol D-001-2015): En este caso, la SMA declaró incumplido el PdC en consideración a las siguientes circunstancias: (i) incumplimiento total de diez acciones, debido a la ejecución de su acción alternativa sin concurrir el impedimento establecido; y, (ii) cumplimiento 6 acciones comprometidas.

En particular, respecto a indebida ejecución de la acción alternativa, consistente en el envío de un informe a la SMA que contenga los antecedentes que acrediten que el centro de engorda estuvo sin operación durante todo el periodo de los 2 años de vigencia del programa, que motivó al titular no ejecutar 10 de las 16 acciones comprometidas en el PdC, la SMA concluyó que la no operación del centro debía depender de un hecho externo, ajeno a la voluntad del infractor⁴⁷. Lo contrario, es decir, la posibilidad del titular de ejecutar una acción principal o alternativa en base a un impedimento dejado a su voluntad, no es consistente con su finalidad de volver a un estado de cumplimiento mediante una voluntad real o seria de conseguir aquello, pues no basta el mero compromiso, siendo necesario el cumplimiento real y sustantivo de la normativa ambiental. Precisamente, la no operatividad deliberada del proyecto determinó en este caso que el titular no ejecutara las acciones que requerían justamente su funcionamiento, como la instalación de una planta desalinizadora, auditorías, capacitaciones o el envío de lodos a un destino autorizado.

Al respecto, la SMA concluyó que la no ejecución de las acciones del PdC debido a la inoperatividad voluntaria de los CES, implicaría la vulneración del principio de buena fe, con la cual deben actuar los regulados en sus relaciones con la Administración, una vulneración al principio de colaboración y una situación de abuso del derecho. Asimismo, la SMA concluye que "aceptar que la ejecución de las acciones del PDC dependen de la mera voluntad del titular de reiniciar las operaciones de los CES, es manifiestamente improcedente y vulnera gravemente el objetivo del instrumento que es la protección del medio ambiente, implicando una distorsión abusiva del PDC y un aprovechamiento del titular respecto al beneficio que podría otorgar una eventual ejecución satisfactoria de un PDC"⁴⁸. Ciertamente, los PdC se basan en una relación colaborativa entre el regulado y la Administración, pues su presentación, aprobación y ejecución satisfactoria conlleva beneficios para ambas partes. Por un lado, reduce el costo económico y humano que significa llevar adelante la labor fiscalizadora y sancionadora, y por otro, permite conseguir los fines propios de la legislación ambiental sin la imposición de una sanción.

Además, en este sentido, cabe tener presente lo resuelto por la Corte Suprema respecto de la preeminencia de la obligación de ejecución del PdC,

⁴⁷ Res. Ex. N° 5/Rol D-001-2015 de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, c. 48°

⁴⁸ Res. Ex. N° 5/Rol D-001-2015 de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, c. 52°.

de tal forma que justificar su incumplimiento en base a hechos voluntarios que dependen del titular implica “no solo desconocer espíritu de la solución colaborativa, sino derechamente desatender su tenor literal, omitiendo la satisfacción de objetivos reparatorios que el titular del proyecto se ha auto impuesto, y que constituyen la esencia de la institución en cuestión”⁴⁹.

Planta de Tratamiento de Baterías Chile-Metal Limitada (F-051-2015): La SMA declaró incumplido el PdC en consideración a las siguientes circunstancias: (i) incumplimiento de tres acciones; y, (ii) cumplimiento de veinticinco acciones.

Al respecto, la SMA concluyó que las tres acciones incumplidas, asociadas a un mismo cargo por incumplimiento de condiciones y compromisos de monitoreo de suelos, eran determinantes para el cumplimiento del resultado esperado consistente en el cabal cumplimiento del considerando de la RCA que se estimó infringido, por lo cual tales incumplimientos son suficientes por sí mismos para declarar el incumplimiento del PdC⁵⁰.

Por otro lado, en relación con el cumplimiento parcial de una de las acciones del PdC (no se capacitó a uno de once choferes), atendido el cumplimiento del resto de las tres acciones que abordaban el cargo, la SMA estimó que el resultado esperado para abordar el cargo se encuentra cumplido, motivo por el cual la desviación señalada no se estima determinante o suficiente por sí mismo para decretar el incumplimiento de tal acción⁵¹.

Adicionalmente, respecto de una acción ejecutada fuera del plazo comprometido, la SMA estimó que el incumplimiento fue de índole formal, en tanto se cumplió el objetivo detrás de la acción, sin que se verifiquen efectos negativos derivados de la demora en su ejecución⁵².

Tal margen de apreciación y discrecionalidad de la SMA respecto de eventuales brechas se condice con la finalidad de incentivo al cumplimiento y de protección del medio ambiente, conforme a lo cuales las desviaciones formales o menores que no tienen relevancia ambiental no debieran ser determinantes en la ponderación del cumplimiento del PdC.

Finalmente, cabe relevar que, en este caso, luego de la elaboración del IFA por parte de la DFZ, la entonces División de Sanción y Cumplimiento requirió información al titular para complementar la información reportada. En este contexto, en base a una nueva revisión de la información reportada durante la ejecución del PdC y la nueva información presentada por el titular, la División de Sanción y Cumplimiento llegó a conclusiones diversas a las señaladas en el IFA, constatando que algunos hallazgos no eran efectivos y determinando que diversas acciones consideradas como incumplidas sí fueron

⁴⁹ *Ecomaule S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2018), c. 12°.

⁵⁰ Res. Ex. N° 5/Rol F-051-2015 de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, c. 65° y 66°.

⁵¹ Res. Ex. N° 5/Rol F-051-2015 de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, c. 26° y 27°.

⁵² Res. Ex. N° 5/Rol F-051-2015 de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, c. 48°.

ejecutadas de forma satisfactoria. El hecho que la SMA otorgue una posibilidad al titular para que precise o complemente la información reportada no solamente es concordante con el objetivo de promoción del cumplimiento y la naturaleza colaborativa de este instrumento, sino que además es necesaria en atención a los relevantes efectos gravosos que genera la declaración de la ejecución insatisfactoria del PdC. Estos autores entonces, coinciden en la idea de que constituye una buena práctica administrativa que la autoridad ambiental, de forma previa a declarar incumplido un PdC, requiera información al regulado, con la finalidad de contar con todos los antecedentes necesarios para una decisión suficientemente fundada, permitiendo así una última instancia para el ejercicio del derecho a contradecir lo afirmado por la autoridad, en el marco del principio del debido proceso.

Minera Florida (Rol F-023-2016): La SMA declaró incumplido el PdC de acuerdo con las siguientes consideraciones: (i) incumplimiento total de siete acciones; (ii) cumplimiento parcial de dos acciones; y, (iii) cumplimiento de veintiún acciones.

Respecto de dos de las acciones declaradas incumplidas, la SMA relevó que la meta comprometida en la acción correspondía a mantener un control interno y externo de los residuos peligrosos y no peligrosos que ingresan y egresan del área dispuesta para su almacenamiento temporal, lo cual no puede verificarse dado que los medios de verificación acompañados por el titular durante la ejecución del PdC carecían de información relevante para determinar el cumplimiento de la meta⁵³.

Cabe destacar que la SMA realizó una actividad de inspección ambiental con el objeto de verificar el cumplimiento de las acciones del PdC aprobado, por un lado, confirmando lo reportado por el titular respecto de determinadas acciones, y por otro, constatando el incumplimiento de acciones del PdC.

Ahora bien, este caso en particular resulta particularmente relevante, dado que, el titular del proyecto presentó un recurso de reposición en contra de la resolución que declaró la ejecución insatisfactoria del PdC. En lo medular, afirma el titular en el recurso que; cuatro de las acciones que la SMA consideró como no ejecutadas, en realidad sí habrían sido ejecutadas; que otras tres acciones habrían sido ejecutadas de forma distinta a la comprometida en el PdC, pero sin generarse efectos sobre el medio ambiente y que; dos acciones respecto de las que se habrían constatado incumplimientos formales, estos habrían sido subsanados por el titular.

El recurso interpuesto por el titular fue acogido por la SMA mediante R.E. N° 8/Rol F-023-2022 de 15 de junio de 2022, en la que la autoridad ordenó dejar sin efecto la declaración de incumplimiento del PdC y también el reinicio del procedimiento sancionatorio.

⁵³ Res. Ex. N° 5/Rol F-023-2016 de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, c. 106 y 116°.

En dicha resolución destacan dos aspectos centrales y que constituyen antecedentes importantes para la determinación de los criterios tenidos a la vista por la SMA para declarar la ejecución satisfactoria de un PdC. El primero de ellos dice relación con que, la SMA admitió que el titular presentara antecedentes posteriores a la ejecución del PdC que permitieran subsanar incumplimientos de carácter formal y parcial considerados por la SMA en la declaración de incumplimiento del PdC. Lo anterior evidencia que, si bien el cumplimiento de este instrumento es de carácter estricto, admite un margen de flexibilidad ponderando el fin último de éste –la corrección de una situación ambiental irregular– como un elemento central en la resolución que adopta la SMA. El segundo, refuerza aun más esta idea y, consiste en que la SMA, más allá de que el PdC no fue cumplido “al pie de la letra”, de su ejecución parcialmente alejada del marco impuesto por el PdC, se constató un “bajo o nulo impacto ambiental derivado de aquellas acciones no ejecutadas que fueron subsanadas con posterioridad”⁵⁴, dejando a la vista nuevamente, que el eje primordial del instrumento es el retorno a una situación de cumplimiento, con énfasis en la no generación de efectos ambientales.

Canteras Lonco (Rol D-048-2015): La SMA resolvió declarar el incumplimiento del PdC, teniendo a la vista las siguientes consideraciones: (i) incumplimiento total de una acción; (ii) cumplimiento parcial de una acción; y, (iii) cumplimiento de las once acciones restantes⁵⁵.

La acción incumplida consistía en el ingreso del proyecto al SEIA, respecto de la cual la SMA estimó que el retraso asociado a la presentación del EIA al momento de reiniciar el procedimiento sancionatorio (4 meses de retraso desde que debió ejecutarse la acción) permitía acreditar que la acción se encontraba incumplida⁵⁶. Considerando que la acción abordaba el cargo consistente en la ejecución del proyecto sin contar con RCA, la SMA concluyó que “la evaluación ambiental del proyecto se considera esencial y la única forma para volver al cumplimiento de la normativa ambiental, y la falta de eficiencia en su cumplimiento será especialmente ponderando en el procedimiento sancionatorio”⁵⁷.

Este sancionatorio en particular, corresponde a un acotado universo de casos en que existe una resolución sancionatoria que pone término al procedimiento sancionatorio, que considera dentro del margen discrecional de la SMA para la determinación del quantum de la sanción administrativa, la ejecución insatisfactoria del PdC.

La resolución sancionatoria consideró para la determinación del monto de la multa asociada a los hechos infraccionales, en lo pertinente para el

⁵⁴ Res. Ex. N° 5/Rol F-023-2016 de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, c. 71°.

⁵⁵ Res. Ex. N° 13/Rol D-048-2015 de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, c. 29°.

⁵⁶ Res. Ex. N° 13/Rol D-048-2015 de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, c. 34°, 35° y 36°.

⁵⁷ Res. Ex. N° 13/Rol D-048-2015 de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, c. 38°.

objeto del presente trabajo, dos elementos que se encuentran vinculados al PdC. En primer lugar, la SMA consideró como un factor de disminución de la multa, la ejecución de acciones comprometidas en el marco del PdC, fuera del plazo establecido en el instrumento, particular bajo el supuesto de implementación de medidas correctivas en los términos establecidos en el artículo 40 literal i) de la LOSMA⁵⁸. En segundo lugar, la SMA excluyó del análisis de los factores de incremento de la multa, aquellas acciones comprometidas en el PdC, que durante la ejecución de este no fueron cumplidas, pero que, dada la decisión adoptada del titular de paralizar las obras del proyecto, perdieron su objeto⁵⁹. Este razonamiento de la SMA refuerza la idea de que el objetivo perseguido por el procedimiento sancionatorio ambiental no se agota en la imposición de sanciones, sino que cuenta con un trasfondo que lo determina, asociado a la no generación de efectos ambientales, o en otras palabras a la protección del medio ambiente. Así, el incumplimiento de una obligación ambiental contenida en un PdC, será ponderada por la SMA teniendo a la vista su idoneidad para contener y reducir o eliminar efectos adversos en el medio ambiente.

Puerto Cabo Froward (Rol D-037-2017): La declaración de ejecución insatisfactoria del PdC se fundó en las siguientes consideraciones: (i) incumplimiento de tres acciones; (ii) cumplimiento parcial de una acción; y (iii) cumplimiento de las siete acciones restantes.

En este caso en particular, una de las acciones comprometidas en el PdC consistía en la implementación de acciones tendientes a reducir los niveles de presión sonora corregida provenientes de ciertas instalaciones del proyecto. Lo interesante, es que en la resolución que declaró la ejecución insatisfactoria del PdC, la SMA admite que la acción fue ejecutada por el titular de la forma comprometida en el PdC, pero que de ello, no se obtuvieron los resultados esperados. En este sentido, la SMA indicó que la acción comprometida “no logra disminuir el nivel de ruido, motivo por el cual no se logra cumplir con la meta establecida por la empresa, y se concluye que esta acción se encuentra ejecutada de manera no conforme”⁶⁰.

La idea relevada en los dos casos anteriores, esto es, que el fin último del programa de cumplimiento es el retorno al cumplimiento ambiental y especialmente contener y reducir o eliminar efectos negativos en el medio ambiente, nuevamente se vislumbra en el razonamiento de la SMA, pero en este caso desde una lógica opuesta. En esta oportunidad, la SMA entiende que la sola ejecución de la medida comprometida en el PdC no basta, si con ello no se alcanza el objetivo de la medida, en este caso, reducir los niveles de presión sonora a los límites establecidos en la norma de emisión correspondiente.

⁵⁸ Res. Ex. N° 1227 de 23 de agosto de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente, c. 251°.

⁵⁹ Res. Ex. N° 1227 de 23 de agosto de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente, c. 240°.

⁶⁰ Res. Ex. N° 11/Rol D-037-2017 de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente 33°.

Malterias Unidas S.A. (Rol D-038-2016): Para la declaración de incumplimiento del PdC, la SMA tuvo en consideración las siguientes circunstancias: (i) incumplimiento de tres acciones; (ii) cumplimiento parcial de una acción; y, (iii) cumplimiento de veinte acciones.

Respecto de una de las acciones incumplidas, la SMA señaló que “se concluye que la acción N° 12 se encuentra ejecutada de manera no conforme, toda vez que, aún tras la operación del nuevo sistema de secado a gas natural, no se verifica el cumplimiento de la meta consistente en la no superación del máximo diario del caudal de descarga de riles comprometido en el PdC”⁶¹. Por otro lado, la SMA resolvió declarar una de las acciones como cumplida parcialmente “por cuanto aun cuando el titular implementó mecanismos de control de proceso comprometidos, ellos no lograron el cumplimiento de la meta consistente en la no superación del límite máximo diario del caudal de descarga”⁶². En este caso en particular, se reitera el criterio indicado para el caso anterior; la SMA estima que el cumplimiento de la acción comprometida en el marco del PdC no es suficiente si ello no trae aparejado el cumplimiento de la meta comprometida.

Centro Corralco (Rol F-034-2016): La SMA declaró la ejecución insatisfactoria del PdC debido a las siguientes circunstancias: (i) cumplimiento parcial de 2 acciones; y, (ii) cumplimiento de las restantes 15 acciones.

Cabe destacar que la acción consistente en el monitoreo mensual de RILes infiltrados fue declarada parcialmente cumplida, ya que “haber realizado los monitoreos exclusivamente en base a muestras puntuales no permite garantizar que los mismos sean representativos del efluente, presentando serias dudas sobre la validez de sus resultados e impidiendo cumplir con el objetivo ambiental de los monitoreos comprometidos”⁶³.

La otra acción cumplida parcialmente consistía en la aprobación de un programa de monitoreo de RILes, configurándose un retraso de más de 2 años en la ejecución de la acción. La SMA relevó que tal retraso “ha impedido que esta Superintendencia tenga acceso permanente y actualizado a la caracterización de los RILes generados, hecho que cobra especial significancia considerando que el centro de montaña está ubicado al interior de un Área Silvestre Protegida (...) lo que aumenta la relevancia de la acción incumplida”⁶⁴.

Finalmente, se debe tener en cuenta que las acciones declaradas parcialmente cumplidas, correspondían a acciones destinadas a hacerse cargo de los efectos ambientales negativos asociados a la única infracción calificada como grave en la formulación de cargos.

⁶¹ Res. Ex. N° 8/Rol D-038-2016 de 2020, de la Superintendencia del Medio Ambiente, c. 32°.

⁶² Res. Ex. N° 8/Rol D-038-2016 de 2020, de la Superintendencia del Medio Ambiente, c. 52°.

⁶³ Res. Ex. N° 6/Rol F-034-2016 de 2020, de la Superintendencia del Medio Ambiente, c. 24°.

⁶⁴ Res. Ex. N° 6/Rol F-034-2016 de 2020, de la Superintendencia del Medio Ambiente, c. 27°.

Fábrica de Cementos Génesis (Rol D-090-2017): Para declarar el cumplimiento insatisfactorio del PdC, la SMA consideró lo siguiente: (i) incumplimiento de cuatro acciones; (ii) cumplimiento parcial de dos acciones; y, (iii) cumplimiento de una acción.

Dos de las acciones incumplidas correspondían al ingreso al SEIA y obtención de una RCA favorable, respecto de las cuales el titular nunca ingresó el proyecto al SEIA⁶⁵. Considerando la naturaleza del cargo, la SMA relevó que tales acciones son "esenciales para lograr la finalidad del programa de cumplimiento, en tanto abordan el hecho infracción (sic) imputado"⁶⁶. Adicionalmente, respecto de las otras dos acciones incumplidas totalmente y las dos acciones cumplidas parcialmente, la SMA destacó que su incorporación fue requerida mediante observaciones, con el objeto de abordar los efectos ambientales generados por el hecho que se estimó constitutivo de infracción⁶⁷, lo cual daría cuenta de su relevancia.

En resumen, de la revisión de diversos procedimientos administrativos sancionatorios en que la SMA resolvió declarar la ejecución insatisfactoria del PdC, es posible destacar la siguiente síntesis de criterios seguidos por la autoridad ambiental para fundamentar el incumplimiento de un PdC:

- 1) Incumplimiento de acciones determinantes para la obtención de un resultado esperado o meta comprometida en el PdC.
- 2) Incumplimiento sustancial del PdC, infringiendo acciones que constituyen ejes centrales del PdC y que buscaban hacerse cargo de las denuncias interpuestas por la comunidad en contra del titular del proyecto.
- 3) Continuación del estado infraccional respecto de los hechos que la SMA estimó constitutivo de infracción en la formulación de cargos.
- 4) Incumplimientos a la obligación de reportabilidad del PdC, lo cual impide la verificación y fiscalización de la ejecución del programa.
- 5) Ejecución de la acción alternativa sin concurrir el impedimento establecido en el PdC o sin configurarse un impedimento externo a la voluntad del titular, vulnerando el principio de buena fe y el principio de colaboración.
- 6) Incumplimiento de acciones del PdC que imposibilitan evaluar el cumplimiento de otras acciones (defectos en la trazabilidad o verificabilidad de la obligación, en los planes de monitoreo o en la calidad de los monitoreos).
- 7) Falta de ingreso al SEIA o no obtención de la RCA en el plazo comprometido, sin haberse presentado una solicitud de ampliación de plazo para la ejecución de la acción.

⁶⁵ Res. Ex. N° 6/Rol D-090-2017 de 2020, de la Superintendencia del Medio Ambiente, c. 13° y 21°.

⁶⁶ Res. Ex. N° 6/Rol D-090-2017 de 2020, de la Superintendencia del Medio Ambiente, c. 27°.

⁶⁷ Res. Ex. N° 6/Rol D-090-2017 de 2020, de la Superintendencia del Medio Ambiente, c. 27°.

8) En casos en que una de las infracciones que busca subsanar el PdC es la elusión al SEIA, cobran especial relevancia las acciones intermedias tendientes a reducir o contener los efectos adversos generados con ocasión de la infracción.

9) No son relevante aquellas desviaciones formales o de menor envergadura que no impidan alcanzar con las metas u objetivos trazados en la determinación de efectos negativos generados por las infracciones que se abordan en el PdC.

10) El cumplimiento formal del PdC en los términos comprometidos, no es suficiente para que la SMA declare su ejecución satisfactoria si, con ocasión de la ejecución del PdC en los términos aprobados por la autoridad ambiental, no se logra la meta o finalidad asociada a las medidas comprometidas.

VIII. Propuesta de criterios para la determinación de la ejecución satisfactoria de un PdC de conformidad con la finalidad de este instrumento

Atendida la definición dispuesta en el artículo 2 letra c) del Reglamento, surge la interrogante respecto de si la ejecución satisfactoria significa el cumplimiento íntegro e irrestricto de todas y cada una de las acciones y metas del PdC o existe un espacio de discrecionalidad en la ponderación. Aun cuando no exista regulación legal ni reglamentaria sobre criterios para la determinación respecto de si un PdC fue ejecutado satisfactoria o insatisfactoriamente, es posible estimar que existe un margen de discrecionalidad respecto los eventuales hallazgos o desviaciones en relación con el texto expreso del PdC.

En este sentido, para determinar la ejecución satisfactoria o insatisfactoria de un PdC, es necesario tener presente que la SMA debe apreciar las circunstancias de hecho del caso concreto a la luz de las reglas de la sana crítica (artículo 51 de la LOSMA) y actuando conforme al principio de razonabilidad.

Junto con la relevancia o sujeción de las circunstancias del caso, para la determinación de la ejecución satisfactoria del PdC, la autoridad ambiental debe tener presente también la finalidad del instrumento consistente en el incentivo al cumplimiento ambiental y en la protección del medio ambiente. En este marco, a continuación, proponemos algunos criterios para la ponderación sobre la ejecución de un PdC.

1. Relevancia del objetivo ambiental de las acciones comprometidas y la finalidad de protección del medio ambiente de los PdC.

Para la determinación de la ejecución satisfactoria del PdC, algunas acciones serán más trascendentales que otras desde el punto de vista de su aporte en alcanzar el objetivo de protección ambiental:

a) Acciones centrales o determinantes para lograr la meta asociada al cargo, siendo especialmente relevantes aquellas metas comprometidas para hechos infracciones calificados como gravísimos por la SMA;

b) Acciones que buscan abordar denuncias ciudadanas que hayan dado origen al procedimiento sancionatorio; y,

c) Acciones que busquen precaver situaciones de riesgo ambiental: paralización o suspensión temporal de actividades, acciones de seguridad y control o acciones que implican una limitación del proceso productivo del proyecto.

A modo de ejemplo, respecto de acciones comprometidas para abordar el mal funcionamiento de un depósito de relaves y contaminación de aguas subterráneas, serán más relevantes aquellas acciones de carácter sustancial como la implementación y funcionamiento de pozos de extracción (barrera hidráulica), en comparación a otras posibles acciones de carácter accesorio que podría ser comprometidas, como la capacitación de trabajadores o la actualización del protocolo de funcionamiento del depósito de relaves. En este contexto, la correcta ejecución de la acción asociada a la barrera hidráulica determinará la ejecución satisfactoria del PdC por sobre las otras acciones secundarias. A las medidas que directamente abordan los principales efectos adversos generado con ocasión de la infracción, puede llamárseles con fines de estudio, como medidas principales o centrales.

Asimismo, la finalidad de protección del medio ambiente, implicaría privilegiar el cumplimiento sustancial de los objetivos ambientales y metas por sobre las formalidades que no sean relevantes para estos efectos.

Por ejemplo, en la ponderación del cumplimiento de acciones asociadas a incumplimientos a la norma de emisión de ruido, si algunas de ellas no fueron cumplidas íntegramente (desviaciones en el material de la barrera acústica o su altura), pero se cumplieron los límites dispuestos en la norma, entonces la meta y objetivo ambiental se encuentran cumplidos. Por lo tanto, en este caso, se verifica una ejecución satisfactoria, independiente de la desviación en su forma de implementación, pues se cumplió el objetivo de protección y cumplimiento.

2. Ejecución de acciones de una forma distinta a la comprometida en el PdC por motivos de oportunidad o conveniencia técnico-ambiental

La sujeción o relevancia de las circunstancias del caso concreto y la finalidad de protección ambiental de los PdC determinan que la SMA debería ponderar discrecionalmente la ejecución de una acción de forma distinta a lo dispuesto expresamente en el instrumento. Precisamente, las acciones pueden llegar a ser ejecutadas mucho tiempo después de la aprobación del PdC, pudiendo cambiar las circunstancias fácticas en ese lapso de tiempo. Por lo tanto, en este contexto, el titular podría ejecutar una acción de una manera diferente a la comprometida, en la medida que el cambio o variación obedezca a razones técnicas de oportunidad o conveniencia en relación con

la finalidad ambiental de la acción. De cualquier modo, lo anterior deberá ser justificado por parte del titular y reportado a la SMA.

Por ejemplo, respecto de una acción asociada a la compensación de emisiones en que se haya comprometido la pavimentación de una determinada calle, la acción podría ser cumplida en un sector aledaño si es que por motivos externos al titular la calle no se encuentre disponible, en la medida que se cumplan con las características comprometidos originalmente para la pavimentación.

3. Importancia de la diligencia del titular en la ponderación de las desviaciones en la ejecución de las acciones del PdC

Los PdC corresponden a instrumentos complejos desde el punto de vista de su ejecución, pues generalmente incorporan acciones que requieren no solamente el impulso del titular, de tal forma que en su ejecución inciden diversas circunstancias externas que escapan del control del regulado y de la propia SMA.

En este sentido, las dificultades del caso concreto y la falta de control absoluto del titular son reconocidos en la "Guía para la presentación de Programas de Cumplimiento por infracciones a instrumentos de carácter ambiental" (julio de 2018) elaborada por la SMA, mediante los denominados "impedimentos" que forman parte del Plan de Acciones de un PdC. En particular, la Guía referida señala que para cada acción principal por ejecutar se debe definir, en caso en que corresponda, los eventuales impedimentos o condiciones ajenas a la voluntad o responsabilidad del titular que podrían imposibilitar la ejecución de la acción dentro del plazo establecido.

Un claro ejemplo de una acción compleja es el ingreso al SEIA y obtención de una RCA favorable o la obtención de permisos y autorizaciones en general (planes de manejo forestal, autorizaciones ante la DGA, entre otros). En particular, en el SEIA participan diversos servicios públicos en el marco de sus variados ámbitos de competencia sectorial, Municipalidades, la ciudadanía e interesados.

En este contexto, para la ponderación del cumplimiento de acciones complejas desde un punto de vista técnico e intervengan voluntades externas al titular, será especialmente relevante la diligencia y esfuerzo del titular que demuestren un interés serio por dar cumplimiento a la acción, lo cual deberá ser examinado por la autoridad ambiental en el caso concreto. Además, en estos casos, también serán importantes las acciones que ejecute el titular, dentro o fuera del PdC, que tengan por objeto precaver las situaciones de riesgo ambiental, haciéndose cargo de las dificultades en la ejecución de la acción compleja. Todo lo anterior deberá ser reportado por el titular a la SMA.

Precisamente, respecto de la ponderación del cumplimiento de acciones que impliquen el ingreso al SEIA para obtener, modificar o complementar una Resolución de Calificación Ambiental, el Segundo Tribunal Ambiental ha

resuelto que se debe considerar la diligencia y gestiones desplegadas por el regulado, debido a la naturaleza del SEIA y las diversas potestades de los órganos que participan durante el procedimiento de evaluación ambiental⁶⁸.

Asimismo, es posible estimar que los plazos contemplados en un PdC respecto de acciones que comprometan el ingreso y aprobación de un proyecto o su modificación en el SEIA, debieran ser considerados por la SMA como una proyección o estimación de la duración del procedimiento de evaluación ambiental, y no un plazo fatal o límite para la obtención de la RCA, considerando la imposibilidad de determinar de antemano la duración de este procedimiento, caracterizado por su contenido altamente técnico y complejo⁶⁹.

Por ejemplo, en el caso de una actividad o proyecto ingresado al SEIA, en que se esté excediendo el tiempo de tramitación comprometido o que incluso se obtenga RCA desfavorable, tales desviaciones pueden resultar irrelevantes desde un punto de vista ambiental si es que existen medidas de protección que descarten una situación de riesgo ambiental (por ejemplo, paralización de obras o límite de producción) y aseguren la finalidad del PdC asociada a la protección del medio ambiente.

4. Impedimentos y dificultades en la ejecución del PdC

Conforme a lo señalado previamente, la ejecución de un PdC, en general, es un asunto complejo, producto de acciones altamente técnicas y sofisticadas, donde intervienen diversos actores distintos del titular, y pueden ocurrir circunstancias ajenas al control del regulado y de la propia SMA, que pueden retrasar o dificultar el cumplimiento de la acción en forma y plazo comprometidos. Este contexto de complejidad que caracteriza la ejecución de los PdC, determina que la ponderación del cumplimiento de una acción debe ser efectuada de manera razonable y fundada⁷⁰.

De esta manera, el análisis de un retraso en la ejecución de una acción radica en verificar, primero, si dicha circunstancia se encuentra debidamente justificada mediante los antecedentes aportados por el titular, y segundo, si se cumplió de igual manera o no el objetivo ambiental de la medida. Si el titular logró el objetivo ambiental y no se evidencia un perjuicio al medio ambiente, el retraso fundado resulta irrelevante, en atención a la finalidad de protección del medio ambiente y de incentivo al cumplimiento ambiental.

⁶⁸ *Aconcagua S.A. y otros con Superintendencia del Medio Ambiente* (2021), c. 39°.

⁶⁹ De acuerdo a los datos presentados por el SEA en su Cuenta Pública Participativa del año 2020, el tiempo promedio para la evaluación ambiental de una DIA fue de 265 días, mientras que en el caso de un EIA fue de 705 días. Anteriormente, en el año 2017, para el caso de las DIA el tiempo de tramitación fue de 328 días en promedio, mientras que para los EIA correspondió a 841 días en promedio. Lo anterior da cuenta de la diferencia que puede haber en la duración de un procedimiento de evaluación ambiental entre el más extenso y el más breve, sino que además su variación con los años producto de la gestión SEA.

⁷⁰ *Inmobiliaria Laderas Ladomar S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2021), c. 19°.

A modo de ejemplo, si existió un retraso fundado en la obtención de un permiso o autorización, respecto de una obra o actividad que se encontraba sin iniciar o paralizada, y por lo tanto sin generar riesgos ambientales, tal retraso resulta irrelevante en relación a la finalidad ambiental del PdC, de manera que el retardo no determina el incumplimiento de la acción.

Sin perjuicio de lo anterior, en términos prácticos, resulta conveniente que durante la ejecución del PdC el titular solicite igualmente a la SMA una ampliación del plazo para la ejecución de la acción, de forma previa al incumplimiento del plazo fijado, acompañando los antecedentes que justifiquen suficientemente las dificultades que impedirán cumplir la acción en la fecha indicada en el PdC. Esta solicitud debería motivar un pronunciamiento expreso de la autoridad, dando certeza al titular para poder ejecutar la acción en un nuevo plazo.

5. Ponderación de los medios de verificación a efectos de determinar la ejecución satisfactoria del PdC

En relación con la reportabilidad y los medios de verificación que deben ser presentados por el titular a fin de acreditar el cumplimiento de las acciones del PdC, la SMA debe ponderar, de conformidad con las reglas de la sana crítica, todos los antecedentes acompañados al procedimiento administrativo mediante cualquier soporte de información válido, incluso si no coinciden plena o formalmente con los medios de verificación comprometidos en el PdC⁷¹. Por lo tanto, la SMA no podría declarar incumplida una acción por la sola falta de plena coincidencia entre los medios de verificación acompañados por el titular y los medios de verificación comprometidos en el PdC, debiendo la autoridad ambiental analizar el fondo de aquellos.

En consecuencia, la existencia de hallazgos o desviaciones respecto de una o más acciones no implica necesariamente el incumplimiento de la acción en particular o del PdC en general, debiendo la SMA ponderar diversos elementos del caso concreto:

- ¿Los hallazgos o desviaciones son del periodo de ejecución comprometido en el PdC o posterior a este?
- ¿Cuál es la entidad de las desviaciones constatadas?
- ¿Hay más de una acción asociada al cargo y meta? En caso de ser así, ¿es posible distinguir alguna acción principal que tenga una relevancia superior respecto de otras secundarias?
- ¿Cuál es el nivel de cumplimiento de la acción o acciones analizadas?
- ¿Se cumplió el objetivo ambiental de la medida?
- ¿Cuál fue el grado de diligencia en la ejecución de la acción?

⁷¹ *Inmobiliaria Laderas Ladomar S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2021), c. 51°.

En definitiva, la decisión de la autoridad será eminentemente casuística de acuerdo al contexto y circunstancias del caso concreto, existiendo un grado de discrecionalidad y espacio de ponderación sobre los hallazgos o desviaciones en la ejecución del PdC. En este sentido, es posible estimar que la SMA debiera motivar con un estándar mayor o reforzado su ponderación respecto de los hallazgos detectados, ya sea que estos sean considerados relevantes tanto para la determinación de la ejecución satisfactoria como insatisfactoria.

IX. Impugnabilidad de la resolución de la SMA que declara la ejecución satisfactoria o insatisfactoria del PdC ante los Tribunales Ambientales

El contencioso administrativo ambiental asociado a la reclamación en contra de las resoluciones de la SMA se encuentra establecido en el artículo 17 N°3 de la Ley N° 20.600, el cual dispone que «Los tribunales ambientales son competentes para: (...) 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». Por su parte, el artículo 56 de la LOSMA señala que: “Los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, podrán reclamar de las mismas, dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la notificación, ante el Tribunal Ambiental”. Se evidencia que ninguna de las dos normas establece una limitación para impugnar judicialmente los actos administrativos dictados por la SMA en relación a la categoría o naturaleza jurídica del respectivo acto administrativo.

En este contexto, para determinar cuáles resoluciones de la SMA son reclamables ante los Tribunales Ambientales, parte de la doctrina⁷², los propios Tribunales Ambientales⁷³ y la Corte Suprema⁷⁴ han concluido que corresponde aplicar en forma supletoria los artículos 15 y 18 de la Ley N° 19.880. En este sentido, el artículo 18 de la Ley N° 19.880 distingue entre actos administrativos trámites y actos administrativos terminales o decisorios. En particular, los

⁷² BERMÚDEZ 2014a, 531-532.

⁷³ *Comunidad Indígena Aymara de Quillagua y otro con Superintendencia del Medio Ambiente* (2020), c. 161° y 162°. *Hugo Rafael Velozo Rencoret con Superintendencia del Medio Ambiente* (2018), c. 63° y 64°. *Juan Alberto Pastene Solís con Superintendencia del Medio Ambiente* (2020), c. 11°. *Maite Birke Abaroa con Superintendencia del Medio Ambiente* (2021), c. 8° y 9°. *Sociedad Contractual Minera Corporación de Desarrollo del Norte en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente* (2017), c. 17° y 18°. *Andrés Alejandro León Cabrera con Superintendencia del Medio Ambiente* (2016), c. 11°. *Inversiones e Inmobiliaria Pilolcura Limitada con Superintendencia del Medio Ambiente* (2022), c. 20° y 21°. *Sociedad Agrícola Kuriñanco Limitada con Superintendencia del Medio Ambiente* (2022), c. 20° y 21°. *Ilustre Municipalidad de Ancud con Superintendencia del Medio Ambiente* (2022), c. 26° y 27°.

⁷⁴ *Empresa Nacional de Electricidad S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2016), c. 8°, 9°, 10° y 12°. *Sociedad Agrícola El Tranque de Angostura Limitada con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017), c. 12° y 13°. *Ana Stipic Escauriaza con Superintendencia del Medio Ambiente* (2018), c. 8° y 9°.

actos trámites “son aquellos actos intermedios cuyo objeto es servir de base a la progresión del procedimiento, a fin de producir un acto terminal”⁷⁵. Por otro lado, el acto terminal corresponde a aquel “que pone fin al procedimiento administrativo y en la que se contiene la decisión de las cuestiones planteadas por los interesados o por la propia Administración Pública”⁷⁶ o que causa efectos equivalentes a los propios de una resolución definitiva⁷⁷.

La distinción entre actos administrativos terminales y trámite resultaría relevante para determinar cuáles resoluciones de la SMA pueden ser impugnadas judicialmente, pues de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley N° 19.880, la posibilidad de impugnar los actos trámites dictados por la autoridad ambiental se encuentra limitada a aquellos que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión⁷⁸.

Al respecto, la resolución que declara la ejecución satisfactoria de un PdC tiene la naturaleza jurídica de un acto terminal, pues justamente pone término al procedimiento administrativo conforme al artículo 42 de la LOSMA y artículo 13 del Reglamento, logrando el incentivo dispuesto por el legislador. Por lo tanto, siendo un acto terminal, es revisable en el contencioso-administrativo ante los Tribunales Ambientales. Precisamente, la Corte Suprema ha concluido en este sentido que “el término anormal del procedimiento administrativo, determinado por la aprobación y ejecución de un programa de cumplimiento, puede ser controlado por los tribunales ambientales, en virtud de la acción prevista en el artículo 17 N° 3 de la Ley N° 20.600”⁷⁹.

Por su parte, la resolución que declara el incumplimiento de un PdC corresponde a un acto trámite cualificado, debido a la relevancia de sus efectos en el procedimiento administrativo⁸⁰. Ciertamente, la determinación de la ejecución insatisfactoria de las acciones y metas del PdC, marca el término de la instancia de promoción al cumplimiento, la reanudación del procedimiento sancionatorio y faculta a la SMA a sancionar con una multa de hasta el doble a la que hubiere correspondido a la infracción original. Al respecto, el Segundo Tribunal Ambiental ha relevado que la consolidación de los efectos derivados del incumplimiento o ejecución insatisfactoria del PdC puede pro-

⁷⁵ VALDIVIA 2018, 207.

⁷⁶ BERMÚDEZ 2014b, 142-143.

⁷⁷ CORDERO 2015, 254.

⁷⁸ En un sentido contrario, los profesores Andrés Bordalí e Iván Hunter han señalado que la regla de impugnabilidad dispuesta en el artículo 15 de la Ley N° 19.880 regula la impugnación administrativa pero no la impugnación jurisdiccional, que estará siempre abierta al ciudadano: Bordalí y Hunter 2020, 363. Por su parte, la profesora Marie Claude Plumer, ha precisado que no existiría acto administrativo de la SMA, dictado en el ejercicio de sus potestades fiscalizadoras y sancionatorias, que no se encuentren sometidos a eventual control jurisdiccional de los Tribunales Ambientales: Plumer 2013, 315.

⁷⁹ *Juan Alberto Pastene Solís con Superintendencia del Medio Ambiente* (2018), c. 29°.

⁸⁰ En un sentido contrario, el profesor Francisco Pinilla ha señalado que los actos administrativos asociados a la aprobación y ejecución de los PdC corresponderían a actos terminales y no a actos trámite cualificados: PINILLA 2022, 240.

ducir la indefensión del regulado, lo cual justifica la posibilidad que este aspecto pueda ser revisado judicialmente⁸¹. En consecuencia, resulta razonable que un Tribunal Ambiental pueda revisar esta decisión de la SMA, producto de los potenciales efectos perjudiciales que genera la declaración del incumplimiento del PdC para el presunto infractor.

En definitiva, tanto las resoluciones que declaren la ejecución satisfactoria como aquellas que determinan la ejecución insatisfactoria de un PdC pueden ser revisados por los Tribunales Ambientales mediante la reclamación judicial dispuesta en el artículo 17 N° 3 de la Ley N° 20.600 y artículo 56 de la LOSMA, pues son un acto terminal y un acto trámite cualificado, respectivamente.

Conclusiones

La presentación y ejecución satisfactoria de un PdC presenta los siguientes incentivos o beneficios: (i) el procedimiento sancionatorio concluye sin la imposición de una sanción; (ii) evitar un efecto negativo en su reputación o prestigio; y, (iii) reconducir su conducta con la seguridad que la ejecución del PdC aprobado permitirá volver al cumplimiento de la normativa estimada infringida y abordar los efectos negativos imputados o constatados.

Por lo tanto, resulta fundamental conocer en qué consiste o qué es la ejecución satisfactoria de un PdC. Conforme al artículo 2 letra c) del Reglamento, corresponde al cumplimiento íntegro, eficaz y oportuno de las acciones y metas del PdC. Considerando la definición reglamentaria previa, entonces ¿la ejecución satisfactoria significa el cumplimiento íntegro e irrestricto de todas y cada una de las acciones y metas del PdC o existe un espacio de discrecionalidad en la ponderación? Aun cuando no exista regulación legal ni reglamentaria con criterios para la determinación respecto de si un PdC fue ejecutado satisfactoria o insatisfactoriamente, existe un margen de discrecionalidad respecto los eventuales hallazgos o desviaciones en relación al texto expreso del PdC.

En este sentido, para determinar la ejecución satisfactoria o insatisfactoria de un PdC, la SMA debe tener presente las circunstancias de hecho del caso concreto, a la luz de las reglas de la sana crítica (artículo 51 de la LOSMA) y actuando conforme al principio de razonabilidad. Junto con la relevancia o sujeción de las circunstancias del caso, la autoridad ambiental debe tener presente también su finalidad de incentivo al cumplimiento ambiental y de protección del medio ambiente.

De esta manera, para la determinación de la ejecución satisfactoria del PdC, es posible estimar que algunas acciones serán más trascendentales que otras, desde el punto de vista de su aporte en alcanzar el objetivo ambiental. Asimismo, la finalidad de protección del medio ambiente, implicaría privile-

⁸¹ *Aconcagua S.A. y otros con Superintendencia del Medio Ambiente* (2021), considerando 12°. *Inmobiliaria Laderas Ladomar S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2021), c. 11°.

giar el cumplimiento sustancial de los objetivos ambientales y metas por sobre las formalidades que no sean relevantes para estos efectos.

Además, cabe tener presente que algunas acciones pueden iniciar su ejecución mucho tiempo después de la aprobación del PdC, pudiendo cambiar las circunstancias de hecho o jurídicas en ese lapso de tiempo. En este contexto, es posible estimar que el titular podría ejecutar una acción de una manera diferente a la comprometida, en la medida que el cambio o variación obedezca a razones técnicas de oportunidad o conveniencia en relación a la finalidad ambiental de la acción, atendida la finalidad del PdC de protección del medio ambiente y de incentivo al cumplimiento.

Por su parte, para la ponderación del cumplimiento de acciones complejas donde intervengan voluntades externas al titular, será especialmente relevante la diligencia y esfuerzo del titular que demuestren un interés serio por dar cumplimiento a la acción, lo cual deberá ser examinado por la autoridad ambiental en el caso concreto. Además, en estos casos complejos, también serán importantes las acciones que ejecute el titular, dentro o fuera del PdC, que tengan por objeto precaver las situaciones de riesgo ambiental, haciéndose cargo de las dificultades en la ejecución de la acción compleja.

Asimismo, el análisis de un retraso en la ejecución de una acción radica en verificar, primero, si dicha circunstancia se encuentra debidamente justificada mediante los antecedentes aportados por el titular, y segundo, si se cumplió de igual manera o no el objetivo ambiental de la medida. Si el titular logró el objetivo ambiental y no se evidencia un perjuicio al medio ambiente, el retraso fundado resulta irrelevante, en atención a la finalidad de protección del medio ambiente y de incentivo al cumplimiento ambiental.

En definitiva, la decisión de la autoridad será eminentemente casuística de acuerdo al contexto y circunstancias del caso concreto, existiendo un grado de discrecionalidad y espacio de ponderación sobre los hallazgos o desviaciones en la ejecución del PdC. Producto de lo anterior, es posible estimar que la SMA debiera motivar con un estándar mayor o reforzado su decisión.

En relación con la reportabilidad y los medios de verificación que deben ser presentados por el titular para acreditar el cumplimiento de las acciones del PdC, la SMA debe ponderar, de conformidad con las reglas de la sana crítica, todos los antecedentes acompañados al procedimiento administrativo, incluso si no coinciden plena o formalmente con los medios de verificación comprometidos en el PdC, pues lo relevante es la ejecución de la acción y no los posibles defectos formales de reportabilidad. Por lo tanto, la SMA no podría declarar incumplida una acción por la sola falta de plena coincidencia entre los medios de verificación acompañados por el titular y los medios de verificación comprometidos en el PdC, debiendo la autoridad ambiental analizar el fondo de aquellos. Ciertamente, en atención a la finalidad de incentivo al cumplimiento que caracteriza al PdC, lo relevante es la ejecución de la acción y no las deficiencias formales en la reportabilidad.

Por otro lado, si la SMA estima incumplido el PdC, declarará su ejecución insatisfactoria, generando los siguientes efectos: (i) término de la instancia de promoción al cumplimiento; (ii) reinicio del procedimiento sancionatorio en el momento previo a la etapa de descargos y prueba; y, (iii) la SMA queda facultada para imponer hasta el doble de la multa asociada a las infracciones imputadas en la formulación de cargos, salvo que haya mediado autodenuncia.

Finalmente, tanto las resoluciones que declaren la ejecución satisfactoria como aquellas que determinan la ejecución insatisfactoria de un PdC pueden ser revisadas en el contencioso-administrativo ante los Tribunales Ambientales, pues son un acto terminal y un acto trámite cualificado, respectivamente.

Bibliografía citada

- ASTORGA JORQUERA, Eduardo (2017). *Derecho Ambiental Chileno* (5ª Edición). Thomson Reuters.
- BERGAMINI LADRÓN DE GUEVARA, Kay y PÉREZ MUÑOZ, Cristián (2015). Fiscalización y cumplimiento ambiental en Chile: principales avances, desafíos y tareas pendientes. *EURE*, 41(124), 267-277.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014a). *Fundamentos de Derecho Ambiental* (2º Edición). Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014b). *Derecho Administrativo General* (3ª Edición). Thomson Reuters.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y HUNTER AMPUERO, Iván (2020). *Contencioso Administrativo Ambiental* (2º Edición). Editorial Librotecnia.
- CORDERO VEGA, Luis (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo* (2ª Edición). Thomson Reuters.
- GARCÍA MACHMAR, William y SOTO MONTEVERDE, Francisca (2021). Los programas de cumplimiento en materia ambiental y el problema del impacto del cambio de circunstancias en su eficacia, *Revista De Derecho Administrativo Económico*, 33, 185-226.
- GUZMÁN ROSEN, Rodrigo (2012). *Derecho Ambiental Chileno. Principios, Instituciones, Instrumentos de Gestión*. Planeta Sostenible EIRL.
- HERVÉ ESPEJO, Dominique y PLUMER BODIN, Marie Claude (2019). Instrumentos para una intervención institucional estratégica en la fiscalización, sanción y cumplimiento ambiental: El caso del programa de cumplimiento, *Revista De Derecho Universidad De Concepción*, 87(245), 11-49.
- GALLEGUILLOS ALVEAR, María Victoria (2017). Superintendencia del Medio Ambiente, Infractor y Denunciante en el Procedimiento de Programas de Cumplimiento Ambiental, *Revista de Derecho Ambiental*, 7, 161-176.
- OSORIO VARGAS, Cristóbal (2017). *Manual de procedimiento administrativo sancionador. Parte general* (2º Edición). Thomson Reuters.
- OSSANDÓN ROSALES, Jorge (2015). Incentivos al Cumplimiento Ambiental. Editorial Libromar.
- PINILLA RODRÍGUEZ, Francisco (2022). Aplicación y contenido de los programas de cumplimiento. En Juan Carlos Ferrada Bórquez (Dir.), *Las Justicia Ambiental ante la jurisprudencia. Actas de las III Jornadas de Justicia Ambiental* (235-258). DER Ediciones.
- PLUMER BODIN, Marie Claude, Espinoza Galdames, Ariel y Muhr Altamirano, Benjamín (2018). El Programa de Cumplimiento: Desarrollo actual e importancia del instrumento para la solución de conflictos ambientales, *Revista de Derecho Ambiental*, 9, 209-236.
- PLUMER BODIN, Marie Claude (2013). Los Tribunales Ambientales: se completa la reforma a la institucionalidad ambiental. En Javier Couso Salas (Dir.), *Anuario de Derecho Público* 2013, 297-315. Ediciones Universidad Diego Portales.
- SOTO DELGADO, Pablo (2016). Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. *Ius et Praxis*, 22 (2), 189-226.
- VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Tirant lo Blanch.

Jurisprudencia citada

- Aconcagua S.A. y otros con Superintendencia del Medio Ambiente* (2021): Segundo Tribunal Ambiental, 3 de febrero de 2021 (Rol R-207-2019). [Reclamo de ilegalidad].
- Ana Stipicic Escariza con Superintendencia del Medio Ambiente* (2018): Corte Suprema, 29 de agosto de 2018 (Rol N° 3.572-2018). [Recurso de casación en la forma y en el fondo].
- Andrés Alejandro León Cabrera con Superintendencia del Medio Ambiente* (2016): Segundo Tribunal Ambiental, 20 de octubre de 2017 (Rol R-132-2016). [Reclamo de ilegalidad].
- Andrés Alejandro León Cabrera con Superintendencia del Medio Ambiente* (2020): Segundo Tribunal Ambiental, 11 de agosto de 2020 (Rol R-199-2018). [Reclamo de ilegalidad].
- Antofagasta Terminal Internacional S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017): Corte Suprema, 6 de diciembre de 2017 (Rol N° 88.948-2016). [Recurso de casación en la forma y en el fondo].
- Compañía Minera Nevada con Superintendencia del Medio Ambiente* (2022): Corte Suprema, 12 de julio de 2022 (Rol N° 127.275-2020). [Recurso de casación en la forma y en el fondo].
- Compañía Minera Nevada SpA con Superintendencia del Medio Ambiente* (2016): Segundo Tribunal Ambiental, 30 de diciembre de 2016 (Rol R-75-2015). [Reclamo de ilegalidad].
- Comunidad Indígena Atacameña de Peine con Superintendencia del Medio Ambiente* (2019): Primer Tribunal Ambiental, 26 de diciembre de 2019 (Rol R-17-2019). [Reclamo de ilegalidad].
- Comunidad Indígena Aymara de Quillagua y otro con Superintendencia del Medio Ambiente* (2020): Primer Tribunal Ambiental, 27 de octubre de 2020 (Rol R-21-2019). [Reclamo de ilegalidad].
- Ecomaule S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017): Segundo Tribunal Ambiental, 2 de febrero de 2017 (Rol R-112-2016). [Reclamo de ilegalidad].
- Ecomaule S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2018): Corte Suprema, 22 de mayo de 2018 (Rol N° 8.456-2017). [Recurso de casación en la forma y en el fondo].
- Empresa Nacional de Electricidad S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2016): Corte Suprema, 27 de septiembre de 2016 (Rol N° 5.328-2016). [Recurso de casación en la forma y en el fondo].
- Hugo Rafael Velozo Rencoret con Superintendencia del Medio Ambiente* (2018): Segundo Tribunal Ambiental, 14 de septiembre de 2018 (Rol R-153-2017). [Reclamo de ilegalidad].
- Ilustre Municipalidad de Ancud con Superintendencia del Medio Ambiente* (2022): Tercer Tribunal Ambiental, 18 de enero de 2022 (Rol R-9-2021). [Reclamo de ilegalidad].
- Inmobiliaria Laderas Ladomar S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2021): Segundo Tribunal Ambiental, 14 de julio de 2021 (Rol R-239-2020). [Reclamo de ilegalidad].
- Inversiones e Inmobiliaria Pilolcura Limitada con Superintendencia del Medio Ambiente* (2022): Tercer Tribunal Ambiental, 24 de agosto de 2022 (R-23-2022). [Reclamo de ilegalidad].
- Juan Alberto Pastene Solís con Superintendencia del Medio Ambiente* (2018): Corte Suprema, 5 de marzo de 2018 (Rol N° 11.485-2017). [Recurso de casación en la forma y en el fondo].
- Juan Alberto Pastene Solís con Superintendencia del Medio Ambiente* (2020): Segundo Tribunal, 29 de abril de 2020 (Rol R-170-2018). [Reclamo de ilegalidad].
- Junta de Vecinos Kamac-Mayu N° 19 con Superintendencia del Medio Ambiente* (2021): Primer Tribunal Ambiental, 8 de octubre de 2021 (Rol R-42-2021). [Reclamo de ilegalidad].
- Maite Birke Abaroa con Superintendencia del Medio Ambiente* (2021): Segundo Tribunal Ambiental, 3 de noviembre de 2021 (Rol R-183-2018). [Reclamo de ilegalidad].
- Sociedad Agrícola El Tranque de Angostura Limitada con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017): Corte Suprema, 27 de diciembre de 2017 (Rol N° 18.341-2017). [Recurso de casación en la forma y en el fondo].
- Sociedad Agrícola Kuriñanco Limitada con Superintendencia del Medio Ambiente* (2022): Tercer Tribunal Ambiental, 24 de agosto de 2022 (Rol R-22-2022). [Reclamo de ilegalidad].

Sociedad Contractual Minera Corporación de Desarrollo del Norte en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente (2017): Segundo Tribunal Ambiental, 29 de septiembre de 2017 (Rol R-82-2015). [Reclamo de ilegalidad].

Sociedad Química y Minera de Chile S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente (2018): Segundo Tribunal Ambiental, 21 de agosto de 2018 (Rol R-160-2017). [Reclamo de ilegalidad].

Víctor Barría Oyarzo con Superintendencia del Medio Ambiente (2017): Corte Suprema, 3 de julio de 2017 (Rol N° 67.418-2016). [Recurso de casación en el fondo].

Evaluación ambiental y modificación de proyectos: notas para su adecuada comprensión

Environmental assessment of projects and its modifications:
notes for its proper understanding

Edesio Carrasco Quiroga¹
Carlo Sepúlveda Fierro²
Mario Arrué Canales³
Maximiliano Alfaro González⁴

Es común que a lo largo de su vida útil y en las distintas etapas de su ejecución, los proyectos de inversión requieran realizar modificaciones y ajustes en algunas de sus características, procesos u operaciones. Ello debido a múltiples razones, tales como el avance del desarrollo de la ingeniería, ampliaciones, modernizaciones, necesidades del mercado, entre muchas otras. El presente artículo tiene por finalidad comprender el sentido y al-

It is common for investment projects to require modifications and adjustments to some of their characteristics, processes or operations throughout their useful life and in the different stages of their execution. This is due to multiple reasons, such as the progress of engineering development, expansions, modernizations, market needs, among many others. The purpose of this article is to

RESUMEN / ABSTRACT

¹ Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de postgrado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica y de la Universidad del Desarrollo. Máster en Derecho (LLM), Universidad de California, Berkeley, Estados Unidos. Doctorando en Universidad de Barcelona, España. Correo electrónico: ecarrasc@uc.cl. Dirección postal: Isidora Goyenechea 3250, piso 8, Las Condes, Santiago, Chile.

² Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Derecho Ambiental, Universidad de Chile. Diplomado en Litigación Administrativa, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: csepulveda@scyb.cl. Dirección postal: Isidora Goyenechea 3250, piso 8, Las Condes, Santiago, Chile.

³ Ingeniero Ambiental, Universidad de Valparaíso. Abogado, Universidad Central. Correo electrónico: marrue@scyb.cl. Dirección postal: Isidora Goyenechea 3250, piso 8, Las Condes, Santiago, Chile.

⁴ Abogado, Universidad de Chile. Diplomado en Derecho Ambiental, Universidad de Chile. Diplomado en Argumentación Jurídica y Razonamiento Probatorio, Instituto de Estudios Judiciales. Correo electrónico: malfaro@scyb.cl. Dirección postal: Isidora Goyenechea 3250, piso 8, Las Condes, Santiago, Chile.

Artículo recibido el 12 de octubre y aceptado el 21 de diciembre de 2022.

cance de las modificaciones a proyectos en el ámbito específico del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), aportando elementos que contribuyan a este análisis. Lo anterior, en razón a que todo proyecto, en caso de verse modificado, puede enfrentar dificultades en el cumplimiento estricto de las condiciones sobre cuya base se otorgó la autorización ambiental, dado que éstas poseen un carácter más bien rígido. Para ello, se analizan sus principales elementos y se examina la jurisprudencia judicial y precedentes administrativos de interés para la adecuada comprensión de esta institución, especialmente en cuanto a la infracción de no evaluar ciertos cambios que tengan dicha entidad. Se termina con las conclusiones de rigor.

Palabras clave: Evaluación ambiental, modificación de proyectos, infracción ambiental.

comprehend the correct meaning and scope of the modifications of projects under the Environmental Impact Assessment System (SEIA), providing elements that contribute to this analysis. The aforementioned, on the grounds that all projects, in case of being modified, may face difficulties in order to fulfill the conditions on which basis the environmental authorization was granted, given that they have a rather rigid character. In that sense, the article analyzes its main elements and the judicial and administrative opinions for the proper understanding of this institution, especially regarding the infraction of not assessing certain changes. It ends with the conclusions.

Keywords: Environmental Assessment, modification of projects, environmental infraction.

Introducción

Durante el proceso de evaluación de impacto ambiental, los titulares de proyectos o actividades deben informar a la autoridad las características detalladas de los mismos, para todas sus fases de desarrollo, ya sea, construcción, operación y cierre. Dicha descripción debe contener aspectos tales como las partes, obras y acciones que los componen, emplazamientos específicos, superficies, procesos, volúmenes, capacidades, insumos, residuos, descargas, entre varias otras materias.

De esta manera y en razón de esa información, además de aquella concerniente a la evaluación de impactos ambientales, la autoridad ambiental emite la calificación ambiental que contiene las normas, condiciones y medidas sobre cuya base puede ejecutarse el proyecto.

Sin embargo, los proyectos no son rígidos e inamovibles, sino que evolucionan, pues, atendidas diversas variables y causas sobrevinientes, deben introducir cambios de distinta magnitud en sus partes, obras o acciones, los que pueden diferir de lo informado y evaluado por la autoridad ambiental.

Es por este motivo que, a nivel legal y reglamentario, la normativa ambiental reconoce expresamente la existencia de este tipo de modificaciones, las que, dependiendo de su naturaleza y magnitud, pueden requerir eventualmente tener que ingresar nuevamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) a fin obtener una nueva aprobación ambiental.

En ese sentido, la modificación de proyectos en el SEIA es un asunto técnico y normativamente complejo, que no ha sido objeto de mayor estudio por la doctrina nacional. Si bien se ha revisado el procedimiento de evaluación ambiental, sus efectos y el control al que han estado sujetas las Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA) por parte de los tribunales, no ha sido materia de mayor estudio cuándo una modificación de un proyecto o actividad debe evaluarse ambientalmente, tanto en su dimensión legal y técnica.

En ese contexto, el presente trabajo pretende contribuir al estudio de los límites de una modificación de un proyecto o actividad, para la adecuada comprensión de esta institución, configurando sus principales elementos, abarcando sus aspectos controvertidos y aportando elementos que puedan ayudar a resolver aquellas materias dudosas.

Con tal objetivo, se revisarán los principales aspectos del SEIA, estudiando las causales de ingreso. Asimismo, se revisan las modificaciones de proyectos que requieren evaluación ambiental, analizando el concepto de cambio de consideración y las implicancias de un cambio a un proyecto o actividad ya evaluado ambientalmente, incluyendo casos prácticos ilustrativos y cierta información estadística, poniendo en contexto sus alcances.

Se examina, asimismo, el rol que cumple la Superintendencia de Medio Ambiente (SMA) como órgano a cargo de la fiscalización y sanción ambiental en este ámbito, en la cual recae la facultar exclusiva de determinar una hipótesis de elusión del SEIA. Se termina con las conclusiones de rigor, explicando el correcto sentido y alcance de este ámbito de regulación.

I. Consideraciones generales respecto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

Dentro de los instrumentos de gestión ambiental creados con la dictación de la Ley N° 19.300 (LBGMA), se creó el SEIA, que entró en vigencia con la dictación del primer Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, esto es, el 3 de abril de 1997, fecha a partir de la cual comenzó a regir la obligatoriedad de los procedimientos de evaluación de impacto ambiental. En un principio, la LBGMA estableció que el organismo encargado de la gestión y administración del SEIA, correspondería a la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA).

Posteriormente, y con la dictación de la Ley N° 20.417 en el año 2010, se modificó la LBGMA, reformando la institucionalidad ambiental vigente, creándose las siguientes entidades: (i) una Secretaría de Gobierno encargada, entre otros aspectos, de la creación y gestión de políticas ambientales, materias que quedarían radicadas en el nuevo Ministerio del Medio Ambiente; (ii) el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), cuya principal tarea sería la administración y coordinación del SEIA; y, (iii) la SMA, encargada, entre otras funciones, del seguimiento y fiscalización de los instrumentos de carácter ambiental, además de sancionar incumplimientos a tales instrumentos. Por

su parte, los Tribunales Ambientales entrarían en vigencia seis meses después de entrada en vigencia Ley N° 20.600, a fines de 2012, cuyo objeto es controlar la legalidad de las decisiones que adopten los organismos antes descritos.

Doctrinalmente, se ha señalado que el SEIA constituye *“una técnica que, a través de la aplicación de determinadas metodologías, y sobre la base de las características del espacio geográfico donde se emplazará un cierto emprendimiento económico, introduce elementos multidisciplinarios que permiten predecir de una forma más o menos precisa los efectos que un proyecto o actividad puede provocar sobre el medio ambiente en cada una de sus etapas (construcción, operación y abandono)”*⁵.

De esta forma, a grandes rasgos, el SEIA corresponde a un instrumento de gestión ambiental, administrado por el SEA, siendo una de las principales manifestaciones del principio preventivo⁶, que tiene como objetivo primordial determinar si un proyecto o actividad de inversión cumple o no con la normativa ambiental vigente, previa evaluación de sus impactos, prediciendo de manera prospectiva dichos efectos sobre los principales componentes del medio ambiente: aire, suelo, agua, biodiversidad, patrimonio y medio humano. Es decir, mediante la evaluación ambiental se busca conocer, de forma previa y con la mayor determinación posible, los efectos para el medio ambiente que se pudieran derivar de un proyecto⁷. En definitiva, se incorpora la variable ambiental en la toma de decisiones sobre la viabilidad de un proyecto⁸.

Específicamente, la finalidad del SEIA ha sido desarrollada por la doctrina nacional, desde la interpretación de dos posibles vertientes. Una de carácter procedimental o legal, que tiene como objetivo *“(...) la obtención de los permisos ambientales sectoriales, en los casos en que la actividad o proyecto se adecúe al ordenamiento jurídico ambiental”*⁹; y otra, de carácter ambiental o material, referida *“(...) al examen y valoración de los impactos ambientales que la actividad o proyecto supone, lo que conducirá a la calificación ambiental del proyecto”*¹⁰.

En particular, la evaluación de impacto ambiental se encuentra conceptualizada en el literal j) del artículo 2° de la LBGMA, como *“el procedimiento, a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental, que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes”*.

En este contexto, de acuerdo al artículo 9° de la LBGMA, los titulares de proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental deberán in-

⁵ GUZMÁN 2012, 130.

⁶ COSTA 2013, 202.

⁷ ESTEVE 2017 ,77.

⁸ GARRIDO, 260.

⁹ BERMÚDEZ 2014, 276.

¹⁰ Ibidem.

gresar al SEIA cuando estén listados en el artículo 10 de la misma ley, presentando una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) o un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), según concurren o no alguna de las hipótesis previstas en el artículo 11 de la LBGMA. La presentación de una DIA o un EIA para ingresar al SEIA, deberá realizarse ante la Comisión de Evaluación Regional o ante la Dirección Ejecutiva del SEA, dependiendo si el proyecto puede o no causar impactos ambientales en zonas que se sitúen en distintas regiones del país.

Durante la evaluación ambiental, en base a los pronunciamientos de los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental (OAE-CA), el SEA emitirá uno o más actos administrativos denominados Informes Consolidados de Solicitudes, Aclaraciones, Rectificaciones y/o Ampliaciones (ICSARA), el que debe ser respondido por el titular mediante las denominadas Adendas. Precisamente, se ha señalado en este sentido que el SEIA es un procedimiento complejo con un propósito integrador manifestado en la existencia de un conjunto de informes sectoriales que sirven de base a la evaluación¹¹, participando diversos OAECA en el ámbito de sus competencias técnicas propias altamente especializadas.

Tras subsanar las aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones por parte del titular, el SEA emitirá un Informe Consolidado de Evaluación (ICE), el cual recomendará que el proyecto sea calificado de forma favorable o desfavorable.

Finalmente, en el marco del procedimiento de evaluación, la Comisión de Evaluación Regional o el director ejecutivo del SEA, según corresponda, dictará un acto terminal, contenido en una Resolución de Calificación Ambiental (RCA), el que calificará el proyecto ambientalmente favorable o desfavorable, solo en virtud de la recomendación del ICE en lo que dice relación con los aspectos normados en la legislación ambiental vigente.

Al respecto, es necesario precisar que el SEIA se enmarca dentro de un sistema de obtención de permisos para la ejecución de proyectos o actividades, de forma que, al obtener la autorización, no solamente se está autorizando el EIA o la DIA, sino que se aprueba la posibilidad de realizar tal proyecto o actividad¹². Dicho en otras palabras, la RCA favorable, en tanto autorización administrativa, *"permite a los particulares el ejercicio de una actividad, previa comprobación de su adecuación al ordenamiento jurídico y valoración del interés público afectado"*¹³.

Ante una calificación desfavorable, o en el caso que la RCA establezca condiciones al Proyecto, el titular podrá reclamar administrativamente ante la Dirección Ejecutiva del SEA, cuando haya presentado una DIA, o ante el Comité de Ministros, en el caso que haya presentado un EIA. Asimismo, también podrán interponer tales recursos las personas cuyas observaciones ciudadanas no hubieran sido debidamente consideradas en los fundamentos

¹¹ CORDERO 2015, 269.

¹² URRUTIA 1998, 12.

¹³ LAGUNA 2006, 53.

de la RCA. En cualquiera de los tres casos, la resolución será reclamable ante el Tribunal Ambiental respectivo.

II. Causales de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

De conformidad con las disposiciones de la LBGMA, los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental solo pueden ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental. En este contexto, y de acuerdo a la regulación ambiental, los proyectos susceptibles de causar impacto ambiental en cualquiera de sus fases¹⁴, que deberán someterse de forma obligatoria al SEIA, son aquellos que se encuentran enumerados en el artículo 10 de la LBGMA, el que contiene un listado imperativo y taxativo de los proyectos o actividades que deben ser evaluados ambientalmente. En este sentido, precisamente se ha señalado que el SEIA obedece al modelo europeo, basado en un catálogo de proyectos, actividades, obras o instalaciones que, conforme a sus magnitudes, deben obligatoriamente someterse a evaluación ambiental¹⁵. De esta manera, todos aquellos proyectos o actividades que se encuentren fuera de las descripciones realizadas en tales disposiciones quedarán eximidos del SEIA¹⁶.

A su vez, el detalle de las tipologías del artículo 10 de la LBGMA, está desarrollado en el artículo 3° del Decreto Supremo N° 40 de 2012 que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA).

Sin embargo, es importante considerar que el antedicho artículo 10 de la LBGMA, ha sido objeto de modificaciones en torno a las tipologías de proyectos que requieren someterse al SEIA, siendo destacable la incorporación de la de la letra s) del artículo 10¹⁷, que considera el ingreso obligatorio al SEIA de aquellas obras o actividades que puedan generar una afectación a los humedales urbanos, en concordancia con la Ley N° 21.202, publicada con fecha 23 de enero de 2020, que protege los Humedales Urbanos.

Resulta de especial relevancia observar que dicho literal se aparta de la metodología que exige una mera comprobación de umbrales, guarismos o circunstancias concretas, trasladando el análisis del ingreso al SEIA, a la evaluación de posibles alteraciones físico-químicas, a los componentes bióticos

¹⁴ FERNÁNDEZ 2017, 213-214: "(...) en general, las principales fases de un proyecto comprenden el inicio del proyecto (instalación faenas), desarrollo, término del proyecto y abandono de la faena, los proyectos o actividades señalados en el artículo citado solo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental (art. 8)".

¹⁵ ASTORGA 2000, 103.

¹⁶ BERMÚDEZ 2014, 304. En el mismo sentido: ASTORGA 2017, 163.

¹⁷ Ley N° 19.300, artículo 10 letra s): "Ejecución de obras o actividades que puedan significar una alteración física o química a los componentes bióticos, a sus interacciones o a los flujos ecosistémicos de humedales que se encuentran total o parcialmente dentro del límite urbano, y que impliquen su relleno, drenaje, secado, extracción de caudales o de áridos, la alteración de la barra terminal, de la vegetación azonal hídrica y ripariana, la extracción de la cubierta vegetal de turberas o el deterioro, menoscabo, transformación o invasión de la flora y la fauna contenida dentro del humedal, indistintamente de su superficie".

o flujos ecosistémicos de los humedales urbanos, vale decir, establece un criterio de evaluación de impactos, flexible e interpretable y con ello, cede espacio a la indeterminación y discrecionalidad. Por lo tanto, la Ley N° 21.202, innova respecto del sistema de ingreso por tipología, pues esta causal se encuentra dispuesta bajo la lógica de impacto ambiental o susceptibilidad de afectación y no en clave tipo de proyecto o umbral¹⁸.

A este respecto, es importante hacer notar que la protección de los humedales constituye una excepción legal al sistema reglado de tipologías en base a guarismos, que nace de la decisión del legislador de dar resguardo a tales cuerpos de agua, atendida la complejidad de sus flujos ecosistémicos.

Sumado a lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha ido construyendo una argumentación en un sentido similar, habiendo determinado la obligación de ingreso al SEIA con base a la posibilidad de causar impactos que requieren ser evaluados en el marco del sistema pese a no superarse los umbrales del artículo 3° del RSEIA.

De esta manera, la Corte Suprema ha resuelto que: “[...]los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental no son únicamente aquellos enumerados en el artículo 10 de la Ley N° 19.300 y en el artículo 3° del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Dichas disposiciones, solo señalan aquéllos en que resulta obligatorio para el desarrollador someterlos al sistema de evaluación de impacto ambiental, pero no se excluye la posibilidad de que otros proyectos puedan ser también evaluados”¹⁹.

A modo de ejemplo, respecto de los proyectos que consideren la ejecución de obras en áreas protegidas, como lo indica el literal p) del referido artículo 3° del RSEIA existe la necesidad de que el proyecto se localice dentro del área colocada bajo protección, siendo esta circunstancia, sumada a los potenciales impactos, los elementos constitutivos de esta tipología.

Sin embargo, la Corte Suprema ha considerado que no es necesario que un proyecto se encuentre materialmente dentro del área protegida para requerir evaluación ambiental, sino que basta una cercanía para que el sometimiento al SEIA resulte obligatorio.

En concreto, en la causa Rol N° 28.842-2021, la Corte Suprema estimó que la Central Hidroeléctrica Río Negro debía ingresar el SEIA aun cuando se ubicaba a 580 metros del Parque Nacional Hornopirén, dado que, si bien no se cumplían las tipologías del artículo 3° del Reglamento, en virtud del Artículo 11 letra d) de la Ley N° 19.300 y el principio preventivo, se debe

¹⁸ En un sentido similar: DELGADO 2021, p. 564

¹⁹ *Junta de Vecinos Punta Puyai con Consorcio Punta Puyai S.A* (2018), c. 8. En igual sentido: *Comunidad Indígena Aymara de Timar y otros con Minera Plata Carina SpA* (2020), c. 9, y *Vilches con Gallardo y otros* (2022), c. 14.

evaluar mediante un EIA aquellos proyectos ubicados “en” o “próximos” a recursos o zonas protegidas²⁰.

Entonces, la CS ha venido instaurando un criterio asociado a riesgos e impactos donde se ha determinado el ingreso al SEIA de proyectos pese a no cumplirse las características establecidas en las tipologías prescritas por el RSEIA. Lo anterior debilita la certeza del sistema, afectando las reglas y el diseño que ha dispuesto el legislador para la evaluación ambiental obligatoria.

Posteriormente, una vez definido que el proyecto requiere evaluación ambiental, es necesario determinar si debiese ingresar a través de una DIA o de un EIA. Por regla general, un proyecto debe ser sometido al SEIA mediante una DIA, salvo que genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias establecidas en el artículo 11 de la LBGMA (impactos adversos significativos), en cuyo caso deberá ser sometido al sistema a través de un EIA.

Cabe señalar que no solo aquellos proyectos o actividades que se pretendan desarrollar desde una fase inicial requieren el ingreso previo al SEIA, sino que también podrían verse obligados a ingresar aquellos que pretendan realizar modificaciones a un proyecto o actividad en construcción, operación o cierre, es decir, en ejecución, y que cuenten, o no, con una RCA previa. En este caso, la calificación ambiental se centrará en los cambios que se pretendan implementar, pero la evaluación de impacto ambiental considerará la suma de los impactos provocados por la modificación y el proyecto o actividad existente.

Es en ese marco que se deberá analizar si las modificaciones corresponden a un cambio de consideración en relación al proyecto original. Pues bien, dentro de las definiciones contenidas en el artículo 2° del RSEIA, el literal g) define cuándo se entenderá que existe un cambio de consideración. En este sentido, dicho literal desarrolla los casos en que la modificación de un proyecto debe ingresar de forma obligatoria al SEIA.

III. Los cambios de consideración como causal de ingreso al sistema de evaluación de impacto ambiental: no todo cambio debe evaluarse y, por lo mismo, no toda modificación de un proyecto o actividad constituye una elusión del SEIA o una infracción a una RCA

Tal como fue señalado en el acápite anterior, solo deberán ingresar a evaluación ambiental aquellas modificaciones que sean de “consideración”. Así lo dispone expresamente el artículo 2°, letra g), del RSEIA. En efecto, tal artículo define “modificación de proyecto o actividad” como la “realización de obras, acciones o medidas tendientes a intervenir o complementar un proyecto o actividad, de modo tal que éste sufra cambios de consideración.”.

²⁰ Club de Deportes Aventura Newén Leufú con Hidroenergía Chile Inversiones SpA (2021), c. 9 y 10.

Además, la misma norma nos indica los supuestos bajo los cuales se configura un cambio de consideración, al establecer que:

“Se entenderá que un proyecto o actividad sufre cambios de consideración cuando:

g.1. Las partes, obras o acciones tendientes a intervenir o complementar el proyecto o actividad constituyen un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del presente Reglamento;

g.2. Para los proyectos que se iniciaron de manera previa a la entrada en vigencia del sistema de evaluación de impacto ambiental, si la suma de las partes, obras o acciones tendientes a intervenir o complementar el proyecto o actividad de manera posterior a la entrada en vigencia de dicho sistema que no han sido calificados ambientalmente, constituye un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del presente Reglamento.

Para los proyectos que se iniciaron de manera posterior a la entrada en vigencia del sistema de evaluación de impacto ambiental, si la suma de las partes, obras y acciones que no han sido calificadas ambientalmente y las partes, obras o acciones tendientes a intervenirlo o complementarlo, constituyen un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del presente Reglamento;

g.3. Las obras o acciones tendientes a intervenir o complementar el proyecto o actividad modifican sustantivamente la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o actividad; o

g.4. Las medidas de mitigación, reparación y compensación para hacerse cargo de los impactos significativos de un proyecto o actividad calificado ambientalmente, se ven modificadas sustantivamente.

De lo expuesto, se desprende que no cualquier cambio que se introduce a un proyecto constituye una modificación que, por ello, deba ser sometida al SEIA obligatoriamente, pues deben concurrir una serie de supuestos técnicos-ambientales, que se pueden sintetizar de la siguiente forma:

1. Los cambios que se pretenden introducir, por sí solos, constituyen una actividad listada en el artículo 3° del RSEIA; o, que tales cambios sumados a la actividad preexistente, también constituyan una actividad listada en esa norma. Esta hipótesis es, en apariencia, la de más fácil análisis, pues solo requiere hacer un ejercicio de subsunción entre el listado de tal artículo y los cambios respectivos. En caso que ese cambio se encuadre por sí solo dentro de los literales o de la descripción típica de la LGBMA o del RSEIA, deberá evaluarse ambientalmente en el SEIA.

2. Los cambios que se pretenden introducir modifican sustantivamente la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales de la actividad original. Esta hipótesis, a diferencia de la anterior, requiere de un análisis complejo y detallado, pues es necesario contar con antecedentes técnicos-científicos que permitan evaluar los nuevos impactos

que se generan en función del cambio que se pretende introducir. Para ello, será esencial que se identifiquen, predigan y evalúen esos eventuales impactos y que se determine, ya sea por el titular o la autoridad competente que, dichos cambios a ejecutar, no constituyen un cambio de consideración.

3. Los cambios que se pretenden introducir modifican sustantivamente las medidas de mitigación, reparación y compensación para hacerse cargo de los impactos significativos de la actividad original. Esta hipótesis, al igual que la anterior, requiere de un análisis complejo y detallado, en base a antecedentes técnicos-científicos. Sin embargo, solo tiene aplicación en caso que se requiera modificar un proyecto calificado originalmente mediante un EIA, pues solo ellos tienen medidas de mitigación, reparación y compensación, al tener que hacerse cargo de sus impactos adversos significativos.

En base a tales normas, es que el SEA por medio del Ordinario N° 131456/2013, que Imparte Instrucciones sobre Consultas de Pertinencia de Ingreso al SEIA, ha entendido que para que se esté frente a una modificación de proyecto o actividad, cuyo sometimiento al SEIA sea obligatorio, deben concurrir los siguientes requisitos:

- a) La intención de realizar determinadas obras, acciones o medidas.
- b) Que dichas obras, acciones o medidas tiendan a intervenir o complementar un proyecto o actividad.
- c) Que, producto de la realización de tales obras, acciones o medidas, dicho proyecto o actividad sufra cambios de consideración.

En el sentido contrario, de la propia regla es posible extraer que, no existiendo cambios de consideración, no hay modificación que requiera ser sometida al SEIA. De ello se colige también que el no someter al SEIA un cambio que no es de consideración, esto no constituye una infracción a la normativa ambiental y tampoco implica eludir el SEIA o la configuración de una infracción a una RCA.

Lo anterior es plenamente consistente con el diseño propio del SEIA como instrumento de gestión ambiental, pues resultaría inoficioso y desproporcionado que todo cambio que se introduzca a un proyecto, cualquiera sea su entidad, magnitud y naturaleza, requiera de evaluación ambiental previa, pudiendo caerse en el absurdo de someter a conocimiento de las autoridades un proyecto que ni siquiera ocasiona un impacto ambiental, lo que vulnera los principios de eficiencia y eficacia que rigen las actuaciones de la Administración del Estado, de conformidad con la Ley N° 18.575.

En otras palabras, el RSEIA reserva la obligatoriedad de someterse al sistema solo para las modificaciones de cierta entidad, de forma que el sometimiento al SEIA genere un aporte real y útil en la prevención de los impactos que se generarán, no estando comprendidas dentro de ellas, tal como

lo ha dispuesto la Contraloría General de la República (CGR), aquellas que tengan por objeto:

[...] las obras de mantención, conservación, rectificación, reconstitución, reposición, renovación o cualesquiera otras obras que no provoquen impactos ambientales adversos, no constituyen una modificación de proyecto sometida a evaluación ambiental. En segundo término, precisa los criterios a tener en cuenta para determinar si se está frente a un cambio de consideración, cuales son, en síntesis: a) que la modificación del proyecto sea tal que importe, por sí misma, uno de aquellos proyectos que deben ingresar al Sistema conforme al artículo 10° de Ley N° 19.300 o un proyecto listado en el artículo 3° del reglamento; b) que implique un cambio en las características esenciales o en la naturaleza del proyecto o actividad; c) que la modificación afecte a la línea de base o al área de influencia del proyecto o actividad, y d) que genere nuevos impactos ambientales distintos del proyecto o actividad original²¹.

Ahora bien, los criterios dispuestos en el artículo 2° letra g) del RSEIA, para determinar cuándo estamos ante un cambio de consideración que requiere ingresar al SEIA pueden clasificarse en dos grupos que estudiaremos en los párrafos siguientes: (i) aquellos que requieren la confrontación de requisitos formales o legales (tipologías de ingreso); y, (ii) aquellos que requieren una valoración de impactos.

(i) Criterios relativos a la confrontación de tipologías

Dentro del primer grupo se encuentran aquellas pautas que exigen la comprobación objetiva –mediante un ejercicio de subsunción– de la aplicabilidad de alguna de las tipologías de proyectos que requieren evaluación ambiental, es decir, si el cambio que se introduce, por sí solo o sumado a cambios preexistentes, se encuentra dentro del listado de actividades contenidas en el artículo 10 de la LBGMA, los que, como fue tratado precedentemente, enumera aquellos proyectos que presumiblemente son susceptibles de causar impacto ambiental, y por lo tanto, deben someterse obligatoriamente al SEIA. En este grupo se encuentran los literales g.1. y g.2. del artículo 2° ya citados.

En este sentido, el profesor y actual Contralor General de la República Jorge Bermúdez ha señalado que, *“[...] todos aquellos proyectos o actividades que se encuentren fuera de las enumeraciones legales y reglamentarias quedarán eximidos del SEIA, independientemente del impacto ambiental que estos puedan producir”,* pues el artículo 10 de la LBGMA señala un *“[...] catálogo de actividades y no un concepto flexible como el de impacto ambiental [...]”²².*

Por lo tanto, cuando nos enfrentamos a este ejercicio interpretativo, debemos simplemente cotejar si el cambio que se introduce corresponde,

²¹ Dictamen N° 27.856 (2005).

²² BERMÚDEZ 2014, 304.

de acuerdo a la ley, a un proyecto que requiera evaluación ambiental. Así, por ejemplo, si se desea incorporar a una instalación existente, un generador eléctrico de más de 3 MW, dicha variante se trata de un cambio de consideración, toda vez que, de acuerdo al artículo 10 letra c) de la LBGMA (artículo 3° letra c) del RSEIA), las centrales generadoras de energía mayores a 3 MW, son proyectos que requieren evaluación ambiental de forma previa a su implementación.

En este sentido, el Segundo Tribunal Ambiental ha descartado la configuración del criterio del literal g.1 mediante la confrontación de tipologías, al concluir que la obra que complementaba el proyecto “[...] no ostenta una envergadura tal que sea susceptible de causar impacto ambiental, de modo que no se configura una susceptibilidad de afectación, en los términos del encabezado del artículo 10 de la Ley N° 19.300, por lo que no cumple con las condiciones para ingresar por sí mismo al SEIA”²³. Por su parte, el Tribunal descartó también la configuración del literal g.2 al constatar que “[...] suma de las partes, obras y acciones tampoco constituye un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del Reglamento del SEIA [...]”²⁴.

Se trata, entonces, de un criterio objetivo, sujeto al número, umbral, porcentaje, guarismo o parámetro que la ley o el reglamento definan. A este respecto, no debiese existir, en principio, espacio para interpretaciones, pues constituyen reglas de tipologías expresas y calificadas previamente por el legislador y la Administración, que han pretendido entregar certezas a los titulares de los proyectos de inversión.

En definitiva, el primer examen para determinar si un proyecto es objeto de un cambio de consideración, corresponde a la comprobación objetiva de los requisitos de las tipologías del artículo 3° del Reglamento.

Todo lo anterior, sin perjuicio que en la actualidad, la jurisprudencia de la Corte Suprema señalada previamente, ha obligado a considerar un análisis sobre la potencialidad de generar impactos, lo que definirá, en concreto, si el proyecto requiere ingresar al SEIA.

(ii) Criterios que requieren la valoración de impactos

Los criterios del segundo grupo, se basan concretamente en determinar, en razón a un examen cuantitativo y cualitativo si, a consecuencia de la variante que se desea introducir, se “[...] modifican sustantivamente la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales de un proyecto o actividad” o bien, se modifican sustantivamente “las medidas de mitigación, reparación y compensación para hacerse cargo de los impactos ambientales significativos de un proyecto o actividad calificado ambientalmente”, en los términos de los literales g.3. y g.4 del artículo 2° del Reglamento.

²³ Salvador Donghi Rojas con Superintendencia del Medio Ambiente (2021) c. 34.

²⁴ Salvador Donghi Rojas con Superintendencia del Medio Ambiente (2021) c. 35.

En efecto, en este segundo grupo, la cuestión central que debemos resolver al momento de analizar si un cambio es de consideración, corresponde a la determinación de si, a consecuencia de éste, se produce una modificación sustantiva, ya sea de la extensión, magnitud o duración de los impactos, o bien, de las medidas de mitigación, reparación o compensación. Se trata, por lo tanto, de una valoración cuantitativa y cualitativa de los impactos que introduce la modificación, respecto del proyecto originalmente evaluado y que debe basarse en antecedentes técnicos-científicos.

Sobre esta materia, ni la ley ni su Reglamento, establecen definiciones, parámetros o elementos de juicio para fijar lo que se entiende por “*modificación sustantiva*”, de suerte tal que el SEA, en el ejercicio de sus facultades legales (artículo 81 letra d) de la Ley N° 19.300), ha definido, ciertas consideraciones que deben tenerse a la vista al momento de dilucidar esta cuestión.

En síntesis, el Anexo I del Instructivo de Pertinencias, prescribe que para efectos de evaluar si se ha modificado de manera sustantiva los impactos ambientales, deberá considerarse, entre otros aspectos, la posible generación de impactos a consecuencia de:

1. La ubicación de las partes, obras y acciones del proyecto;
2. La liberación al ecosistema de contaminantes generados por el proyecto;
3. La extracción y uso de recursos naturales renovables; y,
4. El manejo de residuos, productos químicos, organismos genéticamente modificados y otras sustancias que puedan afectar al medio ambiente.

En esta línea, no es posible desconocer que el estudio de los requisitos constitutivos de un cambio de consideración, como lo es, por ejemplo, la determinación de una modificación sustantiva de impactos, atendida la carencia de parámetros objetivos en que apoyarse, puede resultar en un ejercicio interpretativo complejo para los titulares de proyectos.

En este contexto, y de acuerdo a lo que establece el artículo 26 del RSEIA²⁵, los titulares de proyectos, siempre podrán voluntariamente²⁶ consultar la pertinencia de su sometimiento obligatorio al SEIA, ante el Servicio

²⁵ Decreto Supremo N° 40/2012 del Ministerio del Medio Ambiente I, artículo 26: “*Consulta de pertinencia de ingreso. Sin perjuicio de las facultades de la Superintendencia para requerir el ingreso de un proyecto o actividad, los proponentes podrán dirigirse al Director Regional o al Director Ejecutivo del Servicio, según corresponda, a fin de solicitar un pronunciamiento sobre si, en base a los antecedentes proporcionados al efecto, un proyecto o actividad, o su modificación, debe someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. La respuesta que emita el Servicio deberá ser comunicada a la Superintendencia*”.

²⁶ ORD. N° 142090/2014 del Servicio de Evaluación Ambiental, establece que la obtención de un pronunciamiento en respuesta a una consulta de pertinencia, no constituye un requisito previo ni una condición para el otorgamiento de un permiso sectorial, sino que más bien consiste en un trámite efectuado por los proponentes de carácter voluntario.

de Evaluación Ambiental. Esto último, es sin perjuicio de las facultades de la SMA para requerir el ingreso de la actividad al SEIA, conforme se verá más adelante.

En este sentido, el ejercicio que realiza el SEA, en el marco de una consulta de pertinencia, para determinar si los cambios propuestos por el titular son o no de consideración, constituye una manifestación de las facultades discrecionales que el Reglamento consagra en favor de dicho organismo, considerando el carácter técnico de la situación a resolver.

Esto debido, por un lado, a que, pese a su consagración reglamentaria, el conocimiento de una consulta de pertinencia no constituye un procedimiento reglado en el RSEIA, y, por el otro, debido a que es necesario ponderar y calificar impactos ambientales, con el fin de determinar si éstos son sustantivos y de una entidad tal que ameriten un proceso de evaluación ambiental, debiendo aplicarse potestades decisorias para cada caso concreto.

No debe sorprendernos entonces, que, en base al ejercicio de esta potestad reglamentaria con cierto grado de discrecionalidad, el resultado de tal examen será determinado caso a caso, y dependerá incluso de las variables que maneje la autoridad y/o cada oficina regional del Servicio de Evaluación.

En armonía con lo anterior, de acuerdo a lo refrendado sostenidamente por los Tribunales Ambientales, la Corte Suprema y la Contraloría General de la República, las respuestas que otorgue el SEA ante consultas de pertinencia, corresponden a declaraciones de juicio y discernimiento, al tenor de los antecedentes entregados por el proponente²⁷. En la misma línea, se ha señalado que la respuesta a una consulta de pertinencia constituye un ejercicio interpretativo toda vez que consiste, en base a los antecedentes proporcionados por el propio consultante, en dar cuenta de una opinión sobre la aplicabilidad de determinadas normas jurídicas a una situación concreta²⁸.

De esta forma, obtenida una respuesta del SEA respecto a la falta de necesidad de ingreso a evaluación ambiental obligatoria, el titular del proyecto podrá ejecutar la modificación en los términos informados a la autoridad y establecidos en el respectivo acto administrativo que resuelve la consulta. Al respecto, el Segundo Tribunal Ambiental ha relevado que *“Si bien es cierto que la consulta de pertinencia es un trámite de carácter voluntario y no constituye un permiso ambiental sectorial, el SEA es el organismo de la Administración del Estado competente para determinar la necesidad de ingreso al SEIA de un proyecto o actividad. De esta forma, el pronunciamiento del SEA a raíz de la consulta realizada por el titular, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 3° de la Ley N° 19.880, constituye un acto administrativo de juicio,*

²⁷ Comunidad Indígena Aymara de Timar y otros con Minera Plata Carina SpA (2020); Velozo Rencoret Hugo Rafael y Otros con Superintendencia del Medio Ambiente (2017); Gervana del Carmen Velásquez y Otros con Superintendencia del Medio Ambiente (2019); y, Dictamen N° 75.903 (2014).

²⁸ CARRASCO y HERRERA (2014), 624.

*constancia o conocimiento que, a la luz del principio de confianza legítima, ampara la actividad en los términos que ha sido propuesta*²⁹.

Cabe agregar que la respuesta del SEA es oponible frente a terceros, sean particulares o autoridades públicas, pues los efectos jurídicos del acto administrativo se radican en el patrimonio del proponente³⁰. Inclusive, en la práctica, muchos servicios públicos con competencia ambiental, en el marco de procedimientos administrativos de su competencia, solicitan a titulares la respuesta del SEA a una consulta de pertinencia como un acto de certificación.

Por el contrario, si el SEA resuelve que la modificación debe ingresar al SEIA, en forma previa a su ejecución, el titular estará sujeto a cumplir tal obligación de someter tal proyecto a evaluación ambiental.

Sin perjuicio de lo señalado previamente, respecto de la certeza que otorga el acto administrativo que resuelve una consulta de pertinencia, se ha relevado que *"(...) la SMA podría requerir el ingreso al SEIA de un determinado proyecto en contrario a la opinión entregada por el SEA"*³¹.

Un caso ilustrador de lo anterior, en materia de requerimiento de ingreso al SEIA, corresponde al caso del proyecto Bahía Panguipulli, donde pese a existir una opinión del SEA desestimando el ingreso obligatorio al SEIA, tanto la Superintendencia del Medio Ambiente como el Tercer Tribunal Ambiental, determinaron, por el contrario, que dicho proyecto requería evaluación ambiental, contraponiéndose al pronunciamiento previo del SEA³². El fundamento de ello radica, conforme a lo resuelto por el Tribunal, en que no existe disposición alguna que le otorgue un efecto vinculante al pronunciamiento del SEA en el marco de un procedimiento de requerimiento de ingreso al SEIA, y por el contrario, los artículos 38 de la Ley N° 19.880 y 26 del Reglamento del SEIA permitirían concluir que el informe u opinión del SEA es facultativa y no vinculante para la SMA. En este sentido, confirmando que pueden existir diferencias de opinión en relación a la obligatoriedad del ingreso de un proyecto al SEIA, el Tercer Tribunal Ambiental señaló que *"(...) lo que pretende resguardar la regulación ambiental en esta materia es que la SMA pueda pronunciarse respecto de la obligación de ingresar al SEIA, conforme a sus facultades legales, con independencia de la opinión del SEA"*³³.

De esta forma, en materia de eventuales modificaciones de proyectos, siempre se exigirá evaluar una posible modificación sustantiva en la extensión, magnitud y duración de los impactos, lo que queda sujeto a la discrecionalidad en la potestad decisoria. Dicha potestad se podrá ver acentuada

²⁹ *Hidroeléctrica Roblería SpA con Superintendencia del Medio Ambiente* (2019), c. 45.

³⁰ HERRERA 2014, 66.

³¹ Ministerio del Medio Ambiente. "Informe Final de la Comisión Asesora Presidencial Para la Evaluación del SEIA". 2016, 106.

³² *Inversiones Panguipulli SpA con Superintendencia del Medio Ambiente* (2020); y, Expediente sancionatorio de la Superintendencia del Medio Ambiente D-110-2018.

³³ *Inversiones Panguipulli SpA con Superintendencia del Medio Ambiente* (2020), c.3.

en la ponderación del caso concreto, considerando, por ejemplo, los aspectos y singularidades propias del área de emplazamiento de los proyectos, en relación a los componentes del medio ambiente.

Lo anterior, redundando muchas veces en que, lo que constituye un cambio de consideración en una región producto de la sequía de la zona o la mala calidad del aire de otra, produzca un impacto sinérgico que hace necesaria su evaluación, debido a la contribución sustantiva y concreta que se realiza sobre una cuenca o área determinada.

Este problema no es nuevo, sino que representa un diagnóstico conocido que fue relevado por la Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del SEIA, proponiendo, en su Informe Final, que se debe dotar de mayor transparencia a la situación relativa a las múltiples adecuaciones de proyectos, informando categorías de cambios de no consideración, previamente identificadas y validadas por el SEA³⁴, ello con el objeto de otorgar certeza en estos análisis.

Con todo, el mismo informe reconoce que a septiembre del 2015, solo el 8% de las consultas de pertinencia ingresadas al Servicio de Evaluación fueron resueltas disponiendo el ingreso obligatorio al SEIA³⁵, por lo tanto, al menos estadísticamente, a esa fecha, estamos hablando de un porcentaje bastante bajo de cambios de consideración que deban evaluarse en el SEIA.

Entonces, a partir de esta información concreta, se puede sostener que los casos en que los proyectos son sometidos a cambios de consideración que requieren evaluación ambiental, corresponden a situaciones de poca ocurrencia en la práctica, toda vez que el SEIA pone el foco de la evaluación en aquellos proyectos o actividades –o sus modificaciones– que sean susceptibles de generar impactos ambientales de relevancia.

Para complementar lo señalado, veremos a continuación algunos ejemplos de interés que dan cuenta de diversas circunstancias a las que se ven enfrentados típicamente los proyectos en sus etapas de desarrollo, y que acarrearán la necesidad de, por ejemplo: cambios en la ubicación de partes y obras; adecuaciones del método constructivo; incremento de capacidades y aumento de vida útil.

a) *Adecuación Relleno Sanitario Spence (Minera Spence S.A)*. Introducción de cambios a un proyecto con RCA, consistente en la adecuación del relleno sanitario autorizado por la RCA, ampliando la capacidad autorizada y habilitando la disposición de residuos sólidos domiciliarios y asimilables, y también de residuos de construcción hasta alcanzar una capacidad de almacenamiento de 44.500m³ aproximadamente.

³⁴ Ministerio del Medio Ambiente. "Informe Final de la Comisión Asesora Presidencial Para la Evaluación del SEIA". 2016, 341-343.

³⁵ Ibidem.

A este respecto, el SEA de la Región de Antofagasta, resolvió que el aumento de la capacidad del relleno sanitario, así como la posibilidad de recibir diversas clases de residuos, no constituye un cambio de consideración que requiera evaluación ambiental³⁶.

b) *Aumento de la Capacidad de Tratamiento en la Planta de RILES (LIM-FOSEP S.A.)*. Introducción de cambios a proyecto con RCA, consistente en el aumento de la capacidad autorizada a tratar de acuerdo a la RCA, pasando de 64 m³/día a 192 m³/día, lo que conlleva, adicionalmente, en aumentar la cantidad de lodos generados desde 75,4 kg/día a 1.125 kg/día.

A este respecto, el SEA de la Región de Antofagasta, resolvió que el aumento a más del doble de la capacidad de tratamiento de RILES, no constituye un cambio de consideración que requiera evaluación ambiental³⁷.

c) *Modificación del trazado y cambio de estructuras de línea de transmisión Lollehue (SAESA)*. Se refiere a la introducción de cambios a un proyecto con RCA, consistente en la modificación del trazado del proyecto originalmente aprobado en 770 metros, además del desplazamiento y cambio de la ubicación de 11 torres de alta tensión de la línea.

El SEA de la región de Los Ríos, resolvió que la modificación del trazado y estructuras de la línea, no redundan en una modificación sustantiva de la extensión, magnitud y duración de los impactos originalmente evaluados, no requiriendo dicho cambio someterse a una evaluación ambiental obligatoria³⁸.

d) *Modificación Método Constructivo Concesión Américo Vespucio Oriente Tramo Apoquindo Las Luciérnagas (Concesionaria Vespucio Oriente S.A.)*. Introduce cambios a proyecto con RCA, consistentes en la adecuación del método constructivo del proyecto, reemplazando en más de 2 km, el método de trinchera de dos niveles, por un túnel minero.

El SEA de la Región Metropolitana, resuelve que este remplazo de trinchera por túnel, no requiere evaluación ambiental³⁹. Anteriormente, la misma dirección regional resolvió que la incorporación de dos nuevas salidas de la autopista y adecuación de otras dos (por un total de 8.800 m² de superficie), no constituyen cambios de consideración al proyecto que requieran evaluación ambiental.

e) *Extensión de la vida útil de la actividad de extracción de áridos (Minera Escondida Limitada)*. Introducción de cambios a proyecto con RCA, consistente en el aumento de la vida útil originalmente aprobada hasta el 2018, de manera de poder extraer áridos hasta el año 2023.

³⁶ Expediente consulta de pertinencia PERTI-2022-10739. Disponible en www.sea.gob.cl

³⁷ Expediente consulta de pertinencia PERTI-2021-3551. Disponible en www.sea.gob.cl

³⁸ Expediente consulta de pertinencia PERTI-2021-910. Disponible en www.sea.gob.cl

³⁹ Expediente consulta de pertinencia PERTI-2019-1965. Disponible en www.sea.gob.cl

El SEA de la Región de Antofagasta, resolvió que este cambio no involucra una modificación sustantiva de la extensión, magnitud o duración, de modo que aumentar la vida útil del proyecto en 5 años, no requería de evaluación ambiental⁴⁰.

Como los anteriores, hay muchos casos en que los proyectos pueden sufrir cambios de variada índole, que no necesariamente, luego de un análisis técnico de la autoridad competente, requieren un proceso de evaluación ambiental.

Lo anterior se explica también en razón a que los proyectos sometidos al SEIA, son en principio, proyectos en etapa ingeniería básica, preliminar, la que luego se ajusta una vez obtenida la RCA. Es decir, con un estado de avance en el que, si bien se realizan estudios que permiten determinar la factibilidad de un cierto proyecto, las formas y dimensiones posteriores, se dejan para una etapa definitiva de construcción, generando planos y especificaciones que, más allá de sus ajustes, no cambian los impactos principales que un proyecto o actividad pueda producir.

Ciertamente, la RCA es una autorización de funcionamiento para la ejecución de una actividad o proyecto, sujeta a la condición de dar cumplimiento a la normativa ambiental, pero no es un tipo administrativo que el titular debe cumplir sin ningún margen o espacio para la adecuada ejecución del mismo, pues conforme a lo visto, no todo cambio o modificación requiere ingresar obligatoriamente al SEIA.

Además, es común que mediante modificaciones a un proyecto se introduzcan mejoras tecnológicas o en las medidas evaluadas ambientalmente, otorgando mayor eficiencia al proyecto desde un punto de vista ambiental. Resulta evidente que, en estos casos, su sometimiento al SEIA carece de sentido, y su ingreso obligatorio incluso generaría un desincentivo al uso de las mejores técnicas disponibles.

En definitiva, existe una legítima necesidad de un cierto grado de flexibilidad del marco normativo que rige la evaluación ambiental que, si se anquilosa o entrapa en la rigidez, pierde su finalidad preventiva y proteccionista⁴¹. De esta manera, se ha señalado que debe existir un equilibrio entre la necesidad práctica de modificar los proyectos (que no son estáticos), y la protección del medio ambiente, propendiendo a la seguridad jurídica hacia la ciudadanía y titulares de proyectos⁴².

Por el contrario, se ha evidenciado que en caso de aumentos de superficies, incorporación de nuevos receptores de impactos, superación de umbrales de referencia para ruido, emisiones, vibraciones u otros contaminantes, o, incluso, cuando la consulta de pertinencia adolece de información que permita descartar una modificación importante de los impactos, el SEA

⁴⁰ Expediente consulta de pertinencia PERTI-2021-6433. Disponible en www.sea.gob.cl

⁴¹ PRIETO 2013, 192.

⁴² ARELLANO y SILVA, 2014, 475.

ha determinado que se trata de cambios sustantivos, disponiendo para estos casos la evaluación ambiental obligatoria. A continuación, algunos ejemplos ilustrativos:

a) *Adecuación Parque Eólico Rihue* (Enel Green Power Chile): Introducción de cambios a proyecto con RCA, consistentes en la modificación de caminos internos, e incorporación de un nuevo acceso, lo que implica en aumentar la superficie asociada a caminos en 5,2 ha; reubicación y reemplazo de botaderos aumentando la superficie asociada en 2,45; otras adecuaciones que involucran un aumento en la superficie intervenida en 2 ha aproximadamente.

El SEA de la Región del Biobío, determinó que el aumento de superficie en 9,6 hectáreas aproximadas, conlleva un aumento del 19,6% de la superficie evaluada, lo que se traduce en un cambio de consideración⁴³.

Resulta pertinente destacar también, que, a juicio del SEA, la metodología para evaluar un posible incremento de emisiones que fue utilizada en la consulta de pertinencia, no era comparable con las estimaciones presentadas durante el proceso, además de no considerar la totalidad de los viajes ni nuevos receptores, todo lo cual, amerita el sometimiento al SEIA.

b) *Optimización Proyecto Edificio Poeta Pedro Prado (Maestra Don Rodrigo SpA)*: Introducción de cambios a proyecto con RCA, consistentes en la construcción de un segundo nivel subterráneo para la habilitación de 21 estacionamientos y 33 bodegas.

En respuesta a esta consulta, el SEA RM resolvió⁴⁴ que la construcción del subterráneo adicional, implica un aumento sustantivo de las emisiones evaluadas durante el proceso de evaluación.

c) *Optimización de instalaciones del Parque Eólico La Cabaña e Incorporación de sistema BESS (Enel Green Power Chile S.A.)*: Introducción de cambios a proyecto con RCA consistentes en la incorporación de un sistema de almacenamiento de baterías (Sistema BESS), conformado por 90 contenedores de 12 metros de longitud y 2,6 m de alto; modificación en el emplazamiento y número de los aerogeneradores, de 32 a 22; aumento en la extensión de los caminos internos (de 15,7 a 19,5 km); aumento de superficie y reubicación de la instalación de faenas, subestación y edificio de control; cambio en el punto de conexión y modificación de botaderos.

La Dirección Ejecutiva del SEA⁴⁵, estimó que, pese a existir una disminución general de la superficie a intervenir (aproximadamente del 43%), la modificación acarrea nuevos impactos relativos a las vibraciones que

⁴³ Expediente consulta de pertinencia PERTI-2022-13373. Disponible en www.sea.gob.cl

⁴⁴ Expediente consulta de pertinencia PERTI-2016-1399. Disponible en www.sea.gob.cl

⁴⁵ Expediente consulta de pertinencia PERTI-2021-22169. Disponible en www.sea.gob.cl

produciría el sistema BESS, las que no fueron consideradas específicamente en la consulta de pertinencia. Además, en la evaluación del efecto sombra intermitente, el SEA cuestiona que no fueron considerados los receptores del proyecto original, no siendo posible descartar que el proyecto modifique sustantivamente los impactos.

d) *Modificación Trazado Eléctrico y Optimización de Obras Parque Fotovoltaico Doña Carmen (Solek Chile Services SpA)*: Introducción de cambios a un proyecto con RCA, que contempla una reducción de superficie de los paneles fotovoltaicos y, principalmente, la incorporación de una línea de transmisión aérea de 1.678 m, 33 postaciones y un ancho de faja de 8 m.

A este respecto, el SEA Región Metropolitana resolvió⁴⁶ que la incorporación de la línea de transmisión, considera la intervención de nuevas superficies no evaluadas, resultando indispensable evaluar el área de influencia de los elementos del medio ambiente potencialmente afectados como flora y vegetación, arqueología, fauna, siendo pertinente, además, la evaluación de las nuevas emisiones, ruidos y manejo de residuos

A partir de la revisión de casos, entonces, se pueden identificar ciertos parámetros que resultará útil tener a la vista al momento de evaluar si los cambios introducidos a un proyecto concreto constituyen una modificación sustantiva de sus impactos ambientales, complementando el análisis con base a las consideraciones del Instructivo de Pertinencias. De esta manera, según lo observado, son posibles cambios de consideración:

- Aumento de superficies directamente intervenidas, cuando esto implica un aumento porcentual importante respecto de la superficie declarada en el proceso de evaluación.
- Incorporación o modificación de las áreas de influencia. Este aspecto guarda especial relevancia en determinar el ingreso de modificaciones de proyectos al SEIA, particularmente, cuando los cambios intervienen o amplían las áreas de influencia, abarcando espacios que no cuentan con caracterización y análisis de los elementos del medio ambiente.
- En armonía con lo anterior, incorporación de nuevos receptores que puedan verse afectados por las emisiones, ruido, vibraciones, sombra intermitente y otros impactos.
- Superación de umbrales de referencia para parámetros ambientales no normados importantes durante el proceso de evaluación, tales como, sombra, vibraciones, olores u otros.
- Aumento de emisiones atmosféricas y su relación con los PPDA. En caso que el proyecto se emplace en un área que cuente con Plan de Prevención y/o Descontaminación Atmosférica, necesariamente, debe-

⁴⁶ Expediente consulta de pertinencia PERTI-2022-4988. Disponible en www.sea.gob.cl

rán evaluarse las emisiones que la modificación acarrea, y si ello implica una posible superación de los límites establecidos asociados a la compensación, cuestión que, probablemente, será entendida como un cambio de consideración.

- Finalmente, cabe destacar que en caso de que la consulta de pertinencia acompañe análisis, modelaciones, estimaciones, cuantificaciones u otros relacionados, se debe resguardar que éstos puedan ser cotejados con los análisis acompañados durante el proceso, vale decir, que permitan al SEA cuantificar los posibles incrementos, pues, de lo contrario, se ha determinado que ello amerita evaluación ambiental.

IV. La existencia de una resolución sancionatoria de la Superintendencia del Medio Ambiente como requisito para configurar una hipótesis de elusión del SEIA o una infracción de una RCA asociadas a un cambio de consideración

En relación a la responsabilidad administrativa sancionatoria, la introducción de un cambio de consideración de un proyecto o actividad que implique la elusión de su sometimiento al SEIA o el incumplimiento a una RCA, requieren una resolución fundada de la SMA, que en el marco de un procedimiento administrativo sancionatorio se discuta y determine la configuración de la infracción (con todas las garantías de un justo y racional procedimiento administrativo).

Precisamente, la SMA es el órgano encargado de fiscalizar el permanente cumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas en una RCA y requerir a un titular que los cambios de consideración de un proyecto ingresen a evaluación ambiental –previo procedimiento administrativo– conforme lo dispone el artículo 3º letras a), i) y j) de la Ley N° 20.417 (LOSMA). En la misma línea, de acuerdo al artículo 35º letras a) y b) de la LOSMA, le corresponde exclusivamente a la SMA el ejercicio de la facultad sancionadora respecto del incumplimiento de una RCA y la ejecución de proyectos sin contar con una RCA.

En consecuencia, la competencia exclusiva y excluyente para determinar y sancionar el incumplimiento a una RCA y elusiones al SEIA (como lo es, por ejemplo, la introducción de un cambio de consideración sin someterlo al SEIA), le corresponde a la SMA. No solo porque la ley le otorga la referida exclusividad de competencia, sino porque, además, es el órgano con las competencias técnicas y personal de fiscalización necesarios para efectuar el complejo ejercicio interpretativo jurídico-técnico necesario en estos casos.

Precisamente, la Corte Suprema ha reconocido expresamente la competencia privativa de la SMA para determinar una hipótesis de elusión del SEIA, señalando que esa Corte no puede establecer si existió o no una elusión por cuanto es una atribución exclusiva de la SMA, correspondiente a la autoridad encargada de evaluar los antecedentes técnicos:

(...) no puede esta Corte establecer que en la especie existió elusión del Sistema de Evaluación Ambiental, toda vez que esa es una atribución de la autoridad administrativa –Superintendencia del Medio Ambiente– siendo aquella la encargada de evaluar los antecedentes técnicos, mismo organismo que ha descartado dicha elusión, según se asentó en el basamento noveno⁴⁷.

No obstante lo anterior, cabe relevar igualmente lo señalado el Primer Tribunal Ambiental, respecto que la facultad privativa de la SMA para fiscalizar, determinar y sancionar una hipótesis de fraccionamiento, no obsta a la postura preventiva que puede tener el SEA en esta materia durante el procedimiento de evaluación ambiental:

“(...) las atribuciones de la SMA no limitan una observancia preventiva y proactiva del SEA. Lo anterior en atención a lo señalado en el inciso final del artículo 11 de la Ley 19.300 para efectos de evaluar sus literales a) y b), en el sentido que este debe tener una mirada sistémica de evaluación ambiental, con el objeto de descartar el fraccionamiento de proyectos a los que alude el artículo 11 bis de la misma ley (...) Para estos sentenciadores, se debe distinguir entre la facultad de fiscalización y sanción de un proyecto fraccionado por parte de la SMA de aquella facultad preventiva que le atañe al SEA, analizando dichas materias ex ante a objeto de corregir el proceso, en atención a la ausencia de información relevante y la completa evaluación de los efectos, características y circunstancias del artículo 11 de la Ley 19.300”⁴⁸.

En este contexto, para que una modificación de proyecto constituya una elusión del SEIA, la SMA deberá constatar los siguientes elementos copulativos: (i) ejecución de una obra o actividad; (ii) cuya descripción corresponda a un cambio de consideración, en los términos del artículo 2° letra g) del RSEIA; y, (iii) que el titular no cuente con una RCA favorable para realizar dicho cambio.

Por otro lado, para determinar si una modificación de proyecto constituye una infracción a una RCA, la SMA deberá realizar un análisis doble: (i) definir la existencia de diferencias o desviaciones de lo aprobado con lo ejecutado; y, (ii) determinar si los aspectos modificados corresponden a normas, condiciones o medidas establecidas en la RCA, de conformidad con el artículo 35 letra a) de la LOSMA.

Por lo tanto, si la SMA estima que un regulado incumplió su RCA o la normativa de carácter ambiental, la autoridad iniciará un procedimiento sancionatorio mediante la dictación de una resolución que formula cargos.

⁴⁷ Consejo de Defensa Ambiental de la Comuna de La Estrella con Agrícola Super Limitada y otros (2020), c. 12.

⁴⁸ Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca con Servicio de Evaluación Ambiental (2021), c. 100 y 101. En el mismo sentido: ONG Atacama Limpia con Servicio de Evaluación Ambiental (2021), c. 83 y 84.

Una vez iniciado el procedimiento administrativo sancionador por parte de la SMA, el infractor tendrá dos opciones: (i) presentar un programa de cumplimiento, el que corresponde a un plan de acciones y metas que puede presentar el supuesto infractor, para que dentro de un plazo fijado por la SMA, se cumplan satisfactoriamente las acciones ahí comprometidas y la normativa ambiental aplicable; o, (ii) presentar descargos, para el caso que el regulado estime que los cargos formulados no se configuran en el caso concreto.

En caso que se opte por los descargos y una vez culminadas las etapas de la sustanciación del procedimiento, el fiscal instructor emitirá un dictamen, el cual propondrá la absolución o sanción que, a su juicio, corresponda aplicar. Emitido el dictamen, se elevarán los antecedentes al Superintendente del Medio Ambiente, quien mediante una resolución fundada absolverá o aplicará la sanción, según corresponda.

De esta manera, ya sea que el cambio de consideración implique una elusión del SEA o el incumplimiento de una RCA, se requiere necesariamente para su configuración y acreditación la prosecución de procedimiento administrativo y dictación de un acto administrativo fundado de la SMA. En este sentido, precisamente el Primer Tribunal Ambiental ha relevado que el objeto del procedimiento sancionatorio es la determinación del incumplimiento a normativa ambiental e imponer una sanción en caso de corresponder (causas Rol R-21-2019 y Rol R-42-2021). Al respecto, en la causa Rol R-42-2021 el Primer Tribunal Ambiental destacó que el procedimiento sancionador presenta una estructura predominantemente unidireccional con el objeto de verificar la existencia o no de una infracción administrativa y su sanción correlativa:

Centésimo octavo. Que, el procedimiento sancionador ambiental se dirige entonces hacia uno o más responsables determinados quienes, desde la formulación de cargos, pasan a tener la calidad de presunto infractor. Es decir, por su propia naturaleza el procedimiento sancionador presenta una estructura predominantemente unidireccional con el objeto de verificar la existencia o no de una infracción administrativa y su sanción correlativa⁴⁹.

Además, en caso que la SMA estime que un titular se encuentre ejecutando o haya ejecutado un cambio de consideración sin ingresar de forma previa al SEIA, puede iniciar un procedimiento de requerimiento de ingreso obligatorio al SEIA en contra del titular. Iniciado el procedimiento administrativo, la SMA dará traslado al titular para que aporte los antecedentes y alegaciones que se estimen pertinente, y finalmente la SMA determinará mediante un acto terminal si finalmente requiere o no el ingreso obligatorio al SEA.

En este sentido, cabe relevar que la SMA cuenta con un espacio de discrecionalidad para optar entre requerir al regulado el ingreso al SEIA de forma conjunta con la sanción o bien aplicar indistintamente una u otra medi-

⁴⁹ Junta de Vecinos Kamac-Mayu N° 19 con Superintendencia del Medio Ambiente (2021), c.8.

da. Al respecto, el Tercer Tribunal Ambiental ha señalado que el fundamento de ello radica en el *“principio de oportunidad, conforme a las facultades y atribuciones que le han sido conferidas en virtud de lo dispuesto en el art. 3 de la LOSMA, las que no tienen un carácter excluyente ni fija un criterio temporal; por cuanto todas ellas se encuentran dirigidas a satisfacer el interés general que subyace a la protección ambiental”*⁵⁰.

Cabe tener presente que la resolución sancionatoria y/o que requiera el ingreso obligatorio al SEIA puede ser objeto de la interposición de recursos administrativos y/o judiciales. En efecto, el artículo 55 de la LOSMA establece la posibilidad de interponer el recurso de reposición, en contra de la resolución que aplique sanciones, suspendiendo el plazo para reclamar la ilegalidad, siempre que corresponda, y luego, el artículo 56 establece la posibilidad de reclamar ante los Tribunales Ambientales.

En definitiva, es posible concluir que solo existirá un incumplimiento a una RCA o una elusión al SEIA (modificación de consideración no evaluada ambientalmente), en la medida que exista una resolución de la SMA que así lo disponga y que, por lo demás, se encuentre firme.

Conclusiones

El SEIA tiene como objetivo sustantivo evaluar y predecir los impactos ambientales que la actividad o proyecto generará en los distintos componentes del medio ambiente. En pos de ese objetivo en el procedimiento de evaluación se entregan estudios y modelaciones de naturaleza técnica-científica, que el Estado –a través de sus distintos órganos– debe ponderar.

En el SEIA se evalúan por lo general actividades o proyectos a nivel de diseño conceptual, con más o menos detalle de acuerdo a la tipología de ingreso, aplicando una determinada metodología, sobre la base de las características de un espacio geográfico y prediciendo, con mayor o menor precisión, de acuerdo al caso concreto, los efectos o impactos que aquél puede provocar en el medio ambiente. De esta forma, el SEIA no es la instancia para definir o evaluar otros elementos referidos a la ingeniería de detalle del proyecto.

Cabe tener presente la naturaleza flexible de los proyectos, de tal manera que éstos pueden ser objeto de diversos cambios durante su ejecución. En este contexto, solo cuando dichos cambios son de envergadura o de consideración, requieren ser sometidos al SEIA. En particular, para determinar la necesidad de un proceso de evaluación ambiental, existen tanto criterios objetivos, como criterios que requieren identificar y ponderar impactos. Tales criterios se encuentran en el artículo 2 letra g) del RSEIA y en el instructivo del SEA sobre pertinencias. De esta manera, no existiendo cambios de consideración, no hay modificaciones que requieran ser sometidas al SEIA. De ello

⁵⁰ *Inversiones Santa Amalia S.A con Superintendencia del Medio Ambiente* (2022), c. 43.

se sigue, también, que el no someter al SEIA un cambio que no es de consideración, no constituye, en principio, una infracción a la normativa ambiental o a una RCA.

Tal ejercicio valorativo lo puede realizar el propio titular internamente, o bien, mediante una consulta de pertinencia de ingreso al SEIA, lo cual es un ejercicio voluntario de parte del titular, es decir, no se encuentra jurídicamente obligado a presentar este instrumento a la autoridad. La respuesta que emite el SEA a tal consulta, constituye una manifestación de la potestad reglamentaria que se ejerce con cierto grado de discrecionalidad y requiere un examen del caso concreto, en base a antecedentes técnicos-científicos que evalúen el impacto ambiental de las modificaciones que se pretenden realizar. Respecto a lo señalado, existe evidencia que la autoridad se ha inclinado por reservar el ingreso al SEIA para aquellas modificaciones más relevantes.

A mayor detalle, son, dependiendo, naturalmente del caso concreto, causales de cambio de consideración, los aumentos sustantivos de superficies intervenidas, incorporación o modificación de las áreas de influencia, incorporación de nuevos recetores, aumento sustantivo de emisiones en consideración a los límites de los PPDA, e, incluso, la omisión o presentación de análisis de impactos no cotejables con los acompañados durante el proceso de evaluación.

El ejercicio valorativo sobre un cambio de consideración también lo puede realizar la SMA en el marco de un procedimiento sancionatorio o de requerimiento de ingreso al SEIA. Por lo tanto, se requiere de actos administrativos que así lo dispongan, previa tramitación de procedimientos administrativos especialmente establecidos con ese fin, salvo que el titular decida hacerlo de manera voluntaria o medio de una acción o meta que se comprometa en un Plan de Cumplimiento ante la propia SMA.

Bibliografía citada

- ARELLANO REYES, Gustavo y Silva Santelices, Carolina (2014). Consulta de pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: un problema práctico-jurídico. En Sergio Montenegro, Jorge Aranda, Ximena Insunza, Pilar Morada y Ana Lya Uriarte (Edit.) *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental* (pp. 448-478). Editorial Legal Publishing.
- ASTORGA JORQUERA, Eduardo (2017). *Derecho Ambiental Chileno Parte General* (5ª edición). Editorial Legal Publishing.
- ASTORGA JORQUERA, Eduardo (2000). *Sistema de evaluación de impacto ambiental*. Editorial Jurídica Conosur.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014). *Fundamentos de Derecho Ambiental* (2º edición). Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- CARRASCO QUIROGA, Edesio y Herrera Valverde, Javier (2014). La interpretación de la resolución de calificación ambiental. *Revista Chilena de Derecho* (41 N° 2), 635-671.
- COSTA CORDELLA, Ezio (2013). La prevención como principio del sistema de evaluación de impacto ambiental en Chile. *Revista Justicia Ambiental* (5), 199-218.
- CORDERO VEGA, Luis (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo* (2º edición), Editorial Legal Publishing.
- ESTEVE PARDO, José (2017). *Derecho del medio ambiente* (4º edición), Editorial Marcial Pons.

- FERNÁNDEZ BITERLICH, Pedro (2017). *Manual de Derecho Ambiental Chileno* (3° edición). Editorial Legal Publishing.
- GARRIDO CUENCA, Nuria (2013). Evaluación ambiental de proyectos, planes y programas. En Luis Ortega Álvarez y Consuelo Alonso Martínez [Dir.], *Tratado de Derecho Ambiental* (pp. 259-286). Editorial Tirant Lo Blanch.
- GUZMÁN ROSEN, Rodrigo (2012). *Derecho Ambiental Chileno. Principios, instituciones, instrumentos de gestión*. Planeta Sostenible EIRL.
- HERRERA VALVERDE, Javier (2014). Regulación Jurídica y efectos de las consultas de pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. En Eduardo Soto Kloss [Coord.], *Administración y Derecho. Homenaje a los 125 años de la Facultad de Derecho* (pp. 61-87). Editorial Legal Publishing.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2006). *La Autorización Administrativa*. Editorial Arazandi.
- PRIETO PRADENAS, Magdalena (2013). Las consultas de pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental como herramienta de flexibilización del acto administrativo ambiental. *Revista de Derecho Administrativo* (8), 181-195. Editorial Legal Publishing.
- URRUTIA RIESCO, José Antonio (1998). Implementación del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en Chile. *Derecho del Medio Ambiente. Congreso Internacional* (pp. 7-17). Editorial Jurídica Conosur.

Normativa citada

- Decreto Supremo N° 38 de 2011 [Ministerio del Medio Ambiente]. Aprueba reglamento para la dictación de normas de calidad ambiental y de emisión. 30 octubre 2012.
- Decreto Supremo N° 40 de 2012 [Ministerio del Medio Ambiente]. Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. 30 octubre 2012.
- Instructivo del SEA contenido en el Ordinario N° 131456 de fecha 12 de septiembre de 2013 que Imparte Instrucciones sobre las consultas de pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.
- Instructivo del SEA contenido en el Ordinario N° 20209910245, de fecha 13 de marzo de 2020, que Instruye y uniforma criterios en relación a la aplicación de los literales g) y h) del artículo 3 del Decreto Supremo N°40 de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.
- Ley N° 18.575 de 1986. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. 12 de noviembre de 1986. D.O. N°32.640.
- Ley N° 19.300 de 1994. Ley sobre Bases generales del medio ambiente. 1 de marzo de 1994. D.O. N° 34.810.
- Ley N° 20.417 de 2010. Crea el Ministerio, el Servicio de evaluación ambiental y la Superintendencia del medio ambiente. 26 enero 2010. D.O. N° 39.570.
- Ley N° 20.600 de 2012. Crea los tribunales ambientales. 18 junio 2012. D.O. N° 40.299.
- Oficio Ordinario N° 142090 de 2014 [Servicio de Evaluación Ambiental]. Consultas de Pertinencia de Ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. 27 noviembre 2014.

Jurisprudencia citada

- Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca con Servicio de Evaluación Ambiental* (2021): Primer Tribunal Ambiental, 12 de julio de 2021 (Rol R-39-2020). [Recurso de Reclamación].
- Club de Deportes Aventura Newén Leufú y otros con Hidroenergía Chile Inversiones SpA* (2021): Corte Suprema, 23 de agosto de 2021 (Rol N° 28.842-2021). [Recurso de apelación].
- Colegio Médico de Chile A.G. Regional Antofagasta con Servicio de Evaluación Ambiental* (2018): Primer Tribunal Ambiental, 11 de abril de 2019, (Rol R-13-2018). [Recurso de Reclamación]

- Comunidad Indígena Aymara de Quillagua y otro con Superintendencia del Medio Ambiente* (2019): Primer Tribunal Ambiental, 27 de octubre de 2020, (Rol R-21-2019). [Recurso de Reclamación]
- Comunidad Indígena Aymara de Timar y otros con Minera Plata Carina SpA* (2020): Corte Suprema, 21 de septiembre de 2020 (Rol N° 2.608-2020). [Recurso de apelación].
- Comunidad Indígena Saturnino Leal Neiman y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de Los Ríos* (2018): Tercer Tribunal Ambiental, 7 de junio de 2019, (Rol R-78-2018). [Recurso de Reclamación]
- Condominio Hacienda Chicureo con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región Metropolitana y otro* (2014): Segundo Tribunal Ambiental, 23 de diciembre de 2014, (Rol R-57-2014). [Recurso de Reclamación]
- Consejo de Defensa Ambiental de la Comuna de La Estrella con Agrícola Super Limitada y otros* (2020): Corte Suprema, 31 de julio de 2020, (Rol N° 29.992-2019). [Recurso de apelación].
- Contraloría General de la República, Dictamen N° 463 -2015, de 5 de enero de 2015.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 27.856-2005, de 14 de junio de 2005.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 75.903-2014, de 2 de noviembre de 2014.
- Fundación Yarur Bascuñán con Constructora Vimac SpA* (2019): Corte Suprema, 5 de junio de 2019 (Rol N° 12.808-2019). Tercera Sala. [Recurso de Protección].
- Garín con DOM Ilustre Municipalidad de Papudo* (2018): Corte Suprema, 24 de diciembre de 2018 (Rol N° 15.499-2018). Tercera Sala. [Recurso de Protección]
- Gervana del Carmen Velásquez y Otros con Superintendencia del Medio Ambiente* (2019): Tercer Tribunal Ambiental, 31 de marzo de 2020, (Rol R-18-2019). [Recurso de Reclamación].
- Hidroeléctrica Roblería SpA con Superintendencia del Medio Ambiente* (2019): Segundo Tribunal Ambiental, 15 de marzo de 2019 (Rol R-198-2018). [Recurso de Reclamación].
- Inversiones Moncuri S.A. y otro con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Valparaíso* (2016): Segundo Tribunal Ambiental, 21 de marzo de 2017 (Rol R-90-2016). [Recurso de Reclamación]
- Inversiones Panguipulli SpA con Superintendencia del Medio Ambiente* (2020): Tercer Tribunal Ambiental, 28 de octubre de 2020 (Rol R-28-2020). [Recurso de Reclamación].
- Inversiones Santa Amalia S.A con Superintendencia del Medio Ambiente* (2022): Tercer Tribunal Ambiental, 7 de marzo de 2022 (Rol R-4-2021). [Recurso de Reclamación].
- Junta de Vecinos Kamac-Mayu N° 19 con Superintendencia del Medio Ambiente* (2021): Primer Tribunal Ambiental, 8 de octubre de 2021 (Rol R-42-2021). [Recurso de Reclamación].
- Junta de Vecinos La Portada de Ñuñoa con Comisión de Evaluación de la Región Metropolitana y otro* (2019): Segundo Tribunal Ambiental, 25 de marzo de 2021 (Rol R-217-2019). [Recurso de Reclamación].
- Junta de Vecinos Panitao Alto Camino Los Pinid con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017): Tercer Tribunal Ambiental, 11 de julio de 2018 (Rol R-60-2017). [Recurso de Reclamación].
- Junta de Vecinos Punta Puyai con Consorcio Punta Puyai S.A* (2018): Corte Suprema, 24 de diciembre de 2018 (Rol N° 15.500-2018). [Recurso de apelación].
- Marambio con Prohabit S.A., Director de Obras de la Ilustre Municipalidad de Papudo* (2018): Corte Suprema, 24 de diciembre de 2018 (Rol N° 15.501-2018). Tercera Sala. [Recurso de Protección].
- Ministerio del Medio Ambiente (2016). "Informe Final de la Comisión Asesora Presidencial Para la Evaluación del SEIA" <https://buscador.sinia.mma.gob.cl/search?q=Informe+Final++de+la+Comisi%C3%B3n+Asesora+Presidencial+Para+la+Evaluaci%C3%B3n+del+SEIA>.
- Moreno Rozas Hugo y otro con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental* (2017): Segundo Tribunal Ambiental, 18 de agosto de 2019, (Rol R-164-2017). [Recurso de Reclamación]
- ONG Atacama Limpia con Servicio de Evaluación Ambiental* (2021): Primer Tribunal Ambiental, 6 de abril de 2021 (Rol R-37-2020). [Recurso de Reclamación].

- Salvador Donghi Rojas con Superintendencia del Medio Ambiente* (2020): Segundo Tribunal Ambiental, 14 de octubre de 2021 (R-243-2020). [Recurso de Reclamación].
- Sánchez Pérez Sandra con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental* (2014): Segundo Tribunal Ambiental, 18 de febrero de 2016 (Rol R-35-2014). [Recurso de Reclamación].
- Velozo Rencoret Hugo Rafael y Otros con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017): Segundo Tribunal Ambiental, 14 de septiembre de 2018 (Rol R-153-2017). [Recurso de Reclamación].
- Vilches con Gallardo y otros* (2022): Corte Suprema, 21 de febrero de 2022 (Rol N° 85.952-2021). [Recurso de apelación].
- Vilches Iturrieta con Gallardo Ban y otros* (2022): Corte Suprema, 21 de febrero de 2022 (Rol N° 12833-2022). Tercera Sala. [Recurso de Protección].

Reglamento autónomo en la fallida propuesta de Constitución de 2022: Una isla de despotismo. Análisis basado en el texto, contexto e historia fidedigna de su establecimiento

Autonomous regulation in the failed Constitution proposal of 2022: An island of despotism. Analysis based on the text, context and reliable history of your establishment

Alejandro Vergara Blanco¹

El presente trabajo abarca el desarrollo de las tres bases de la democracia, las que son a la vez los tres valores esenciales de la disciplina del Derecho administrativo. Se trata nada menos que de la separación de poderes, del principio de legalidad y del respeto de los derechos y garantías de los ciudadanos, los que observo de manera comparada y sintética tanto en la Constitución vigente como en la fallida propuesta de Constitución de 2022. El foco de atención de este documento es la revisión del caso específico del reglamento autónomo en la señalada fallida propuesta de

This paper covers the development of the three foundations of democracy, which are at the same time the three essential values of the discipline of Administrative Law. It is nothing less than the separation of powers, the principle of legality and respect for the rights and guarantees of citizens, which I observe in a comparative and synthetic manner both in the current Constitution and in the failed Constitution proposal of 2022. The focus of attention of this document is the review of the specific case of the autonomous regulation in the aforementioned failed Constitution

RESUMEN / ABSTRACT

¹ Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, España. Post Doctorado en Derecho por la Université de Pau et des Pays de l'Adour, Francia. Correo electrónico: alejandro.vergara@uc.cl. Dirección postal: Avenida Bernardo O'Higgins 340, Facultad de Derecho, Santiago de Chile.

Artículo recibido el 2 de noviembre de 2022 y aceptado el 16 de diciembre de 2022.

Constitución de 2022, la posición en que quedaría entre las fuentes del Derecho, los eventuales mecanismos de control de este, las consecuencias en la institucionalidad y en la *praxis* del Derecho administrativo. Este es un análisis dogmático basado en el texto, contexto e historia fidedigna de los artículos conexos con la materia.

Palabras clave: Democracia, Derecho administrativo, reglamento autónomo, propuesta de Constitución, separación de poderes, principio de legalidad, control, derechos y garantías.

proposal of 2022, the position in which it would remain among the sources of Law, the possible control mechanisms of this, the consequences in the institutionality and in the *praxis*. of administrative law. This is a dogmatic analysis based on the text, context and authoritative history of the articles related to the subject.

Keywords: Democracy, Administrative law, autonomous regulation, Constitution proposal, separation of powers, principle of legality, control, rights and guarantees.

Introducción

El Derecho administrativo es aquella disciplina *práctica* del Derecho que ofrece al ciudadano la respuesta sobre cómo enfrentarse a los poderosos órganos administrativos (al “Estado”, en la jerga popular); esto es, aquellos organismos estatales que no forman parte del poder legislativo ni del poder jurisdiccional. Esta disciplina regula y estudia la relación jurídica que cada día, y en muchas situaciones de su vida social, vincula a cada ciudadano con alguno de los órganos administrativos que conforman aquel fenómeno que llamamos “Administración del Estado”, a cuya cabeza está el Presidente de la República. En el diseño vigente, usual en las más sanas democracias de Occidente, el poder ejecutivo tiene por misión *ejecutar* las leyes que aprueba el poder legislativo, y es en base a tales leyes que es juzgado por el poder judicial. En otras palabras, la ley es una fuente del Derecho que debe ser obedecida por el Presidente de la República y toda la Administración. Así se construye la tríada del Estado de derecho y la democracia: separación de poderes, principio de legalidad y respeto de los derechos y garantías de los ciudadanos.

Pero la *fallida propuesta* de Constitución de la Convención Constitucional de 2022 (la que fue rechazada por la ciudadanía el 5 de septiembre de ese año, de ahí que cabe hablar de la *fallida propuesta*) venía a transformar ese papel de *ejecución* de las leyes que tiene hasta ahora el Presidente, posibilitándole *crear* mandatos regulatorios, al mismo nivel que las leyes, a través de la técnica de los *reglamentos autónomos*.

El intento de este ensayo es, primero, comparar la situación en la Constitución vigente y en la propuesta, para, luego, mostrar *en concreto* los efectos que la propuesta pudo ocasionar en la institucionalidad democrática y respeto de los ciudadanos al alterarse así el sistema de fuentes del Derecho, dado que el intento es situar al reglamento autónomo al mismo nivel jerárquico que la ley. Varios de los argumentos que aquí señalo tuve oportunidad

de adelantarlos en algunas intervenciones en seminarios y de modo sintético a través de una columna y cartas en periódicos².

I. Las tres bases de toda democracia en la Constitución vigente y en la propuesta: paralelo

Paso a revisar las tres bases de toda democracia, que también son las bases del Derecho administrativo, tanto en la Constitución vigente como en la propuesta de Constitución. Ofrezco así una suerte de paralelo entre ambas.

Desde la aparición de los modernos Estados, desde el punto de vista político, tres son los valores fundamentales que explican el carácter democrático de estos: la *separación de poderes*; el *principio de legalidad* y las *garantías fundamentales*. Ellos, en su conjunto, conforman al mismo tiempo lo que se ha dado en llamar el Estado de Derecho. Del alcance y profundidad que puedan llegar a tener estos tres aspectos en una sociedad dada se derivan evidentes consecuencias para las libertades de los ciudadanos. Además, esos tres aspectos tienen un reflejo en el corazón del Derecho Administrativo. En efecto: i) la separación de poderes explica la independencia de los tribunales para juzgar las contiendas contencioso administrativas (esto es, aquellas que enfrentan a un órgano de la Administración con un ciudadano o administrado); ii) el principio de legalidad se traduce en el apego de los órganos administrativos a la legalidad; y iii) las garantías fundamentales se transforman, en la relación de la Administración con los administrados, en los derechos públicos subjetivos de estos que aquélla debe respetar.

Como se ve, la democracia se refleja en la *praxis* del Derecho administrativo, y viceversa. De ahí que el Derecho administrativo es la disciplina del derecho que observa la *democracia concreta*. Además, a través de estos tres aspectos los administrados, que están inevitablemente relacionados con los

² Este ensayo, en su versión completa, fue sido publicado como documento de trabajo por el Programa de Derecho Administrativo Económico, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en agosto de 2022, en: Mirada Administrativa N° 17, la que puede consultarse en: <https://derechoadministrativoeconomico.uc.cl/>, y lo edito nuevamente por la utilidad que puede prestar esta discusión para la futuras propuestas constitucionales. La oportunidad y destino de este ensayo explica la ausencia de referencias bibliográficas. Agradezco la colaboración de Pool Tamay Navarro, ayudante de investigación del Programa de Derecho Administrativo Económico. Su dedicación y detallada investigación me permitió la obtención de antecedentes sobre la historia fidedigna de las disposiciones atinentes de la propuesta de Constitución y la confección de los anexos. La publicación original contiene los siguientes anexos (que en esta nueva edición son citados pero no transcritos; se pueden consultar en esa sede):

Anexo N° 1: Paralelo del dominio legal entre la Constitución vigente y la propuesta.

Anexo N° 2: Materias de ley y de reglamento autónomo en la propuesta constitucional.

Anexo N° 3: Historia fidedigna de los arts. 264 (materias de ley) y 288.2 (potestad reglamentaria autónoma).

Anexo N° 4: Historia fidedigna de los arts. 310.1 in fine ("imperio de la ley" / "imperio del derecho") y 317.1 (inexcusabilidad de los jueces: "norma jurídica expresa").

Anexo N° 5: Historia fidedigna del art. 381.f (control de la corte constitucional sobre los reglamentos autónomos).

Anexo N° 6: El reglamento autónomo en la prensa (cartas al director).

órganos de la Administración, pueden asegurarse, al menos en principio: i) de la sumisión de los órganos administrativos a la Ley y al Derecho; y, ii) de la tutela judicial efectiva en caso de que ello no suceda: esto es, el acceso a la revisión judicial de la *discrecionalidad administrativa*.

Reviso una a una las tres bases de la democracia reflejadas en el Derecho Administrativo, para verificar su presencia: por una parte, en la Constitución vigente (esto es, la Constitución de 1980, modificada en muchas ocasiones desde esa fecha, siendo las más importantes modificaciones aquellas de los años 1989 y 2005); y, por otra parte, en la fallida propuesta de Constitución de 2022. Esta propuesta de texto constitucional fue rechazada por la ciudadanía en plebiscito de 4 de septiembre de ese año.

El método de trabajo para hacer esta comparación es muy sencillo: i) por una parte, para exponer la situación actual, ofrezco una relación muy sintética de la regulación que contiene el articulado de la Constitución vigente. No parece necesario mayor detalle pues presumo que el texto vigente es más conocido que la propuesta; y, ii) por otra parte, para exponer el contenido de la propuesta de Constitución me he basado en el texto y articulado que propuso la Convención Constitucional el 4 de julio de 2022.

A. Separación de poderes

La separación de poderes es un presupuesto básico para las libertades de los individuos, dado que a través del diseño de autonomía y equilibrio de esos tres poderes del Estado es como los ciudadanos logran una mayor protección de sus derechos, evitando así el surgimiento de despotismos. En especial de frente al Presidente de la República quien está a la cabeza del poder ejecutivo. Es igualmente relevante el equilibrio entre todos esos poderes; esto es, que no haya sumisión de uno respecto del otro. Igualmente, es saludable un equilibrio al interior de cada poder del Estado, entre sus diferentes órganos conformantes.

Situación actual

En la Constitución actual existen diseñados tres poderes separados, con *equilibrio y contrapesos* entre ellos, sin perjuicio de ciertas atribuciones del Presidente de la República de frente al Congreso Nacional, lo que origina la calificación actual del sistema como *presidencialista*. Pero existe una clara separación de frente al Poder Judicial, quien tiene autonomía respecto del Presidente. Lo mismo ocurre con ambos poderes, respecto del Poder Legislativo. Así, podemos recorrer la situación de esos tres poderes del Estado:

1. *El Poder Legislativo*. Está compuesto de dos cámaras (Senado y Cámara de Diputados), las que en conjunto conforman el Congreso Nacional. Sus poderes son *simétricos*, en el sentido de que *todas* las leyes deben ser revisadas siempre por ambas cámaras. Desde el punto de vista legislativo, no existe una cámara con más atribuciones legislativas que la otra. De ese modo

la legislación tiene una doble revisión, de dos cámaras con distinto cariz, lo que enriquece la democracia.

2. *El Poder Jurisdiccional*. Se puede hablar de Poder Jurisdiccional del Estado, dado que está compuesto por los siguientes tres tipos de Tribunales:

i. *Tribunales que conforman el Poder Judicial*. Por una parte, los tribunales ordinarios y especiales que conforman propiamente el *Poder Judicial* y quedan bajo la Superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. Cabe incluir aquí también a los tribunales especiales (*especialísimos*, incluso, algunos de ellos) creados en los últimos años: Tribunal de la contratación pública; Panel de Expertos de la Ley eléctrica; Tribunal Tributario y Aduanero; Tribunal Ambiental; todos estos del contencioso administrativo. Y otros especiales, como el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y el Tribunal de Propiedad Industrial. En cuanto a los nombramientos de los jueces de los más Altos Tribunales, se realiza a través de un sistema mixto, con participación del Congreso y el Presidente y la Corte Suprema, buscando grandes acuerdos en los respectivos nombramientos. Al menos este sistema de nombramientos ha mantenido la independencia del Poder Judicial respecto de los otros dos poderes del Estado.

ii. *Tribunal Constitucional*. El Tribunal Constitucional hoy cumple una doble función: por una parte, controla *a priori* la constitucionalidad de los proyectos de ley; y por otra, una función *a posteriori* y coordinada con los tribunales ordinarios y especiales, a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que puede interponer cualquier persona en una causa pendiente ante un tribunal.

iii. *Justicia electoral*. Está compuesta por el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales. Los miembros del Tribunal calificador de elecciones son en su mayoría ministros de la Corte Suprema.

Estos tres tipos de tribunales ejercen jurisdicción; además, son independientes entre sí, pues la Corte Suprema no tiene superintendencia respecto de los dos últimos.

3. *El Poder Ejecutivo*. A la cabeza del cual está el Presidente de la República, quien es el jefe de Gobierno y de la Administración. Tiene diversas atribuciones como colegislador. Igualmente tiene potestad reglamentaria de ejecución de las leyes existentes; y una potestad reglamentaria autónoma solo formalmente establecida (como explico más adelante).

Evaluación: Todo lo anterior tiene un enorme *valor democrático*. En especial el actual *equilibrio* entre los distintos poderes. Ello, pues para el Derecho Administrativo es *esencial* que los tribunales sean independientes del poder político, usualmente en las manos del Presidente de la República y de los órganos administrativos. Para el Derecho administrativo esto es muy

sensible, pues una de las partes de la relación jurídico administrativa es un órgano con poder político y la otra parte es un simple ciudadano.

Propuesta de Constitución

Establece tres funciones estatales, pero en algunos casos con distinta denominación y con un nuevo equilibrio (más bien, desequilibrio).

1. *Presidente de la República*. La propuesta establece al Presidente de la República al frente del Gobierno y la Administración del Estado (art.279.1). Pero el Presidente tiene potestades disminuidas de frente al todopoderoso Congreso de Diputadas y Diputados, que podría pasar a dominar la escena del poder. En efecto, este último tiene una mayor cantidad de atribuciones legislativas e institucionales. No obstante, lo anterior, el Presidente de la República, como reviso más adelante, tendrá una amplia potestad reglamentaria autónoma, lo que podría transformarlo eventualmente en un gobernante despótico, esto es, sin contrapeso.

2. *Poder Legislativo*. Está compuesto de dos Cámaras:

i. *Congreso de Diputadas y Diputados*. Esta cámara legislativa se transformará en la más poderosa dentro del Poder Legislativo, pues tiene la mayor cantidad de atribuciones, en especial en las materias de Ley. Hay un desequilibrio notable respecto de la disminuida Cámara de las Regiones.

ii. *Cámara de las Regiones*. Reemplaza al actual Senado, pero en una situación muy disminuida por la notoria *asimetría* con la otra cámara, el Congreso de Diputadas y Diputados. En efecto, junto a otras atribuciones, la Cámara de las Regiones solo participará en la adopción conjunta de *algunas* leyes, las que están enumeradas *taxativamente* en el art. 268 (enumera 19 casos), que contiene el listado de leyes de acuerdo regional. Ellas dicen relación con los siguientes temas: la modificación de la constitución, reformas a los poderes del estado o sistema de justicia, algunas sobre la organización administrativa, protección del medio ambiente, o derecho de salud, vivienda y educación. Pero existen muchas otras materias de ley, que afectan a los ciudadanos, que podrán ser aprobadas *autónomamente* por el Congreso de Diputadas y Diputados; y existen otros casos que se podrán regular por la vía de la *potestad reglamentaria autónoma* (que reviso más adelante).

Como se ve, el actual Senado, en la propuesta Cámara de las Regiones, sufre una *capitis deminutio*.

3. *Sistemas de justicia*. Reemplaza a la actual expresión "Poder Judicial". Dos aspectos caben destacar:

i. *Consejo de la justicia*. La propuesta crea el Consejo de la justicia, que es un órgano autónomo cuya misión es, según el texto, la independencia judicial. Es una novedad, pues a partir de ahora será este Consejo el que nombrará a los jueces. Esa declaración de defensa de la inde-

pendencia judicial es sorprendente atendido el sistema de elección de sus integrantes: a través de elecciones entre los mismos jueces, lo que no asegurará la independencia respecto de entidades ajenas a la administración de justicia. En efecto, la dinámica será distinta, pues existirá un riesgo de politización al interior de la judicatura, desconocida hasta ahora en los nombramientos de jueces, proveniente de las propias divisiones internas de los jueces que lo integran, los que actualmente tienen esa división, pero no han tenido nunca el poder para nombrar a sus pares en un Consejo de esta naturaleza. También es extraña la presencia de dos cupos reservados a indígenas en este organismo. Se establece un sistema de concurso, que intenta impedir una politización en el nombramiento y promoción de jueces, pero no es vinculante.

ii. *Función de uniformar la interpretación del Derecho.* Cabe destacar que la propuesta establece que “uniformar la interpretación del derecho” constituye una función esencial de la Corte Suprema. Como se ve, en un instante de lucidez democrática, la Convención hace una propuesta conectada con la seguridad jurídica y el valor superior de la igualdad ante el Derecho, pues es efectivo que la tarea de uniformar la adjudicación del Derecho es consustancial a la existencia de toda Corte Suprema a la cabeza de cualquier sistema nacional de justicia. Lo anterior está conectado con la elaboración de una cultura de precedentes, lo que es una función implícita de la Corte Suprema, dada su calidad de tribunal de casación.

4. *Corte Constitucional.* La propuesta contiene una debilitada Corte Constitucional. En efecto:

i. por una parte, señala de un modo grandilocuente que tendrá la finalidad de “garantizar la supremacía constitucional”, pero por otra, agrega los siguientes tres “principios” por los cuales debe dirigir su acción: “deferencia al órgano legislativo”; “presunción de constitucionalidad de la ley”; y “búsqueda de una interpretación conforme con la Constitución”. Con ello, en verdad, se intenta lograr una especie de sumisión de la Corte Constitucional al poder legislativo más que a la propia Constitución. Agrega que sus resoluciones “se fundarán únicamente en razones de derecho”.

ii. La designación de la mayoría de sus miembros es similar a la actual. Se diferencia en que será integrada por cuatro jueces designados por el Consejo de Justicia, los cuales no serán necesariamente ministros de la Corte Suprema (no se exige ese requisito).

iii. Cabe destacar la eliminación del acceso directo de las personas a la justicia constitucional, esto es, la actual posibilidad que tienen las partes de un juicio de presentar recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Se deja ahora entregada la decisión a los jueces de las causas respectivas, lo que no parece ade-

cuando pues estos debiesen mantener su rol de dirigir el proceso y dictar sentencia. Involucrarlos a tal punto en ese rol puede llegar a afectar su imparcialidad. Igualmente, se priva a las partes de hacer esta solicitud si el asunto ha llegado ya a la Corte Suprema. Pero lo más sensible es que la propuesta no asegura a los ciudadanos el acceso directo a la justicia constitucional, lo que es un retroceso respecto de la actual acción de inaplicabilidad de que disponen los particulares.

5. *Justicia electoral*. No existen innovaciones significativas en sus tareas. Pero ahora sus miembros son designados por el Consejo de la Justicia y sus integrantes ya no serán necesariamente ministros de la Corte Suprema. Los riesgos de politización de este Consejo, ya señalados, se trasladan a la justicia electoral.

Evaluación: La separación y equilibrio entre los poderes del Estado es radicalmente alterada, en especial por la primacía, al interior del Poder Legislativo, del Congreso de Diputadas y Diputados; el cambio de nomenclatura del "Poder Judicial", que pasa ahora a ser "Sistema de Justicia" es bien indicativo de su minusvaloración. El rol del Presidente es también exaltado, a través de reglas vinculadas con el principio de legalidad y la potestad reglamentaria autónoma, lo que reviso más adelante. Todo ello traerá consecuencias en otras bases de la democracia.

B. Principio de legalidad

El principio de legalidad es uno de los dogmas más tradicionales y arraigados de los sistemas de signo liberal democrático, habiéndose erigido en la manifestación primaria y esencial del Estado de Derecho. Es uno de los tres pilares de la actual democracia. Lo que diga una Constitución sobre el principio de legalidad, y los mecanismos que establezca en su rededor, son muy indicativos de su sanidad democrática.

Situación actual

El principio de legalidad es en la Constitución vigente una base o principio esencial o nuclear que informa toda la actividad administrativa (esto es, del Presidente y de todos los órganos administrativos) y tiene su origen en la regulación que la Constitución y la ley establecen para enmarcar la actividad administrativa.

1. *Su formulación*. Es muy sencilla y se encuentra en los arts. 6 y 7 de la Constitución vigente, según los cuales los órganos deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, so pena de nulidad de sus actos. Es una formulación breve. El principio de legalidad está vinculado inextricablemente a otros temas y mecanismos institucionales que permiten su *concreción* o *efectividad*, tales como:

- i. *la delimitación del dominio legal de frente a la potestad reglamentaria*. Esto es, la vinculación del Presidente con el Poder Legislativo y los

Tribunales. Pues si fuese el Presidente el que dictase normas sobre materias *sustantivas* relevantes (por la vía *formal* del reglamento), el control que deban realizar los tribunales puede transformarse en una *pantomima*. Existe, actualmente, un amplio listado de materias que solo pueden ser objeto de una Ley y se limita así la potestad reglamentaria.

ii. *la existencia de un control interno*, a través de un órgano autónomo, como es el caso de la Contraloría General de la República, quien precisamente controla la “legalidad” de los actos administrativos y normativos (como el reglamento de ejecución) del Presidente.

iii. *la existencia de acciones jurisdiccionales* que reemplazan o complementan a un contencioso administrativo, para que los tribunales puedan juzgar a la Administración solo en virtud de fuentes democráticas, esto es, que hayan sido generadas por el Congreso Nacional (las *leyes*) o por valores generados por la sociedad en su conjunto y que constatan los jueces (los *principios generales del derecho*). Esto es, las normas generadas por el Presidente (como sería el caso de los reglamentos de ejecución) no son vinculantes para los tribunales. Esto es así, pues los tribunales juzgan en virtud de leyes y principios, que son las actuales fuentes democráticas del Derecho. Es a estas fuentes que ellos le deben lealtad.

2. *Principio de legalidad y potestad reglamentaria*. En la actualidad existe un diseño de fuentes tal que en la cúspide está la Constitución y en seguida *la ley* (en todas sus clases: ley simple, Ley Orgánica Constitucional, Ley de Quorum Calificado e interpretativa de la Constitución). Solo tales leyes conforman el principio de legalidad; y ello en un doble sentido: i) solo una ley puede crear potestades a un órgano administrativo; y ii) solo una ley es vinculante respecto del control judicial. Las normas inferiores (como el reglamento de ejecución) no tienen esa virtud. Por esa razón la Constitución vigente diseña *un dominio o reserva legal*, mediante una *enumeración taxativa* de materias de ley (art. 63, en sus 20 numerandos). El dominio reglamentario está limitado por esa enumeración en un doble modo:

i. Los *reglamentos de ejecución* solo pueden *ejecutar*, esto es, desarrollar, en el marco de esa ley, los preceptos que sean necesarios, *sin innovar* o abordar nuevos mandatos.

ii. Los *reglamentos autónomos*, en principio se aceptan formalmente en el texto de la Constitución vigente. En efecto, el art. 32 N° 6 señala:

“Son atribuciones especiales del Presidente de la República: (...)

6°.- Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”.

Luego el art. 93 N° 16, en concordancia con el anterior, señala que:

“Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

16° Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63”.

En la práctica son inexistentes los ejemplos de ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma, o los pocos ejemplos que se suelen esgrimir son muy dudosos, dados los términos tan amplios del art. 63 N° 20 Constitución, lo que desfigura la pretendida enumeración taxativa de este artículo 63 (a pesar de que en su inicio dice: “solo son materias de ley”, lo que no resulta efectivo, al contradecirse con su N° 20).

En todo caso, cabe decir con franqueza que esa pretensión contenida en la letra de la Constitución de 1980 de crear un campo regulatorio autónomo para el reglamento autónomo no era nada democrática pues no respetaba el equilibrio de poderes; de ahí que ha sido una completa fortuna para la institucionalidad la existencia del art. 63 N° 20, y la inexistente práctica al respecto, los que parecieran más propios de regímenes autocráticos o dictatoriales.

3. *La cláusula que ahogó la potestad reglamentaria autónoma que solo formalmente contiene la Constitución vigente.* En efecto, contiene la Constitución de 1980 una cláusula abierta o expansiva del dominio legal en el art. 63 N° 20, según la cual:

“[Solo son materias de ley] Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”.

Lo que ha significado en la práctica impedir toda posibilidad de que el Presidente desarrolle una potestad reglamentaria autónoma, al margen de las leyes. En realidad, a través de esta cláusula se aseguró la primacía de la ley a todas las regulaciones generales y, en la práctica, impidió el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma por el Presidente de la República. En los hechos, no han existido reglamentos autónomos durante la vigencia de la Constitución. El único ejemplo que puede darse es el reglamento del Diario oficial, aun cuando podría discutirse y afirmarse que es en verdad un reglamento de ejecución de la ley referida a la publicación de las leyes (art. 7° del Código Civil).

Por lo tanto, en la práctica chilena de estas cuatro décadas es posible decir que no han existido ejemplos de reglamentos autónomos. Esto es *communis opinio* en la doctrina chilena.

4. *Conexión con la inexcusabilidad de los tribunales.* De acuerdo con el art. 76 inc.2° de la Constitución vigente los tribunales no pueden excusarse de resolver los conflictos que sean sometidos a su decisión, “ni aún por falta de ley que resuelva la contienda”. Con ello, al mismo tiempo, se reconoce la primacía de la ley, como reflejo del principio de legalidad, pues los jueces están, ante todo, vinculados a la ley, y únicamente ante una “falta de ley”

podrán recurrir a los principios para resolver el conflicto. El reglamento, hasta ahora, no vincula a los tribunales, pues en el caso que tales reglamentos quebranten la ley, los tribunales deben lealtad a las leyes, las ejecutan, y no pueden contradecirlas; de ahí que en ese caso deben inaplicar los reglamentos

Propuesta de Constitución

Cabe revisar brevemente el archifamoso y relevante “principio de legalidad”. Por ahora presento el esquema, pues ofrezco más adelante en la segunda parte de este escrito una revisión exhaustiva.

1. *Principio de legalidad.* Se consagra formalmente, pero su concreción depende de que la legalidad provenga de poderes autónomos (el legislador) y que los órganos administrativos incluido el Presidente, sean sujetos a control por órganos o poderes autónomos, como es el caso de la Contraloría o los tribunales. En efecto, el art. 16.2 sujeta a los órganos del Estado a “las normas dictadas conforme a [la Constitución]”. Nótese que menciona a las “normas”, y en el contexto de la propuesta, que considera al reglamento autónomo como fuente, ello es relevante. Debemos revisar entonces algunas conexiones de este principio con los reglamentos autónomos.

2. *Potestad reglamentaria autónoma.* Existe aquí un cambio radical de la regla actual. Se establece una enumeración taxativa de las materias de Ley (en el art. 264), sin contener una cláusula similar a la contenida en el art. 63 N° 20 de la Constitución vigente, lo que no se trató de una inadvertencia pues fue explícitamente descartado, según muestra la historia fidedigna (ver Anexo N° 2). Entonces, al establecer la propuesta un listado taxativo de normas propias del dominio legal, deja en claro que todas las restantes materias no enumeradas son de la competencia reglamentaria autónoma del Presidente. Así lo dice expresamente el art. 288.2:

“Asimismo, puede ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no estén reservadas exclusivamente a la ley”. Lo que refiere el art.381.f, al referirse, de igual modo a “aquellas materias que no son de ley”. Por lo tanto, la propuesta consagra dos campos regulatorios: i) uno, de la ley, a cargo del poder legislativo; y, ii) otro, del reglamento autónomo, a cargo del Presidente de la República.

Esas son, en la propuesta, las fuentes del Derecho. Lo que reviso *infra*.

3. *Reglamento de ejecución.* Además, la propuesta establece la tradicional potestad reglamentaria de ejecución (art. 288.1):

“Quien ejerza la Presidencia de la República tiene la potestad de dictar aquellos reglamentos, decretos e instrucciones que considere necesarios para la ejecución de las leyes”.

En esto no hay innovación, y se respeta el principio de legalidad, pues este tipo de reglamento es un mero complemento de la ley, a la que no puede contradecir.

4. *Nuevos principios contenidos en la propuesta.* La propuesta contiene una serie de nuevos valores cuya configuración no se ha producido previamente en la sociedad toda, a través de usos y prácticas sociales; no sabemos aún si son ampliamente compartidos o siquiera comprendidos. Son promovidos hoy por quienes se identifican con ellos, quienes han logrado incorporarlos a esa propuesta. Por ejemplo, se conmina a los jueces a dictar sus sentencias con perspectiva o enfoque de género; se agrega que a raíz de los valores de plurinacionalidad y pluralismo jurídico los jueces deben adoptar una perspectiva intercultural al fallar. Y así diversas otras fórmulas. Todo lo anterior desfigurará por completo el panorama de fuentes del Derecho pues antepondrá estos nuevos *supra* valores a toda regla escrita y no escrita anterior, ante los cuales los jueces no podrán excusarse, por el efecto derogatorio y supremacía de toda Constitución. Operarán en el sistema de fuentes como si fuesen unos nuevos principios generales del derecho sin haber recorrido previamente el largo camino de su conformación en medio de la sociedad.

Evaluación: De ahí entonces que, en materia de fuentes del Derecho, se producirá una reconfiguración de la actual técnica de las lagunas del derecho, en que los jueces ya no podrán rellenarlas únicamente con los valores que provee la sociedad en su conjunto (por ejemplo, el principio de confianza legítima) pues tendrá una nueva fuente del Derecho que competirá en esa operación, al lado de la ley: los reglamentos autónomos. En la tercera parte reviso especialmente la situación de tales reglamentos autónomos.

C. Derechos y libertades de los administrados

A modo ejemplar reviso algunos derechos fundamentales, para mostrar las consecuencias que respecto de ellos se pueden producir en el caso de una alteración de las fuentes del Derecho, pues no es lo mismo que, en términos institucionales, tales derechos sean regulados o limitados por una ley (que emana del poder legislativo) que por un reglamento autónomo (que emana del Presidente de la República).

Situación actual

Los derechos y libertades están consagrados principalmente en el art.19 de la Constitución vigente. Dos casos concretos son bien relevantes de observar por el contraste que se produce con la propuesta: la libertad de iniciativa económica de los particulares y el derecho de propiedad (y, junto a este, la expropiación). Ambos derechos fundamentales están hoy consagrados a través de fórmulas que *concretan* su protección. En efecto: i) respecto de la libertad de iniciativa económica de los particulares, señala expresamente la Constitución que en caso de que se creen empresas fiscales o públicas ("estatales"), éstas se someterán a las mismas reglas de los particulares; y, ii) respecto de la propiedad, se regula la expropiación señalando expresamente la Constitución que la indemnización será equivalente al "daño patrimonial efectivamente causado".

Pero lo más relevante es el lugar de la ley en la regulación de ambas garantías fundamentales, pues es la única que exclusivamente puede hacerlo. En todo caso, la actual Constitución es escueta respecto de otros diversos derechos y garantías fundamentales que se han ido imponiendo en las sociedades en las últimas décadas, como los denominados derechos sociales, materia que no reviso ahora; en especial la manifiesta conveniencia de incorporarlas en la Constitución y la mejor técnica para hacerlo.

Propuesta de Constitución

Veamos cómo son regulados esos aspectos concretos de esas dos garantías fundamentales.

1. *Derechos fundamentales.* Existe una importante consagración y enumeración de diversos derechos fundamentales, en que es notable el efecto de la evolución de las últimas décadas y actual tendencia. Entre ellos se consagran formalmente esas dos garantías (libertad económica y derecho de propiedad) pero tanto su regulación y diversos mecanismos tienden a degradarlas. Pues si bien ambas garantías están consagradas en términos generales, su concreción depende de nuevos mecanismos, y no solo de una ley sino, ahora, de un reglamento autónomo.

2. Degradación de dos derechos fundamentales

a) *Libertad económica e igualdad de trato.* La propuesta, al regular la libertad económica guarda silencio en cuanto a la igualdad de trato con las actividades de esa índole que emprenda el Estado (arts. 80 y 182.2); al menos lo deja entregado a la Ley, pues su silencio habría significado que pudiese ser materia de reglamento autónomo. Por lo tanto, cabría esperar que esa ley futura consagre esa igualdad de trato, pero ello no es seguro, pues dejó de ser un valor constitucional.

b) *Derecho de propiedad y expropiación.* Un caso paradigmático es la regulación de la propiedad y la expropiación, en que la propuesta altera la regla actual de la indemnización que asegura un pago "por el daño efectivamente causado"; la propuesta considera que se debe indemnizar según el "justo precio", lo que, como se ve, es un concepto diferente al vigente (art. 78.4). En principio, se ha afirmado que ambos conceptos indican el valor de mercado o de reposición del bien, pero queda entregado a la nueva regulación de las fuentes del Derecho, pues como la propuesta no le encarga su regulación a la ley, será materia de reglamento autónomo, como desarrollo, en detalle, *infra*, en especial en II. 5.c). 1°.

3. *Contexto de las fuentes del Derecho.* Se dan estos ejemplos para observar la posibilidad de que estas materias sean reguladas, complementariamente, por una ley o por un reglamento autónomo. Que sea una u otra fuente normativa dependerá de la interpretación del dominio legal que reviso en detalle en la tercera parte.

Evaluación: De ahí que, de acuerdo a la propuesta, el Presidente podrá regular directamente a través de un reglamento autónomo esa materia. Este es un ejemplo, dirigido a observar las consecuencias de los desarrollos anteriores relativos a la separación de poderes, principio de legalidad, nueva institucionalidad de la potestad reglamentaria autónoma y cambio de las fuentes del Derecho en dos garantías fundamentales del ciudadano. Todo lo cual es analizado con más detalle en la tercera parte.

II. El reglamento autónomo en la propuesta de Constitución: la pérdida del primado de la ley

La propuesta de Constitución altera el sistema de fuentes del Derecho (1), perdiendo la ley su primado (2), pues el reglamento autónomo ocupará un lugar equivalente, el cual no es objeto de controles jurídicos (3). La historia fidedigna de la propuesta muestra que este era por lo demás el designio que persiguió la Convención (4). En fin, cabe observar las consecuencias y ramificaciones de lo anterior en la institucionalidad democrática (5).

1. Sistema de fuentes y Estado de Derecho: producción y ejecución de normas

a) *Sistema de fuentes del Derecho. Distribución entre producción y ejecución de las normas.* Uno de los objetivos y exigencias técnicas de toda Constitución es la configuración del sistema de fuentes del Derecho, esto es, aquellas normas generales que deben ser obedecidas por todos. Sin perjuicio de que en el instante mismo en que es aprobada por el pueblo queda ella entronizada en la cúspide de tales fuentes, como norma suprema.

Ha sido una exigencia natural de toda Constitución democrática que ese sistema de fuentes no signifique la deconstrucción de uno de los mayores ideales de la época contemporánea, como es el "reino de la ley", que se contrapone al gobierno de los hombres. De ahí el rol tradicional del poder legislativo como órgano de producción de normas. Casi todo el lenguaje normativo habitual se construye sobre la base de la ley; así, la igualdad es "ante la ley"; el principio que debe respetar la Administración es "de legalidad"; la tarea del juez es aplicar "la ley" y muchas otras manifestaciones indicativas del primado de la ley en el sistema de fuentes. El único instante jurídico en que la ley cede es ante sus propios vacíos, en que el juez y la Administración están autorizados a rellenarla con los valores provenientes de los principios generales del Derecho.

En toda la experiencia constitucional chilena se ha mantenido incólume el sitio de la ley, a la cabeza de toda otra manifestación normativa, como reglamentos y decretos del Presidente de la República; ordenanzas municipales; normas, circulares y resoluciones de distintos órganos administrativos; y dictámenes de la Contraloría General de la República. Todos ellos han estado siempre en una condición *infra* legal. En especial el reglamento de ejecución (de las leyes), mero complemento técnico de ellas, pues estas manifestaciones normativas inferiores provienen de órganos de ejecución de las leyes. En

fin, las leyes también vinculan a los tribunales, quienes por su parte deben aplicarlas.

La base del actual equilibrio de poderes del Estado es el descrito sistema de fuentes del Derecho. El único intento de situar al reglamento autónomo al lado de la ley lo realiza la Constitución vigente, pero solo en la letra, pues fue frustrado paralelamente con una cláusula que le asegura a la ley el dominio general y exclusivo de las bases esenciales de la normativa, contenida en su art.63 N° 20, que analizo *supra* I. B.3.

Pero la propuesta cambia radicalmente lo anterior al establecer una especie de cogobierno normativo entre el poder legislativo y el Presidente de la República. En efecto, dota a este último de una potestad reglamentaria "en todas aquellas materias que no estén reservadas exclusivamente a la ley", con lo cual será una especie de legislador paralelo *ratione materiae*, cuyo campo no podrá invadir el legislador parlamentario.

Lo anterior altera completamente el sistema de fuentes pues se instaura al Presidente ya no como el colegislador actual sino, a la vez, con amplias competencias normativas exclusivas, al mismo nivel que una ley, disminuyendo así el campo normativo del poder legislativo, que ha sido el tradicional y exclusivo órgano de producción de normas. Se eleva así al Presidente a la doble condición de productor y de ejecutor de las normas, con lo que decae el "reino de la ley" y queda desfigurado el control que sobre sus actos realizan los tribunales. Ello significa un desequilibrio ostensible, minando las bases del principio de separación de poderes.

Más adelante reviso paso a paso, cómo se articula en el texto de la propuesta en tal designio de la Convención.

b) *Estado de Derecho y reglamentos autónomos*. En efecto, si hay un canon que configura el Estado de Derecho, regla en todas las democracias de Occidente que cuidan la separación de poderes, es la primacía de la ley, de la que se derivan la reserva o dominio exclusivo de la ley y la seguridad de que la regulación de materias sustantivas de la convivencia, incluyendo objetos como la libertad, la propiedad y demás garantías constitucionales, son únicamente propias del legislador. De ahí que en todas las democracias reales el reglamento resulta ser una norma secundaria y subordinada a la ley, sin perjuicio del papel que cumple como complemento normativo de las leyes.

Lo anterior implica establecer claros límites y equilibrios entre el poder legislativo y el poder ejecutivo: uno legisla y el otro es delegado para la ejecución de las leyes. En este esquema el poder judicial tiene la misión de controlar que el Presidente y los órganos administrativos no quebranten la ley. Es el principio de legalidad, que permite impedir o evitar la existencia de gobernantes despóticos. Hasta ahora el reinado de las leyes, y del Parlamento, únicamente había sido puesto en duda por los principios generales del derecho, esto es, aquellos valores que los jueces incorporan en sus senten-

cias cuando existen lagunas legales, pues ellos deben resolver los conflictos “aunque no haya ley”.

Pero las cosas podrían cambiar radicalmente con la propuesta de Constitución pues contiene una potestad reglamentaria autónoma para el Presidente de la República, cuyo efecto en el sistema de fuentes del Derecho es destronar a la Ley de su primado. El subsecuente desequilibrio de poderes puede llegar a ser muy profundo, dado que podrá cambiar el paisaje de las regulaciones poniendo así fin al monopolio de la Ley, todo lo cual hará dudar de la calificación de presidencialismo atenuado que le han dado diversos politólogos al sistema político en proyecto.

Lo anterior permitirá gobernar por simples decretos presidenciales que contengan reglamentos autónomos dirigidos a regular aquellas materias que fueron excluidas del dominio exclusivo de las leyes. Así: i) por una parte, la propuesta contiene un amplio listado de materias que están reservadas exclusivamente a la ley, el que es complementado por otros múltiples mandatos dirigidos a la ley contenidos en diversos artículos; pero tanto el listado como las referencias son taxativas; es un número cerrado; y, ii) por otra parte, agrega la propuesta que el Presidente puede ejercer la potestad reglamentaria “en todas aquellas materias que no estén reservadas exclusivamente a la ley”.

A partir de la regla anterior, queda entonces abierto un gran espacio regulatorio, y no una mera fisura, para los reglamentos autónomos. Es tan relevante esta *hendedura* que uno puede imaginarse desde ya que una de las tareas de los asesores de un presidente será encontrar estos espacios regulatorios y así poder “gobernar por decretos” (como se dice en la *praxis* política), sin necesidad –como diría un gobernante despótico– del *desgaste* de una discusión y decisión parlamentaria como el que imponen las democracias sanas.

Cabe agregar que lo anterior ha sido diseñado de tal manera que los tribunales quedarán vinculados a estos reglamentos autónomos, como si de una ley se tratase, a partir de la *nueva regulación* del principio de inexcusabilidad de los jueces. En efecto, como reviso *infra* 2. c), ahora la propuesta ya no se refiere a la “falta de ley” sino a la “falta de norma jurídica expresa”, expresión más genérica que pone al reglamento autónomo al mismo nivel jerárquico de una ley.

2. Pérdida del primado de la ley y consagración del reglamento autónomo como fuente del Derecho

a) *Análisis dogmático de la propuesta*. La propuesta, como digo antes, rediseña los poderes regulatorios de la ley, estableciendo en el artículo 264 un listado taxativo de materias de ley, el que establece diecisiete hipótesis; ese sería el “dominio legal”. Cabe señalar que la última hipótesis (letra p) dice: “regular las demás materias que la Constitución exija que sean establecidas por una ley”, la que expande su campo a todas las referencias expresas contenidas a lo largo del texto constitucional. Si bien son muchos los casos, también son taxativos, a partir de los claros términos del art. 288.2, que le

entrega al Presidente la potestad reglamentaria autónoma “en todas aquellas materias que no estén reservadas exclusivamente a la ley”, lo, que como he recordado antes, es refrendado por el artículo 381.f), que se refiere a “aquellas materias que no son de ley”. Esta frase es de gran significación para la correcta hermenéutica de la propuesta, en especial para la interpretación sistemática de los arts.264 y 288.2 de la propuesta, pues estos dos artículos en conjunto con el art.381.f, que contiene esa frase, dejan en claro la existencia de ciertas materias “que no son de ley”, por lo que la enumeración de materias contenida en el art.264 resulta así taxativa. En otras palabras, existen unas materias que “son de ley” (las contenidas en el art.264) y otras materias que “no son de ley” (el resto, las que son de reglamento autónomo). Los términos de este art.381.f son muy claros al respecto.

b) *Cambio en el sistema de fuentes del Derecho: dos campos regulatorios autónomos.* De ese modo la propuesta establece dos campos autónomos de regulaciones: uno para la ley y otro para el reglamento autónomo, que se traducen en competencias para dos órganos del Estado: *una*, para el poder legislativo, que puede dictar leyes en las materias que taxativamente señala la propuesta; y, *otra*, para el Presidente de la República, quien podrá dictar reglamentos autónomos y regular todo el resto de las materias; todas las que él discrecionalmente decida, siempre y cuando no sea de las enumeradas en el art. 264 de la propuesta.

Se contempla así, entonces, una reestructuración de las fuentes del Derecho, a tal punto, que contempla campos regulatorios exclusivos, sobre importantes materias, tanto para la ley como para el reglamento autónomo. En otras palabras, ya no solo podrá ser fuente del Derecho la ley aprobada por el poder legislativo, sino también lo podrá ser un reglamento autónomo expedido autónomamente por el Presidente de la República, sometido a escasos controles jurídicos. Ello, tiene relevantes consecuencias en la institucionalidad, pues altera la actual separación de poderes y funciones estatales, destronando a la ley de su actual primacía. Como se ve, bastará con buscar una materia no enumerada en el art. 264 (esto es, que no sea del dominio o reserva legal) para que el Presidente pueda regularla por la vía reglamentaria. Véase al respecto el ejercicio que hacemos en el Anexo N° 2 (que se puede consultar en publicación que cito en nota inicial).

c) *Reglamento autónomo y desequilibrio de poderes.* Dado que la enumeración de materias de Ley de que es competente el poder legislativo es *taxativa*, como digo más arriba, la consecuencia es la siguiente: Por la vía de los reglamentos *autónomos*, el Presidente podrá llegar a tener tantas potestades normativas como el poder legislativo, en especial que la disminuida Cámara de las regiones. Y, de ese modo, en conjunto con el Congreso de Diputadas y Diputados, reducir a la intrascendencia a la Cámara de las Regiones en relevantes materias. En todo caso, para revisar con detalle esto debe hacerse una verdadera taxonomía comparativa de todas las enumeraciones de las potestades normativas, contenidas en los arts. 264, 265.2, 266 y 268

de la propuesta (Ver en citado Anexo N° 1 todas las disposiciones del caso, y en el Anexo N° 2 la enumeración de potestades).

Todo dependerá de la imaginación de los Presidentes y de sus asesores, y lo que es más grave, como reviso más adelante, *sin control jurídico* alguno, pues ni la Contraloría, ni la Corte Constitucional por vía de inaplicabilidad, ni los tribunales podrán controlar estos reglamentos autónomos. Únicamente existirá un aviso al Congreso de Diputadas y Diputados y un tercio de ellos podrá recurrir de inconstitucionalidad. Pero ese es un *control de origen político* y no propiamente jurídico, al cual no pueden acceder los administrados en defensa de sus derechos.

d) *Conexión de los reglamentos autónomos con la inexcusabilidad y los principios generales del derecho.* Al respecto, el art. 317.1 señala:

“Reclamada su intervención en la forma legal y sobre materias de su competencia, los tribunales no podrán excusarse de ejercer su función en un tiempo razonable ni aún a falta de norma jurídica expresa que resuelva el asunto sometido a su decisión”.

Esta importante disposición de la propuesta está referida a la inexcusabilidad de los jueces, según la cual éstos no pueden dejar de dictar sentencia ni aún a falta de ley que resuelva el asunto sometido a su decisión, que es la formulación clásica. Esto es, aunque existan lagunas legales. Es una regla esencial de la jurisdicción, pues de otro modo los conflictos quedarían sin resolver y no se lograría la principal misión de los tribunales: la paz social. Con ello, al mismo tiempo, se reconoce a los jueces la posibilidad de recurrir al derecho no escrito, esto es, a los principios generales del derecho, que son valores transversales y compartidos por la sociedad de su tiempo, atinentes a las distintas disciplinas o tipos de conflictos, con los cuales rellenan esas lagunas. Un ejemplo podemos dar: el principio de la confianza legítima, atinente al Derecho administrativo, al que recurren los jueces para proteger por ejemplo la precariedad laboral del empleo público, aunque no está escrito en ley alguna anterior.

Hay una innovación adicional relevante en la propuesta, pues su art. 317.1, que regula la inexcusabilidad, ahora ya no se refiere a los vacíos de la “ley”, como es el caso del art. 76 inc.2° de la Constitución vigente, sino que se refiere a “*norma jurídica expresa*”, con lo cual incorpora una hipótesis genérica que, en caso de lagunas, dará a los reglamentos autónomos el mismo rango que a la ley, y preeminencia respecto de los principios generales del derecho.

El texto de la Constitución actual, como digo, se refiere a los vacíos de “ley”. Esto es un modo de recalcar el valor superlativo de la ley. Pero al referirse la propuesta a “*norma jurídica*”, lo que es más amplio, lo hace de manera indudable con el fin de considerar también entre las normas vinculantes a los reglamentos autónomos. Lo anterior alterará la actual teoría de las lagunas legales, de donde podría llegar a concluirse, además, que los regla-

mentos autónomos tendrían entonces prioridad sobre los principios, para el relleno de lagunas normativas.

Unido a lo anterior se encuentra el art. 310.1 de la propuesta, cuyo texto final señala que los tribunales “solo están sometidos al imperio de la ley”. Pero, como queda en evidencia de la historia fidedigna (véase *infra* 4.B.i) y Anexo N° 4) lo que aprobó efectivamente la Convención fue un texto según el cual los jueces “solo están sometidos al imperio del Derecho”. La relevancia de todo lo anterior es que el texto que se consignó en definitiva (“imperio de la ley”) es incoherente con el nuevo sistema de fuentes del Derecho que aprueba la Convención en la propuesta, dado que en los arts. 264, 288.2 y 381.f, ya no solo es la ley sino también el reglamento autónomo una fuente del Derecho, contexto en el cual es más coherente la expresión “imperio del derecho”. Ello sin perjuicio de la crítica que es posible realizar, como lo hago en este escrito, del resquebrajamiento a la democracia y a la separación de poderes que ello significa.

3. *La ausencia de un efectivo control jurídico del reglamento autónomo: una isla de despotismo.* Cabe revisar los controles jurídicos que eventualmente tendrá esa potestad reglamentaria autónoma.

a) *Contraloría General de la República y los reglamentos autónomos.* En general, la toma de razón de la Contraloría en un primer control de los actos del Presidente de la República, pero en este caso no podrá realizar una toma de razón ni controlar su legalidad. A la Contraloría le corresponde según la propuesta, “ejercer el control de constitucionalidad y legalidad de los actos de la Administración del Estado”. Agrega que:

“En el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, la Contraloría General tomará razón de los decretos, resoluciones y otros actos administrativos o representará su ilegalidad”.

No cabe considerar que los reglamentos autónomos son un tipo de “decreto, resolución u otro acto administrativo”, por el carácter de fuente del Derecho que asumen en la propuesta. Y si fuesen objeto de toma de razón, opera la limitación señalada: sin inmiscuirse en la conveniencia u oportunidad. Lo que corresponderá a la Contraloría, como digo en otro apartado, es más bien cumplir y obedecer al reglamento autónomo, en su condición de fuente del Derecho, equivalente a la ley.

b) *La Corte Constitucional y los reglamentos autónomos.* Dicha Corte podrá conocer la constitucionalidad de los reglamentos autónomos (en virtud del art. 381.f), pero a requerimiento de alguna de las cámaras legislativas o de un tercio de sus integrantes, dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto reglamentario. Pero la gran limitación es que no considera la propuesta la hipótesis de recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los reglamentos autónomos, que es verdaderamente un control jurídico.

c) *Tribunales de frente a la potestad reglamentaria. La situación de la casación.* ¿Podrán los tribunales controlar los reglamentos autónomos, o tendrán que obedecerlos? Para los tribunales se originará en el reglamento autónomo una nueva fuente del Derecho que podría ser preeminente a leyes actuales. Aquí es donde se nota el efecto del desequilibrio de poderes que se producirá con la nueva potestad reglamentaria autónoma, pues existirá un descontrol jurídico de los reglamentos autónomos del Presidente, en una competencia que no es de *ejecución* de normas, sino de *creación* de normas. Este es, como se ve, el designio por el cual fue así introducida en la propuesta la potestad reglamentaria autónoma.

Por otro lado, cabe señalar el vacío que quedará en el tradicional recurso de casación, construido sobre la base a la infracción de ley. En el caso de que el reglamento autónomo llegue a ostentar ese extraño sitio de fuente del Derecho, cabrá ajustar la regulación del recurso de casación, para incluir al reglamento autónomo dentro de las hipótesis de infracción al Derecho.

d) *Ausencia de control jurídico.* De lo que se concluye la ausencia de control jurídico en que queda tal nueva fuente del Derecho. La pretensión de la propuesta es, no cabe dudas, que el reglamento autónomo más bien sea *obedecido* por la Contraloría y los Tribunales; además, la inexistencia de un control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deja a los ciudadanos totalmente desprovistos de control jurídico, restando únicamente el control político consagrado en el art.381.f, el que depende de los representantes de las cámaras. De ahí que podamos decir sin ambages que en la propuesta el reglamento autónomo se trata de *una verdadera isla de despotismo*.

4. *La historia fidedigna de la propuesta de Constitución corrobora la interpretación: reglamento autónomo con la misma jerarquía que la ley.* Si se revisa la historia fidedigna del establecimiento de las disposiciones atinentes o conexas con el reglamento autónomo, se podrá comprobar que el designio de los convencionales fue establecer al reglamento autónomo como una nueva fuente del Derecho. Reviso ahora los antecedentes y discusiones que se suscitaron al interior de la Convención, respecto de los siguientes artículos: i) arts.264 y 288.2; ii) arts.310 y 317; y iii) art. 381.f. Lo que ofrezco aquí es un resumen y conclusiones de esa discusión. Los textos íntegros de esta historia fidedigna pueden verse, respectivamente, en los Anexos N°s. 3, 4 y 5.

A. *Historia fidedigna de los arts.264 (materias de ley) y 288.2 (potestad reglamentaria autónoma).* Desde un inicio dentro de la Comisión de Sistema Político hubo discusión en torno a lo que algunos convencionales llamaron *dominio legal mínimo y máximo* en la propuesta constitucional, lo cual se observó a partir de diversas indicaciones. Luego, se comenzó a vincular con la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República y los efectos que traería. Cabe revisar algunas fases de su discusión y votación.

i. *Primera discusión en la Comisión de sistema político. Primer informe rechazado.* El primer informe contiene un texto similar al definitivo de

los arts.264 y 288.2 de la propuesta. La discusión es indicativa de lo que se perseguía: la configuración, por una parte, de un "dominio legal mínimo" (así se lo llama) y por otra parte, de una potestad reglamentaria autónoma, cada una con un campo regulatorio, pero con una eventual supremacía de la ley (en la mera intención de algunos convencionales, que luego será sobrepasada por la textualidad de lo aprobado, pues se diluye en los textos finales). Véase al respecto en el Anexo 3 las intervenciones de los convencionales Bassa, Atria y Sepúlveda. Hubo indicaciones que proponían incluir un texto similar al art. 63 N° 20 de la Constitución vigente (de los convencionales Larraín, por una parte; y Cubillos, Hube y Zúñiga, por otra), las que fueron rechazadas en la Comisión. Este primer informe fue rechazado íntegramente por el pleno de la Convención.

ii. *Segunda votación (no hubo discusión) en la Comisión. Informe parcialmente rechazado.* El segundo informe contiene un texto idéntico al anterior (en los aspectos aquí revisados, pues contiene algunos cambios relativos a las materias de ley enumeradas, las que aquí no se analizan). Hubo en esta oportunidad diversas indicaciones dirigidas a incluir algo similar a la cláusula del art. 63 N° 20 de la Constitución vigente. Pero, entre las diversas indicaciones, la que se aprobó es la que propuso el mismo texto anteriormente rechazado por el pleno de la Convención. Esta segunda propuesta de la Comisión de Sistema Político fue votada durante la sesión N° 82 del pleno de la Convención, la que tuvo como resultado la aprobación de las normas relativas a la potestad reglamentaria del Presidente de la República (arts. 23 y 24 del informe [art. 288.1 y 2 de la Ppta.]), pero no así de las materias de ley (art. 22 del informe [art. 264 Ppta.]). Por tanto, este último artículo tuvo que volver a ser discutido en la comisión.

iii. *Tercera discusión en la Comisión de sistema político.* Una vez que la norma fue regresada a la discusión en la Comisión de Sistema Político, se presentaron varias indicaciones que proponían dos enunciados distintos: "Solo en virtud de una ley se puede" y "Solo son materias de ley", siendo la intención de los constituyentes, en cada caso, marcar un dominio legal mínimo o uno máximo. Siendo aprobada la indicación que contenía como enunciado "Solo en virtud de una ley se puede", se buscó incorporar una norma residual similar a lo que contiene hoy la Constitución Política de 1980 en su artículo 63 N° 20. Dicha incorporación se discutió durante la sesión N° 61 de la Comisión de Sistema Político a través de la indicación N° 50 presentada por los convencionales Chahín y Harboe, pero en que solo se votó el numeral 23 que señalaba: "23. - Toda aquella que establezca las bases generales de un ordenamiento jurídico". Dicha indicación no se aprobó en la comisión, pero la votación fue bastante estrecha: 12 en contra, 10 a favor y 2 abstenciones. No obstante, la misma indicación fue presentada nuevamente en el pleno durante la sesión N° 97, pero también fue rechazada por amplio margen: 36 a fa-

vor, 92 en contra y 21 abstenciones. Es bien indicativa la discusión en la sesión NN61 de la Comisión de sistema político en que el convencional Chahín insistió en que lo que buscaba él con una indicación era “acotar” la “enorme” potestad reglamentaria autónoma del Presidente contenida en el borrador. Pero no lo logró pues su indicación fue rechazada.

iv. *Nueva propuesta de la Comisión.* La segunda propuesta de la Comisión de Sistema Político sobre las normas que alcanzaron en un inicio los 2/3 requeridos, se presentó al pleno de la Convención Constitucional, la cual se votó durante la sesión N° 97. En definitiva, fue aprobados el artículo que hacía referencia a las materias de ley (22), y así quedaron aprobado por el pleno los tres artículos relativos a la materia: 22 (26), 27 (23) y 28 (24), los que contienen respectivamente, las materias de ley, de reglamento de ejecución y de reglamento autónomo. Estos tres artículos quedaron formando parte de un subtítulo especial: “*De la legislación y de la potestad reglamentaria*”.

v. *En la Comisión de armonización.* Habiendo pasado las normas a la Comisión de Armonización, estas prácticamente no tuvieron discusión de acuerdo con las actas oficiales ni al video de la plataforma YouTube sobre la sesión N° 13 en que se discutieron y votaron las indicaciones. Hubo dos cambios: *primero*, en cuanto a la ubicación de estos tres artículos originales, puesto que, al comienzo, tanto las materias de ley como la potestad reglamentaria del Presidente de la República se encontraban en artículos continuos, pero en la comisión se decidió cambiar de lugar a esta última para que se incorpore al capítulo del Poder Ejecutivo; y, *segundo*, el otro cambio es que la frase contenida en el artículo 28 (24) [288.2 de la Ppta.] que decía: “en todas aquellas materias que no estén comprendidas en el art. 22”, ahora la Comisión de Armonización la sustituye por la siguiente: “en todas aquellas materias que no estén reservadas exclusivamente a la ley”.

vi. *Texto final.* En definitiva, el texto se mantuvo íntegro hasta su votación en la sesión N° 110 del pleno de la Convención Constitucional y, también, en su versión final en la propuesta de Nueva Constitución, señala así: “[El Presidente] puede ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no estén reservadas exclusivamente a la ley”.

B. *Historia fidedigna de los arts. 310.1 in fine (“imperio de la ley” / “imperio del derecho”) y 317 “norma jurídica expresa”)*

1. *En cuanto a la expresión “imperio de la ley” contenida en el art.310.1.* Desde el inicio, en la discusión de la Comisión de Sistemas de Justicia y luego en la Comisión de Armonización, se discutió sobre la distinción entre “imperio de la ley” e “imperio del derecho”, con perfecta conciencia por parte de los convencionales de su íntima conexión con el sistema de fuentes del Derecho y con la separación de poderes, como queda en evidencia de las intervenciones de los convencionales Cozzi, Daza, Logan, Cruz (en

la Comisión de Sistemas de Justicia) y Cozzi, Daza, Cruz, Jiménez, Atria, Celledón, Woldarsky y Arroyo (en la Comisión de Armonización), que se pueden ver en el Anexo N° 4. Repaso ahora, paso a paso, la discusión y aprobaciones al respecto:

i. *En la Comisión de Sistemas de Justicia: texto aprobado por la Comisión y por el Pleno de la Convención.* La referencia al “imperio de la ley” fue incorporada mediante una indicación del convencional Cozzi en el pleno de la Convención Constitucional y fue aprobada en dicha instancia. Así, el texto del artículo 3 inciso 1° que se envió a la Comisión de Armonización fue el siguiente:

341.- Artículo 3.- Independencia jurisdiccional, imparcialidad y exclusividad. Las juezas y jueces que ejercen jurisdicción son independientes entre sí y de todo otro poder o autoridad, debiendo actuar y resolver de forma imparcial. En sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley.

ii. *En la Comisión de Armonización.* La Comisión de Armonización en su sesión N° 13, mediante las indicaciones N° 433 y 437, ambas aprobadas en dicha comisión, modifican la parte final del inciso primero del ahora artículo 309. La propuesta presentada al pleno fue la siguiente:

Artículo 309. 1. Las juezas y los jueces son independientes entre sí y de todo otro poder o autoridad, debiendo actuar y resolver de forma imparcial. En sus resoluciones solo están sometidos al imperio del derecho.

Entonces, la comisión de armonización cambió “imperio de la ley” por “imperio del derecho”. Entendió dicha Comisión que de ese modo se “armonizaba” mejor, como se dice en la discusión.

iii. *El Pleno aprueba la propuesta de armonización: “imperio del derecho”.* En la sesión N° 110 del pleno de la Convención Constitucional, se votó en bloque la propuesta de la Comisión de Armonización con la salvedad de la indicación N° 337 (ex 433), aprobando el mismo texto propuesto por dicha Comisión; esto es, el que señala que los jueces están sometidos al “imperio del derecho”.

iv. *La alteración del texto aprobado por el Pleno, por otro distinto.* No obstante, en la propuesta definitiva del texto de la Convención Constitucional se vuelve a incluir el texto “imperio de la ley” en su artículo 310 inciso primero, a pesar de que el aprobado fue otro; en efecto se incluye como definitivo el siguiente:

Artículo 310. 1. Las juezas y jueces que ejercen jurisdicción son independientes entre sí y de todo otro poder o autoridad, debiendo actuar y resolver de forma imparcial. En sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley.

Lo cual es un evidente error, pues en la sesión N° 110 del pleno de la Convención Constitucional no hubo indicación para cambiar “imperio del derecho” por “imperio de la ley”, sino que hubo una votación en bloque de todas las indicaciones provenientes de la Comisión de Armonización, con la salvedad de la N° 337 (ex 433).

v. *¿Quién realizó el cambio?* No existen en toda la historia fidedigna dada a conocer otros documentos en que se pueda observar el origen del cambio desde “imperio del derecho” (que es lo que aprobó el Pleno de la Convención) a “imperio de la ley” (que es lo que se consigna en el texto final), ni tampoco consta en el video de la sesión N° 110 del pleno de la Convención Constitucional y que se encuentra en la plataforma YouTube. El día 28 de junio de 2022 la sesión N° 110 fue suspendida hasta el 4 de julio del 2022 con el objeto de que, según señalan las actas, el borrador fuese revisado por la Secretaría de la Convención Constitucional, previo a ser entregada la propuesta final al Presidente de la República. Probablemente, entonces, el cambio del texto aprobado en dicha sesión como “imperio del derecho” por lo que aparece en la versión definitiva de la propuesta como “imperio de la ley” fue realizado por dicha Secretaría en conjunto con la mesa directiva, volviendo al texto aprobado en un inicio por el pleno, pero luego cambiado por Armonización y aprobado este cambio por el Pleno.

2. *En cuanto a la expresión “ni aun a falta de norma jurídica expresa” contenida en el art. 317.1 de la propuesta.* Respecto del artículo 317.1 sobre inexcusabilidad (“norma jurídica expresa”), no son necesarias mayores observaciones, más que recalcar su aprobación por una amplia mayoría de 150 votos a favor en el pleno de la Convención Constitucional, lo cual puede explicar que el texto se mantuvo sin modificación alguna desde su primera aprobación hasta la versión final. En este caso hay un cambio con el texto del art. 76 inc.2° de la Constitución vigente que se refiere únicamente “a la falta de ley”, quedando en evidencia que solo a partir de las lagunas legales los jueces pueden recurrir a los principios generales del derecho. En el texto de la propuesta, antes de recurrir a los principios generales del derecho, los jueces tendrán que recurrir a los reglamentos autónomos.

C. *Historia fidedigna del art. 381.f (“aquellas materias que no son de ley”).* En cuanto a la expresión final del art.381.f, según la cual la potestad reglamentaria que está sometida a control de la Corte Constitucional es la relativa a “aquellas materias que no son de ley”. Esta expresión definitiva no fue la inicialmente consignada y fue objeto de discusión conexas con el sistema de fuentes. Podemos revisar su decurso.

i. *Los convencionales discutieron la relevancia de la potestad reglamentaria autónoma que se consagraba.* En efecto, cabe destacar que los convencionales Daza y Bravo son especialmente enfáticos en destacar la gran amplitud de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República que se estaba consagrando en el borrador. En efecto, el

convencional Daza señaló que la potestad reglamentaria autónoma tendrá una amplitud: “como nunca en la historia (...) para poder dictar normas en prácticamente cualquier materia”, como puede verse en Anexo N° 5. De ahí que el mismo convencional Daza argumenta sobre la necesidad de que la Corte Constitucional ejerza un control de los reglamentos autónomos, pues capta que la Contraloría General de la República no lo podrá hacer; en efecto, dice: “ahí no hay control [refiriéndose a la Contraloría], o sea vamos a tener un hiperpresidencialismo sin control”.

ii. *El intento de dejar al reglamento autónomo sin control de constitucionalidad.* Pero el convencional Viera postulaba algo más extremo: no aprobar control alguno, pues consideraba “un error mayúsculo” entregar a un órgano de control de la ley (a la Corte Constitucional) el control del reglamento autónomo. De los documentos oficiales y de lo revisado en la plataforma YouTube es posible concluir que no hubo mayor discusión en la Comisión de Sistema de Justicia, salvo el caso de la sesión N° 63 en que se discutieron las indicaciones para el tercer informe de la Comisión de Sistema de Justicia, consignada más arriba.

iii. *La Comisión de Armonización introduce la frase “aquellas materias que no son de ley”.* La Comisión de armonización incorporó la frase “aquellas materias que no son de ley”, en reemplazo de la anteriormente aprobada por el Pleno y contenida en el borrador, que decía: “aquellas materias que no están comprendidas en el artículo [22]”. El art. 22 es el art. 264 definitivo.

iv. *Aprobación por el Pleno.* Durante la discusión en el pleno N° 110 tampoco se discutió y se procedió a votar en bloque la propuesta de la Comisión de Armonización del capítulo X sobre Órganos Autónomos Constitucionales, la cual solo difiere respecto de la indicación N° 521 en la numeración, ya que en dicha indicación se usaron números y en la propuesta se usaron letras. De ese modo el definitivo art. 381.f quedó con la significativa frase: “aquellas materias que no son de ley”.

Como se ve, del resumen de la discusión queda en claro no solo el deseo de la Convención consagrar esta potestad de reglamento autónomo sino también de la creación de un campo regulatorio autónomo respecto de la ley.

5. *El efecto práctico de los reglamentos autónomos: la deslegalización de relevantes materias.* Como vemos, la propuesta de nueva Constitución establece que dos órganos tendrán paralelamente amplias potestades para regular la vida social: por una parte, el Poder Legislativo podrá dictar leyes y, por otra parte, Presidente de la República, podrá dictar reglamentos autónomos. Ambas técnicas quedan así en la cúspide de las fuentes del Derecho, teniendo por sobre únicamente a la Constitución. Los titulares de ambas especies de potestades normativas tendrán la posibilidad de regular diversas materias descritas expresamente en el texto constitucional, en que ley y reglamento autónomo tendrán una dominación exclusiva de sus respectivos

ámbitos regulatorios. Esta situación no solo es totalmente inédita en nuestra historia constitucional, como lo adelanto *supra*, sino que, además, producirá profundas transformaciones en la institucionalidad, alterando el equilibrio de los poderes del Estado, siendo la más notoria la degradación de la ley, que se manifiesta en dos efectos: deslegalización y descongelación del rango normativo. Todo lo cual cabe revisar más despacio incluso con algunos ejemplos.

a) *Ausencia de experiencia práctica en reglamentos autónomos. La propuesta como laboratorio institucional.* En nuestro país no tenemos ninguna experiencia práctica del reglamento autónomo, y nuestra experiencia institucional es con el reglamento de ejecución, esto es, la actividad normativa del Presidente como complemento técnico y necesario de las leyes. Si bien actualmente existen diseminados numerosos reglamentos de ejecución de las leyes en diversas materias, todos ellos son un mero complemento de esas leyes pues están subordinados a las mismas. Del mismo modo, estos reglamentos de ejecución hoy pueden tener un control político ante el Tribunal Constitucional y un control jurídico ante la Contraloría General de la República, quien toma razón previa de estos. Igualmente son objeto del control jurídico difuso por cada tribunal de la República, pues dado que estos deben fallar de acuerdo a la ley, si el reglamento de ejecución se separa de ella, es deber del tribunal inaplicarlo, dada su lealtad con la ley.

Aunque la Constitución vigente menciona la hipótesis del reglamento autónomo, paralelamente incorporó una cláusula de profundo valor democrático según la cual solo a la ley le corresponde realizar regulaciones de carácter general y obligatorio que estatuyan las bases esenciales de un ordenamiento jurídico (se trata del citado art.63 N° 20). Esta es la cláusula que ha permitido mantener en nuestra institucionalidad el primado de las leyes, y explica la nula existencia de los reglamentos autónomos en la *praxis* de más de cuarenta años. Esa es precisamente la cláusula que la propuesta elimina, reemplazándola por el inédito establecimiento de un amplio dominio exclusivo del reglamento autónomo.

Todo lo cual deja en evidencia que lo que se intenta llevar a cabo es en verdad, una especie de laboratorio institucional. No es efectivo lo que algunos convencionales señalan en las discusiones sobre la materia, en que dicen replicar el modelo de dominio legal mínimo de la Constitución de 1925, entonces.

b) *Deslegalización y descongelación del rango normativo de la ley.* Cabe poner en evidencia, además, que esta reestructuración significará la degradación de la ley en todas aquellas materias que la propuesta entrega al reglamento autónomo; ello a raíz de la *deslegalización* de esos espacios regulatorios. En efecto, una vez que eventualmente comience a regir una nueva Constitución bajo este esquema, el legislador quedará inhabilitado para regular aquellas materias que quedan *deslegisladas* y es el Presidente el único autorizado para regularlas a través de un reglamento autónomo, el cual podrá entonces modificar o derogar íntegramente la degradada ley anterior. Se habrá producido el fenómeno de la *descongelación del rango normativo*.

En efecto, mientras el rango normativo está congelado en la ley, solo una nueva ley puede derogar la anterior; pero si la ley es degradada de su rango y es entronizado el reglamento autónomo como su sustituto, puede este modificarla o derogarla. Los efectos prácticos de esta situación pueden verse en materias específicas, lo que realizo *infra*, c).

Como se ve, se trata de un enorme poder de regulación de la vida social en manos del Presidente de la República, en temas bien relevantes, quien podrá desarrollarlo sin contrapesos jurídicos, pues ni la Contraloría tendrá la potestad de tomar razón de ellos ni los tribunales de controlar su juridicidad, dado su rango equivalente a la sustituida ley. El único control visible es político, ante la Corte Constitucional, en caso de invasión de las materias que son de ley, a requerimiento de una de las cámaras legislativas o un tercio de los integrantes. Curiosamente no contiene la propuesta el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del reglamento autónomo, al que sin embargo le entrega este inmenso poder.

c) *Ejemplos de materias concretas de degradación de la ley y nuevas regulaciones a través de reglamentos autónomos.* Puedo dar algunos ejemplos concretos de materias de alta relevancia social que, por efecto del posicionamiento del reglamento como fuente del Derecho, podrían ser objeto de una decisión presidencial, y ya no de una decisión del poder legislativo.

1º) *El caso del justo precio de la indemnización por expropiación.* Este es un caso paradigmático en la propuesta, en que queda en evidencia, así como se arman las piezas de un reloj, el intento de realizar con habilidad un cambio radical, pero sin que en apariencia sea especialmente notorio. Pero es necesario hurgar bien esta materia. Ya adelantaba más arriba que el concepto de "justo precio" vino a reemplazar el vigente concepto de "daño patrimonial efectivamente causado". Se ha afirmado que este sería indicativo o sinónimos del precio de mercado. Es efectivo que los tribunales, hasta ahora, así lo han entendido. Pero no es seguro que se siga entendiendo que la expresión "justo precio" es sinónima de valor de mercado en el futuro. En estos mismos días una empresa estatal de gas ha decidido vender balones de gas "a justo precio", lo que significa para ella un precio considerablemente inferior al que ofrece el mercado.

Entonces, para despejar las dudas, podrá existir en el futuro la necesidad de regular, a través de alguna fuente del Derecho lo que es el "justo precio" de la indemnización en caso de expropiación, y cabe preguntarse si es materia de ley o de reglamento autónomo.

Veamos. Esta materia está contenida en el art. 78.4 de la propuesta, la que no se la encarga a la ley. No es una materia que la Constitución "exija" que sea establecida por una ley (como señala enfáticamente el art. 264 p) de la propuesta). No está expresamente mencionado en ninguno de los listados taxativos de materias de ley, como son los arts. 264, 266 y 268 de la propuesta. No lo dice así tampoco el citado art.78.4. ¿Podría deducirse de

otra disposición más genérica? Por ejemplo, del resto de los numerandos del art. 78. Pero esos numerandos parecieran estar escritos cuidadosamente evitando mencionar las causales de extinción, y entre ellas la expropiación y más específicamente el justo precio. En efecto, el art. 78.2 se refiere al “modo de adquirir la propiedad, su contenido, límites y deberes”, pero de la extinción nada dice. Por otra parte, el art. 78.3 que se refiere también a la expropiación, se refiere a la ley que autorice la expropiación, lo que nada tiene que ver con el justo precio. Luego el art. 78.5 se refiere a la oportunidad del pago y al reclamo del monto del pago y de la modalidad, pero nada sobre el justo precio, o algún encargo a la ley. De ahí que no cabe dudas que el Presidente de la República podrá regular mediante un reglamento autónomo lo que se entiende por justo precio en caso de expropiación y fijar, por ejemplo, que no es el valor de mercado. También podría confirmarlo; pero depende de su decisión autónoma.

En ese reglamento autónomo el Presidente podrá derogar las disposiciones pertinentes de la ley que regula actualmente la materia del justo precio; en este caso es el art. 38 del DL 2186, de 1978, que aprueba la ley orgánica del procedimiento de expropiaciones (que tiene rango de ley), según el cual:

“Cada vez que en esta ley se emplea la palabra “indemnización”, debe entenderse que ella se refiere al daño patrimonial efectivamente causado con la expropiación, y que sea una consecuencia directa e inmediata de la misma”.

Esta norma, en caso de regir la propuesta, podrá seguir en vigor mientras no sea derogada, sustituida o modificada, como señala la disposición 2ª transitoria de la propuesta. De acuerdo con lo señalado, como esta materia ya no es del dominio de la ley y es del dominio del reglamento autónomo, opera respecto de ella la *deslegalización* y su efecto: la descongelación del rango normativo. Entonces el Presidente podrá dictar ahora un reglamento autónomo en el cual junto con sustituir, derogar o modificar dicho art. 38 podrá regular la materia de un distinto modo, y como la Constitución no define lo que sea el justo precio podrá hacerlo el Presidente.

2º) *El caso de la exploración, explotación y aprovechamiento de las sustancias minerales.* En el caso de la actividad minera la situación es más extrema, pues la pérdida de rango normativo es más intensa, pues hasta ahora se contiene una detallada regulación en la Constitución vigente en varios rangos normativos: i) art.19 N° 24 incisos 6° a 10°; ii) Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras de 1982; iii) Código de Minería de 1983; iii) Reglamento de ejecución. Todo lo anterior podrá ser sustituido por nuevas normas. De partida, la propuesta ya habrá sustituido todo lo que señala la anterior Constitución, y un nuevo reglamento autónomo podrá derogar el resto de las normas, pues toda la materia relativa a la exploración, explotación y aprovechamiento de las sustancias minerales será de competencia del reglamento autónomo, de manera exclusiva, y ya no podrá ser regulada por una ley.

En efecto, en el art.145 que la propuesta dedica a esta materia se refiere en términos genéricos a la "regulación", y cabe preguntarse de acuerdo con las reglas revisadas en este trabajo si tal regulación es propia de una ley o de un reglamento autónomo. El ejercicio es el mismo que en el caso anterior. Dado que este art. 145 no "exige" que sea materia de ley (como lo señala el art. 264 p), ni está contenido en ninguna otra enumeración de las taxativas materias de ley, dejó de ser materia de ley, y se habrá producido la deslegalización y su efecto: la descongelación del rango normativo, que en este caso es doble, pues ya no solo dejará de tener rango de ley orgánico constitucional, sino que perderá el rango legal y pasará a ser materia de reglamento autónomo. Leyes estas que seguirán rigiendo hasta que este reglamento autónomo no las haya derogado, según la disposición 2ª transitoria.

Tales reglamentos autónomos, como digo más arriba, no podrán ser controlados ni por la Contraloría ni por los tribunales, quienes más bien deberán obedecer dicho reglamento autónomo dada su calidad de fuente del Derecho. Igualmente, ya lo sabemos, no existe inaplicabilidad por inconstitucionalidad al respecto. La única forma de control que resta es la política del art. 381.f, que no está al alcance de los particulares.

Más ejemplos pueden verse en el Anexo N° 2 (citado en nota inicial).

d) *Otras ramificaciones prácticas del reglamento autónomo.* Algunos casos de ramificaciones ya han sido adelantados, pero aquí ofrezco un listado provisorio.

i. *Reglamento autónomo y acciones constitucionales.* Tanto en la acción cautelar (art.119.1) como en la acción de amparo (art.120.1) la propuesta se refiere al "imperio del derecho". Esta expresión ahora tiene otro significado, pues pasa a ser indicativa no solo de las leyes y principios sino también del reglamento autónomo.

ii. *Reglamento autónomo y definición de Estado de Derecho.* Ahora más que nunca ya no podrá seguramente enunciarse como sinónimo de juridicidad al "principio de legalidad"; habrá que agregar al reglamento autónomo en la expresión. En la definición de Estado de Derecho que recoge la propuesta en un caso se refiere a las "normas dictadas conforme a esta Constitución" (art.16.2) y en otros dos casos se refiere de manera más restringida a "la Constitución y las leyes" y a "la Constitución y la ley", respectivamente (art.16.3 y 4). ¿Altera completamente el principio de legalidad? El tema es esencial en Derecho administrativo, pues solo la ley (hasta ahora) está llamada a configurar las potestades de los órganos administrativos y en ningún caso un reglamento de ejecución. ¿Lo podría hacer el reglamento autónomo? El art.16.2 señala que los órganos del Estado someten su actuar "a la Constitución y a las normas dictadas conforme a estas, dentro de los límites y competencias por ellas establecidos". Aquí la expresión "normas dictadas" es genérica y podría hacer pensar que comprende también a los reglamentos autóno-

mos. Pero pareciera que no es así, ya que en seguida el art.16.2 y 3, al referirse a “la Constitución y las leyes” y a “la Constitución y la ley”, respectivamente, es indicativo de que solo estas establecen competencias, responsabilidades y sanciones administrativas. Como se ve, se torna ambiguo el limpio esquema del tradicional principio de legalidad.

iii. *Reglamento autónomo y regulación de garantías constitucionales. La igualdad ante la ley como ejemplo.* Hasta ahora existe la prohibición de que una norma que no sea la ley regule las garantías fundamentales. Esa prohibición no existe para el reglamento autónomo en la propuesta. En el caso de la garantía de la “igualdad ante la ley” (como dice el art. 25.1 de la propuesta), entonces, habrá que ampliar la expresión a “igualdad ante la ley y el reglamento autónomo”, dado que este último estará autorizado para regular garantías fundamentales y derechos y obligaciones de las personas.

iv. *Reglamento autónomo y tribunales. El caso de la casación.* Como digo más arriba, los tribunales estarán sometidos al reglamento autónomo, de la misma manera que lo están a la ley. Eso fluye de los arts. 310.1 (“imperio de la ley” / “imperio del derecho” y 317.1 (“norma jurídica expresa”). Cabe agregar el caso de la casación, como he adelantado, pues el reglamento autónomo podría convertirse en fuente del Derecho y su infracción podría pasar a ser, entonces, materia de casación. En ese caso, se modificarían de manera sobrevenida los códigos procesales y la legislación respectiva tendría que ajustarse.

v. *Reglamento autónomo y principios generales del derecho.* Ante el nuevo lugar que podrían llegar a ocupar los reglamentos autónomos en las fuentes del Derecho, los principios quedarían relegados a rellenar lagunas de los reglamentos autónomos, como en el caso de las lagunas legales.

vi. *Reglamento autónomo y Contraloría. Solo obediencia.* Como adelante más arriba, la Contraloría tendrá que obedecer los reglamentos autónomos. No veo forma institucional a través de la cual se puedan incluir en el control de “legalidad o constitucionalidad”, la que alcanza a los actos administrativos. Ya es excepcional la situación actual del control de los reglamentos de ejecución, que no son actos administrativos, por parte de la Contraloría, lo que hace bajo el amparo del control de legalidad. Pero no pareciera que sea posible pensar en un control de los reglamentos autónomos. Todo lo cual es un desajuste institucional.

vii. *Reglamento autónomo y Corte Constitucional.* Ya adelantamos que la propuesta no consideró la inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del reglamento autónomo (el art. 381.a) solo se refiere a los preceptos legales). Lo que sí existe es el control político de la constitucionalidad: art. 381.f, el que no está al alcance de los ciudadanos.

viii. *Reglamento autónomo y derogación de leyes degradadas*. La disposición 2ª. transitoria se refiere a la derogación, modificación y sustitución de la "normativa vigente", y cabe entender por tal a las leyes anteriores, ya sea de rango común, de quorum calificado u orgánicas constitucionales. Agrega que esa normativa "seguirá en vigor mientras no sea derogada, modificada o sustituida". Cabe señalar nuevamente que esta derogación, modificación o sustitución puede realizarse tanto por una ley como por un reglamento autónomo; y en el caso de estos últimos, pueden derogar, modificar o sustituir todas las leyes anteriores (de cualquiera de sus rangos: común, quorum calificado u orgánicas constitucionales) en todos aquellos casos en que la propuesta haya deslegalizado su materia, y haya descongelado su rango normativo, por haber transferido la competencia regulatoria al reglamento autónomo.

Coda: Ni Kelsen ni Schmitt

Hans Kelsen y Carl Schmitt, constantemente citados entre nosotros, las dos más grandes figuras del constitucionalismo de la época contemporánea disputaron sobre las más diversas materias, menos en cuanto al lugar de la producción y ejecución de las fuentes. Ellos no podían ser más distintos; casi todas sus perspectivas estaban en las antípodas. Kelsen adhiere al positivismo y excluye toda idea de Derecho natural; políticamente cercano a la socialdemocracia, se opone al presidencialismo. Schmitt critica el positivismo y el liberalismo; rechaza la democracia parlamentaria pluralista. Pero si hay una idea en la cual ambos comparten una misma visión es en la separación que debe existir entre los órganos de *producción* de normas (a cargo del Parlamento) y los órganos de *ejecución* de ellas (a cargo de tribunales y poder ejecutivo)³.

Como se ve, en esta cuestión de las fuentes del Derecho, la propuesta convulsiona el esquema democrático tradicional, con lo cual logra situarse en la rara posición de estar, a la vez, tanto en contra de Kelsen como de Schmitt. Todo un récord.

Conclusiones

A. Las bases democráticas del Derecho administrativo

1º Son tres las bases de toda democracia: separación de poderes, principio de legalidad y respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos. Si se realiza un paralelo de cada uno de estos aspectos resulta lo siguiente:

i) En cuanto a la separación de poderes, el texto constitucional vigente la consagra nitidamente, lo que implica potestades equilibradas para todos ellos y ausencia de conflictos en la práctica. La propuesta de Constitución

³ Así: KELSEN, en *Esencia y valor de la democracia*, VII, al inicio; SCHMITT, en *Legalidad y legitimidad*, Introducción, título e inicio.

altera ese equilibrio, rebajando las atribuciones del actual Senado (que se convierte en Cámara de las Regiones), alterando el actual Poder Judicial (el que ahora pasa a ser "Sistemas de Justicia"), en especial en el nombramiento de sus jueces; en fin, creando un hiperpresidencialismo, a través del artificio del reglamento autónomo.

ii) En cuanto al principio de legalidad, la Constitución vigente mantiene el tradicional primado de la ley, como fuente formal del Derecho, y si bien menciona a los reglamentos autónomos, nunca tuvieron operatividad en la práctica constitucional. La propuesta de Constitución altera el sistema de fuentes del Derecho, poniendo al reglamento autónomo al mismo nivel de la ley. De ese modo, sin perjuicio de la Constitución, ya no es el poder ejecutivo quien tiene el monopolio de la creación del Derecho a través de la ley, sino también ahora el Presidente a través del reglamento autónomo.

iii) En cuanto a los derechos y garantías de los ciudadanos, la actual Constitución establece un acotado número de ellos, y en este análisis observo solo la propiedad y la libertad de emprendimiento económico, las que están muy reforzadas. La propuesta de Constitución es pródiga en la consagración de importantes derechos y garantías (bajo su esquema de Estado Social y Democrático de Derecho) lo que en principio es un avance, pero en las dos garantías que aquí analizo se incorporan nuevas definiciones que las debilitan.

2° Las anteriores son también las bases del Derecho administrativo y toda alteración lo afecta en aspectos esenciales.

B. El reglamento autónomo en la propuesta de Constitución

1° Se altera el esquema tradicional de *producción* y *ejecución* de las fuentes del Derecho, en que aquella le corresponde al Poder Legislativo y ésta a la Administración y al Poder Judicial. Ahora, con la potestad reglamentaria autónoma, el Presidente de la República recibe el nuevo y enorme poder de *crear* o *producir* una fuente del Derecho. Hasta ahora el Presidente solo puede emitir reglamentos de *ejecución*, los que están subordinados a la ley.

2° La técnica normativa que se utiliza para ello es establecer, por una parte, un listado *taxativo* de materias que puede regular la ley y, por otro, se le entrega al reglamento autónomo la potestad de regular todo el resto de las materias de alto contenido social. Lo anterior produce un desequilibrio de poderes pues los tribunales quedarían vinculados no solo a la ley sino también a tales reglamentos autónomos.

3° El descontrol en que quedan los reglamentos autónomos produce efectivamente una *isla de despotismo*. En efecto, los tribunales quedarán sujetos a cumplir (no a controlar) tales reglamentos autónomos por su condición de nueva fuente del Derecho; la Contraloría General de la República ya nos los controlará, por su jerarquía idéntica a la ley; además, no se contempla la inaplicabilidad por inconstitucionalidad a su respecto. El único supuesto

control no es jurídico, sino depende de la decisión y control político de una de las cámaras legislativas o de un tercio de sus integrantes.

4° La historia fidedigna corrobora lo que fluye del análisis dogmático del texto definitivo de la propuesta, pues deja en evidencia el designio de la Convención de la consagración de un hiperpresidencialismo a través de este reglamento autónomo, creando para él un amplio campo regulatorio, al lado y no bajo la ley. De ahí que los diagnósticos ya no podrán referirse a un supuesto presidencialismo moderado o atenuado del que han hablado algunos desinformados politólogos, sino de un presidencialismo reforzado.

5° El efecto práctico del reglamento autónomo es la degradación de la ley, la que no solo pierde su primacía en muchas materias de alta relevancia social, sino que produce la *deslegalización* de tales materias y el subsecuente efecto del descongelamiento del rango normativo. En virtud de esto último, un reglamento autónomo podrá *derogar* todas las leyes vigentes de cualquier rango, ya sean ordinarias, de quorum calificado u orgánicas constitucionales, si es que regulaban materias que ahora son de la potestad normativa del Presidente de la República.

6° Un ejemplo del poder asignado al Presidente de la República a través del reglamento autónomo se manifiesta en el caso de las expropiaciones. En efecto, será el reglamento autónomo el que defina el "precio justo" de una expropiación y no una ley. O, incluso, un reglamento autónomo puede llegar a derogar la actual ley que regula la indemnización en caso de expropiación, esto es, el art. 38 del DL 2.186, de 1978, actual ley orgánica de procedimiento de expropiaciones. Ello es así puesto que el art. 78.4 de la propuesta, relativo a la expropiación, no le encarga su regulación a la ley; por otra parte, el art. 264 no lo enumera dentro de las materias del dominio legal. Por lo tanto, rige el art. 288.2 según el cual la potestad reglamentaria abarca "todas aquellas materias que no estén reservadas exclusivamente a la ley", y este es el caso del "justo precio".

Procedimiento de fiscalización y sanción de FONASA a prestadores privados de salud. Comentario del caso *Bertoli García con Ministerio de Salud*

FONASA inspection and sanction procedure for private health providers. Commentary on the case *Bertoli García with Ministry of Health*

Javiera Vinet Vega*

El presente trabajo busca analizar el procedimiento de fiscalización y sanción de FONASA respecto de los prestadores privados de salud en modalidad de libre elección, a partir de la sentencia de la Corte de Apelaciones Santiago en el caso *Bertoli García con Ministerio de Salud*¹ que resuelve una reclamación en esta materia. Ello, a fin de formular algunas precisiones en torno a la garantía de defensa del afectado, frente al rol que cumple el fiscalizador a lo largo del procedimiento y las prerrogativas de que goza este último en la generación de prueba durante la etapa de fiscalización.

Palabras clave: fiscalización, sanciones administrativas, Fondo Nacional de Salud.

This paper analyzes the control and sanction procedure used by FONASA regarding private health providers in the free choice mode, based on the judgment of the Court of Appeals Santiago in the *Bertoli García with Ministry of Health* case, which resolves a claim in this matter. This, in order to criticize this rule in terms of the regarding the defense guarantee of the affected party, compared to the role played by the inspector throughout the procedure and the prerogatives enjoyed by the latter in the generation of evidence during the audit stage.

Keywords: control, administrative sanctions, National Health Fund.

RESUMEN / ABSTRACT

* Abogada, Universidad de Tarapacá. MBA con especialización en salud, Universidad Andrés Bello. Profesora de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad de Tarapacá, casa central, Arica. Correo electrónico jpvinetv@academicos.uta.cl. Dirección postal: Cardenal Caro N° 348, Arica, Chile.

¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones Santiago Rol N° 792-202 respecto del cual no se interpuso recurso ante la Corte Suprema, quedando así ejecutoriada.

Artículo recibido el 1 de agosto de 2022 y aceptado el 4 de octubre de 2022.

Introducción

El presente trabajo consiste en un análisis crítico del procedimiento para la fiscalización y sanción instruido por el Fondo Nacional de Salud, en adelante FONASA, en cumplimiento de la normativa establecida para los prestadores de salud inscritos en la modalidad de libre elección, según se expondrá en el texto del presente trabajo, a propósito de sentencia emanada de la Corte de Apelaciones de Santiago del caso *Bertoli García con Ministerio de Salud*, que se pronunció respecto a la reclamación deducida en contra de la Resolución Exenta N° 1065 de 2020 del Ministerio de Salud respecto de dicho procedimiento.

A partir de referido fallo, respecto del cual no se interpuso recurso para ante la Corte Suprema, quedando así ejecutoriado, pretendemos analizar si en el procedimiento administrativo regulado para la sustanciación de procesos fiscalizatorios y sancionatorios del referido organismo, se verifica el cumplimiento de la garantía de defensa, especialmente en lo que refiere al rol del fiscalizador a lo largo del procedimiento y las prerrogativas de que goza éste en la generación de prueba en la etapa de fiscalización.

I. Descripción del caso

La sentencia en comento, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en la causa Contencioso Administrativa comentada, resuelve una reclamación interpuesta por una prestadora de salud privada, kinesióloga, en contra de la Resolución Exenta N° 1065 de 2020 del Ministro de Salud, que rechazó el reclamo administrativo formulado anteriormente por la recurrente, a fin de dejar sin efecto o, en subsidio, morigerar, la sanción que le fue aplicada por FONASA, conforme a lo previsto en el artículo 143 del DFL N° 1-2005 del Ministerio de Salud, relativo a infracciones al reglamento de dicho servicio público, que fija las normas sobre la modalidad de libre elección.

La acción judicial se origina a partir de un procedimiento de fiscalización y sanción iniciado de oficio por FONASA en contra de una profesional, prestadora privada del sistema de libre elección, a quien dicho organismo decidió finalmente sancionar con una multa de 500 UTM, el reintegro del Fondo de Ayuda Médica y la cancelación de su inscripción en el sistema de modalidad libre elección, lo que consiste en la sanción más gravosa prevista en el marco normativo respectivo².

Dicha sanción se aplicó debido a que el órgano administrativo tuvo por acreditado que la afectada incurrió en tres infracciones: 1. no contar con los registros de respaldo por determinadas prestaciones realizadas; 2. haber cobrado indebidamente órdenes de atención de salud y programas de atención de salud, por prestaciones no realizadas; y 3. haber incumplido las normas legales, reglamentarias y arancelarias que rigen la modalidad de libre elección

² *Bertoli García, María con Ministerio de Salud* (2021).

de FONASA y regulan la aplicación de su Arancel. Reclamada administrativamente la resolución de FONASA ante el Ministro de Salud, esta última autoridad decidió rechazar el reclamo y confirmar la sanción aplicada.

En su sentencia, la Corte de Apelaciones de Santiago finalmente resolvió rechazar la reclamación interpuesta por la prestadora y, de este modo, mantener la sanción aplicada en virtud del procedimiento administrativo suscitado por FONASA. Lo anterior, por estimar, en lo medular, que el servicio público había actuado dentro de sus atribuciones, que los cargos respectivos se encontrarían acreditados con los antecedentes agregados en el expediente administrativo y que la sanción aplicada es proporcional a la gravedad de las infracciones³. La sentencia no fue recurrida por las partes ante la Corte Suprema, quedando ejecutoriada.

Más allá de la decisión de fondo, el caso descrito nos parece relevante en cuanto ofrece la oportunidad de analizar críticamente la regulación del procedimiento administrativo antes señalado, a partir de un pronunciamiento judicial, cuestión esta última que resulta de especial interés frente a la escasa jurisprudencia existente en esta materia⁴.

II. Precisiones en torno al procedimiento de fiscalización y sanción de prestadores de salud en la modalidad libre elección

Para el análisis de este caso, es conveniente referirse primeramente al procedimiento administrativo especial regulado por FONASA, para la fiscalización y aplicación de sanciones a los prestadores inscritos en el rol de modalidad libre elección, regulado por la Resolución Exenta N° 2G/911 del año 2017, que fue posteriormente sustituida por la Resolución Exenta N° 7 del año 2021, que constituye la norma vigente en la materia. Entre los cambios que incorpora la norma de 2021 podemos mencionar la existencia de una “etapa [p]revia o análisis preliminar”, que antecede a la de “fiscalización”.

El marco regulador de la inscripción en el rol de modalidad libre elección está constituido por el DFL N° 1 del año 2005 del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763 de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469, que, entre otras materias, aborda el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud. Específicamente el Título II del Libro II se refiere a las “prestaciones”, estableciendo en sus artículos 142 y siguientes, la posibilidad de que los afiliados y beneficiarios de FONASA

³ Bertoli García, María con Ministerio de Salud (2021), cs. 8°, 9° y 10°.

⁴ En efecto, de la revisión jurisprudencial hemos identificado solo unas pocas sentencias de Corte que refieren a este procedimiento, a saber: Escobar Medel, Alejandro con Ministerio de Salud (2022), Vergara Fierro, Marco con Ministerio de Salud (2022), Servicios Médicos Respira Salud SpA con Ministro de Salud (2022), Gutiérrez Varas, Jorge con Fondo Nacional de Salud (2022), Belmar Arce, María José con Subsecretaría de Salud Pública (2021), Flores Madrid, Claudio con Ministro de Salud (2020), Pincheira Fuentealba, Gustavo con Ministerio de Salud (2020), Naves Sepúlveda, Álvaro con Ministerio de Salud (2020).

puedan optar por atenderse con la modalidad de “libre elección”, contando con la libertad para elegir al profesional o establecimiento que en esa modalidad otorgue la prestación requerida.

Así, los profesionales contemplados en el N° 4 de la Resolución Exenta N° 2G/871 de 2017 de FONASA⁵, que aprueba los procedimientos de inscripción en el rol de la modalidad libre elección del régimen de prestaciones de salud, entre estos, los kinesiólogos, como el caso en especie, tras inscribirse en este sistema y suscribir un convenio para efectuar prestaciones de salud a los beneficiarios y afiliados a dicha entidad previsional, quedan sujetos al cumplimiento de la normativa mencionada anteriormente. Y, frente al incumplimiento de tales normas o el cobro inadecuado de prestaciones, los prestadores pueden ser sometidos a un procedimiento de fiscalización y sanción sustanciado por el mismo órgano administrativo.

Conforme a dicha normativa, FONASA cuenta con facultades para sancionar, por resolución fundada, con: 1. amonestación; 2. suspensión de hasta ciento ochenta días de ejercicio en la modalidad; 3. cancelación de la respectiva inscripción; o 4. multa a beneficio fiscal que no podrá exceder de 500 unidades de fomento, sin perjuicio de la facultad de ordenar el reintegro de las sumas que hayan sido mal percibidas por el prestador.

El régimen recursivo previsto por la norma difiere según la sanción aplicada, siendo procedente como vía de impugnación, en este caso, la reclamación ante el Ministro de Salud, la cual utilizó la afectada. Como una última vía de revisión, la norma prevé una reclamación judicial de ilegalidad en contra de la decisión ministerial, la que se deduce ante la Corte de Apelaciones respectiva, siendo esta última una acción contencioso administrativa especialísima y que motiva la sentencia antes referida en este trabajo.

A nuestro juicio, el procedimiento administrativo que subyace a la acción judicial en comento resulta de especial interés, por cuanto se encuentra reglado en cada una de sus etapas, incluso desde la fiscalización, que antecede a la eventual sanción. Así, si bien se trata de un procedimiento sancionatorio, tiene integrada una fase de fiscalización, oportunidad en la que se recopilará la mayoría de la evidencia que servirá de base a la imputación y eventual sanción.

En nuestra opinión, esto último resulta llamativo y nos lleva a analizar si acaso esta fórmula procedimental conjuga adecuadamente las garantías de un debido proceso, especialmente en lo que respecta a la defensa del prestador inculpado y su real capacidad para examinar y controvertir la prueba, frente al rol que cumple el fiscalizador en esta materia y la anticipación probatoria que resulta de integrar la fiscalización como una etapa del procedimiento sancionatorio, cuestiones que pueden llegar a incidir grandemente en su resultado.

⁵ Resolución Exenta N° 2G/871 FONASA, de 2017.

III. Intervención activa del fiscalizador en las etapas del procedimiento

En el caso analizado, es de interés comentar que el procedimiento se desarrolló bajo el imperio de la Resolución Exenta N° 2G/911 del año 2017, hoy reemplazada por la Resolución Exenta N° 7 del año 2021, según dijimos. En todo caso, dicho cambio normativo no tiene mayor injerencia en cuanto al análisis crítico que esbozaremos en torno a la intervención del fiscalizador, pues esta última se materializa prácticamente en los mismos términos en ambas normas.

En cuanto al tratamiento del fiscalizador. La norma vigente define al fiscalizador como “el [f]uncionario [p]úblico que, haciendo uso de las atribuciones legales y normativas destinadas para tal efecto, está encargado de constatar y velar por el correcto uso de los recursos públicos destinados a dar cobertura a las prestaciones de salud otorgadas por los prestadores inscritos bajo el rol de la modalidad libre elección”⁶. Dicha definición no dista demasiado de la contemplada en la norma anterior, la cual se refería a éste como “la persona que en cumplimiento de la función que se le ha encomendado, actúa en el marco de la legislación vigente, para cautelar el uso correcto del seguro público en el entendido de que el financiamiento que el Fonasa otorgue corresponda a los beneficiarios del mismo”⁷.

El Estado deposita en un funcionario la responsabilidad de resguardar los recursos públicos entregados a FONASA para satisfacer debidamente su función y corroborar su correcto uso. Así, en caso de pesquisa de mal uso o fraude, corresponde al mismo iniciar un procedimiento de fiscalización, en miras de promover, posteriormente, el respectivo procedimiento sancionador, a fin de dilucidar el destino y uso de los recursos públicos y, eventualmente, tender a su reintegro y a la aplicación de las sanciones que correspondan.

En cuanto a las etapas del procedimiento en que interviene el fiscalizador. El procedimiento actual contempla cuatro etapas: previa o análisis preliminar, fiscalización, formulación de cargos y de resolución. El procedimiento antiguo, en cambio, establecía solo tres etapas: iniciación (fiscalización), instrucción (formulación de cargos) y de finalización (resolución).

Ahora, del estudio de ambos procedimientos, se vislumbra que el fiscalizador participa activamente en cada una de las etapas, desde su inicio, en la aportación de prueba, la proposición de cargos, la proposición de sanciones e, incluso, de manera indirecta en la resolución, pues esta última queda a cargo de una comisión, pero es el fiscalizador quien relata el caso ante ella.

Así, tenemos que el fiscalizador analiza la pertinencia de iniciar o no un procedimiento de fiscalización; en el nuevo procedimiento se incluye formalmente una etapa de “análisis preliminar”, lo que implica que, incluso

⁶ Art. 13, letra e, Resolución Exenta N° 7 FONASA, de 2021.

⁷ Título 5°, inciso 5°, Resolución Exenta N° 2G/911 FONASA, de 2017.

en forma previa a la fiscalización, dicho funcionario gestiona un informe con una propuesta de apertura procedimental, analizando tempranamente los antecedentes recopilados. Una vez notificado el inicio de la fiscalización, el mismo funcionario es quien requiere los antecedentes al prestador, determina si realiza o no una visita inspectiva, recopila los antecedentes y hallazgos, para luego evacuar un segundo informe con la propuesta de formulación de cargos. Posteriormente, será el fiscalizador quien analizará los descargos y evacuará un informe proponiendo la sanción, para llegar finalmente a relatar los hechos y su propuesta ante la propia Comisión de Sanción para el análisis de la decisión definitiva, según ya señalamos.

Por lo tanto, advertimos una notoria interacción y participación del fiscalizador en todas las etapas del procedimiento, quien incide directa e indirectamente en ellas, tal participación se despliega desde el inicio de la fiscalización y hasta la decisión de sancionar al infractor, por la determinación de iniciar o no el procedimiento y hasta la ponderación de la propuesta de sanción. La intervención así reglamentada de este funcionario permite, al menos, plantearnos cierta inquietud en torno al efectivo resguardo de las garantías de defensa para los prestadores de salud sometidos a este procedimiento.

Ahora, esta sobre actividad y carga que lleva consigo la función de fiscalizador en dicho procedimiento, derivada del deber de velar por el resguardo de los recursos públicos, su correcto uso y la verificación de estas circunstancias, podría llegar a implicar que, en la práctica, se dirija el procedimiento bajo una suerte de prejuzgamiento, por la emisión de juicios de valor en los informes fundantes de cada etapa, cuestión difícil de controvertir para el afectado.

Tras revisar el caso analizado, podemos advertir que la participación de un mismo fiscalizador en la decisión de iniciar el procedimiento, la elaboración de la prueba, el pronunciamiento sobre los descargos y, finalmente, la relatoría del caso ante la Comisión de Sanción. Y que, más aún, los antecedentes de prueba ponderados tanto por la resolución sancionatoria, la resolución del Ministro de Salud que rechazó el reclamo administrativo y la propia sentencia de la Corte que desestimó la reclamación judicial del afectado, obedecen exclusivamente a aquellos recopilados tempranamente por dicho funcionario durante la etapa de fiscalización, incluso, algunos de ellos, producidos de forma completamente unilateral.

Sobre este punto, cabe tener presente que cobra especial aplicación lo previsto en el artículo 11 de la Ley N° 19.880 de 2003 que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, conforme a la cual se consagra el principio de imparcialidad, lo que obliga a la Administración a actuar con objetividad y respetar el principio de probidad. En este sentido, sobre la base de esta última norma, puede interpretarse que la encomendación normativa de tales responsabilidades en la persona del funcionario queda sujeta, en todo caso, a la prohibición de actuar con sesgo.

IV. Anticipación de la prueba valorada en el procedimiento

El procedimiento imperante a la fecha de la causa en análisis contemplaba una regulación de los medios de prueba, a los que refiere como “medios de respaldo” y que se consideran como tales “las declaraciones de beneficiarios, las boletas o facturas de cobros, las denuncias formales efectuadas por escrito y debidamente firmadas, las fotocopias de documentación técnica, los expedientes de fiscalización, los formularios de visitas de terreno firmadas por el fiscalizador y el fiscalizado⁸”, sin especificar la valoración que se le asignará a éstos y los requisitos formales para su correcta rendición. Cabe anotar, en todo caso, que la actual normativa omite identificar los medios de prueba y que tampoco regula su producción.

En el caso en especie, conforme el texto de la sentencia analizada se advierte que los medios probatorios de los cuales se valió FONASA para tener por constatados los cargos formulados a la infractora se podrían reducir a tres, esto es, como prueba negativa, la falta de fichas clínicas de determinados pacientes, hecho que goza de presunción legal, según se expondrá más adelante, y como prueba positiva, la declaración de un tercero y de tres pacientes. En este sentido, es llamativa la utilización de la declaración de un tercero totalmente ajeno al procedimiento, en este caso, el médico que aparece como emisor de determinadas ordenes de derivación kinesiológica de pacientes a la infractora, cuyas prestaciones fueron sometidas a la aludida fiscalización. De la misma manera se procedió a la constatación de uno de los cargos, con la declaración de tres pacientes, en su calidad de beneficiarios de las prestaciones. Ambas pruebas, identificadas como “declaraciones”, fueron pruebas elaboradas por el propio fiscalizador, de las cuales la prestadora de salud solo tomó conocimiento al momento de los cargos.

En este contexto, es dable aludir a la posibilidad de producción unilateral de medios de prueba. Romero Seguel se refiere a ello u observa que, dentro de las potestades que tiene la Administración, la que logra mayor eficacia probatoria es la producción unilateral de los medios de convicción que sustentan sus actos de condena. Esta manifestación está vinculada, preferentemente, con la actividad de fiscalización, cuando el agente estatal es revestido de la calidad de ministro de fe para constar hechos que terminan configurando el medio de prueba. El autor advierte que, en su opinión, existe una necesidad de controlar estos privilegios, pues sostener lo contrario llevaría a negar que en la producción de estos medios de prueba la Administración esté exenta de realizar actuaciones irregulares, antijurídicas o incluso carentes de objetividad⁹.

Sí consideramos que la única prueba valorada en este procedimiento, son las declaraciones de los beneficiarios y de un tercero, que el fiscalizador decidió ejecutar, según los antecedentes de la causa, mediante llamados

⁸ Resolución Exenta N° 2G/911 FONASA, de 2017.

⁹ ROMERO SEGUEL 2016, 96-97.

telefónicos, en la etapa de fiscalización del procedimiento o iniciación y sin intervención del fiscalizado, resulta factible constatar que se verifica aquí un adelanto de prueba en el procedimiento, elaborado de forma unilateral por la Administración, sin poder realmente ser contra examinada por el infractor o tener algún tipo de participación en la producción de la misma.

V. Derecho a la defensa y fiscalización

Sobre este punto, cabe anotar que tanto el procedimiento anterior, como el actualmente vigente establecen como una consideración esencial, el deber de asegurar a los prestadores de salud el contar con las garantías de adecuada defensa en los casos que se encuentren sometidos a este procedimiento administrativo.

Sin perjuicio de lo anterior, el procedimiento antiguo, bajo el cual se sancionó a la prestadora del caso analizado, contemplaba una suerte de lineamientos respecto a qué requisitos se deben cumplir para que el prestador cuente con una adecuada defensa, todos los cuales fueron omitidos en la actual normativa. Al efecto, exigía como condición la existencia de un proceso administrativo claramente reglado, ejecutado conforme a la normativa existente, de carácter público y que otorgue a los fiscalizados las oportunidades para que ejerzan una adecuada defensa.

En este sentido, más allá de la regulación expresa en orden a garantizar una debida defensa, cabe preguntarse si dicha premisa se cumple efectivamente en atención a la forma como está dispuesto el procedimiento de fiscalización y sanción en este caso.

En cuanto al derecho a la defensa en procedimientos administrativos, Cordero Quinzacara ha señalado que para el cumplimiento de este derecho, se deben cumplir los siguientes supuestos: que la formulación de cargos debe ser fundada; que los cargos deban ser formulados de forma precisa y determinada; la existencia de un plazo razonable para poder ejercer dicha defensa; la posibilidad de hacer todo tipo de defensas y alegaciones en relación con los cargos formulados; la posibilidad de rendir todo tipo de pruebas que permita desvirtuar los cargos; y presentar los recursos que sean procedentes respecto de los defectos de tramitación en el procedimiento¹⁰.

De este punto de vista, resulta interesante analizar sí, en el caso expuesto, se contó realmente con la posibilidad de rendir todo tipo de pruebas, pues la única documentación requerida fueron las fichas clínicas de los pacientes cuyas prestaciones estaban siendo cuestionadas, no resultando útil el acompañamiento de otros documentos para estos efectos.

Sobre este último punto, cabe considerar, además, que la propia reglamentación contempla una presunción legal en este sentido. La Resolución

¹⁰ CORDERO QUINZACARA 2014, 310-311.

Exenta N° 277 del año 2011 del Ministerio de Salud y sus modificaciones establece en la letra c.3) del punto 30.1, que:

(l)os profesionales y entidades deberán conservar las fichas clínicas que contengan las atenciones, por un plazo a lo menos cinco años, a contar de la última atención efectuada a un paciente. En caso de no disponerse de este documento, las prestaciones se entenderán por no efectuadas, salvo que el prestador acredite fehacientemente que las prestaciones fueron realizadas¹¹.

En el caso en especie, al margen del análisis de fondo de la decisión de la Corte de Apelaciones en este punto, podemos advertir que bastó aplicar la presunción legal ya referida para poder concluir que, al no haberse exhibido la documentación acreditativa o de respaldo, correspondía tener como no efectuadas las prestaciones respectivas.

En sentencia de 2021 de la Corte Suprema *Carla Vaccarezza Catril con Fondo Nacional de Salud*, referente a un caso de similares características, en que una prestadora, también kinesióloga, sancionada por FONASA, se negó a entregar al órgano administrativo diez fichas clínicas de pacientes, por no haber obtenido autorización expresa de ellos. Tras recurrir de protección, la acción fue rechazada en primera instancia pero finalmente acogida por la Corte Suprema, la cual revocó en parte el fallo, accediendo a rebajar la multa aplicada, por estimar que la negación en la entrega de las fichas clínicas se enmarcaba dentro de la ley, pues el contenido de las mismas incluye datos sensibles, y que la circunstancia de que, para absolverla de los cargos, FONASA requiera igualmente de éstas, vulnera las garantías constitucionales artículo 19 N° 16 y 24 de la Constitución Política de la República¹².

De esta manera, la regulación en la materia presume que no se llevaron a cabo estas prestaciones y la única manera que existe para desvirtuar dicha presunción es, que "el prestador acredite fehacientemente que las prestaciones fueron realizadas", lo que implica que es el fiscalizado quien detenta la carga de la prueba, en términos de que sí no acompaña antecedentes suficientes, o no acredita fehacientemente la realización de las prestaciones, se presumirá que éstas no fueron otorgadas y, con ello, a la configuración de una infracción sancionable por FONASA.

En este sentido, nos parece importante lo que señala Cordero Quinzacara, en cuanto a la existencia de pronunciamientos del Tribunal Constitucional relativos al principio de presunción de inocencia, que tendría como consecuencia, entre otras, el que la ley no pueda establecer presunciones de responsabilidad. El tribunal ha considerado inadmisibles que la ley dé por establecida la existencia del hecho como constitutivo de infracción o el grado

¹¹ Resolución Exenta N° 277 FONASA, de 2011.

¹² *Vaccarezza Catril, Carla con Fondo Nacional de Salud* (2021).

de participación que el sujeto tenga en él, impidiéndole a éste demostrar su inocencia por todos los medios de prueba que franquea la ley¹³.

Siguiendo este orden de ideas, en mérito a que el procedimiento administrativo especial tramitado ante FONASA no contempla como etapa la apertura de un término probatorio, estimamos que procedería aplicar de manera supletoria la Ley N° 19.880, cuyo artículo 35 dispone que no existen límites a los medios de prueba, en la medida que sean admisible en derecho. De la misma manera, establece que cuando a la Administración no le consten los hechos alegados por los interesados, el instructor –en este caso el fiscalizador– ordenará la apertura de un período de prueba, por un plazo no superior a 30 días ni inferior a diez días, y decidir qué pruebas se podrán practicar. Agregando que el instructor solo podría rechazar las pruebas que sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución fundada¹⁴.

En los considerandos de la sentencia de la Corte de Apelaciones analizada, se advierte que bastó la valoración de la prueba aportada por el fiscalizador y la omisión de presentación de antecedentes por la fiscalizada, para concluir la efectividad de las infracciones a la normativa imputadas.

Así, el que la prestadora no contara con las fichas clínicas requeridas, el testimonio de tres pacientes y la declaración de un tercero, todas producidas en la etapa de fiscalización, fueron antecedentes considerados como suficientes, estimándose, además, que los medios probatorios y alegaciones referidas por la afectada en sus descargos no servían para contrarrestar la presunción legal y enervar la convicción alcanzada por el fiscalizador y a la comisión sancionadora. Lo anterior, pese a que en el procedimiento administrativo no se abrió un término probatorio y que mucha de la prueba se obtuvo unilateralmente y sin contra examen del inculpado.

Romero Seguel, en cuanto al derecho a controlar la prueba en un contexto de litigación pública, señala que se debe considerar dentro de los límites de la prueba producida unilateralmente el derecho a la contradicción en la producción del medio de prueba. Así, cataloga como un privilegio para la Administración el producir sus medios de convicción, sin el control de la parte contra quien se hacen valer¹⁵.

Si advertimos la necesidad de respetar el principio de contradictoriedad consagrado en la propia ley de bases de procedimiento administrativo, en nuestra opinión, cabría ampliar la mirada de este caso, pues nos parece que la prueba anticipada y elaborada de forma unilateral por la Administración, en específico, por el fiscalizador del caso, desatiende dicha norma.

El hecho de que la prestadora no tenga oportunidad de contra examinar y participar activamente de la producción de la prueba valorada en el proce-

¹³ CORDERO QUINZACARA 2014, 313.

¹⁴ Ley N° 19.880, de 2003.

¹⁵ Romero Seguel 2016, 107.

dimiento administrativo, añadiendo que ello incluyó, en este caso, declaraciones recabadas telefónicamente y solo validadas por el fiscalizador, que hacen plena prueba al amparo de la sola investidura de dicho funcionario como ministro de fe, nos parece que contrasta con la obligación que el artículo 10 de la Ley N° 19.880 ya citada, impone a la Administración de adoptar todas las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento.

En esta misma línea, en cuanto al principio de contradictoriedad presente en un procedimiento administrativo sancionador, Osorio Vargas ha señalado que ello se traduce en el derecho garantido de realizar alegaciones y presentar pruebas en cualquier momento o etapa, lo que incluye el derecho a acceder y presenciar las diferentes actuaciones del procedimiento¹⁶, esto dentro del marco de un debido proceso.

Lo anterior, nos parece sumamente relevante, pues comprender la practicidad del principio de contradictoriedad desde el derecho del infractor de acceder a presenciar todas las actuaciones, lleva a que éste pueda participar en la producción de la prueba, incluso aquella impulsada por la propia Administración, poder participar, por ejemplo, de las audiencias en que se recaben las declaraciones de terceros, a fin de formular en ellas un contra examen o requerir precisiones.

En otra línea, advertimos que el rol del fiscalizador en este procedimiento resulta llamativo, pues es el propio reglamento el que establece su participación en cada etapa y la confección de informes con sus conclusiones respecto a la necesidad de iniciar una fiscalización, de formular cargos, qué cargos, análisis de descargos y propuesta de sanción, sumado a la relatoría frente a la Comisión Sancionadora que determinará finalmente la resolución final del procedimiento.

Bajo este argumento, Flores Rivas sostiene que las garantías adjetivas que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora deben ser observadas también en relación a la función fiscalizadora de la Administración. Agrega que, esta premisa se manifiesta en aspectos tan importantes como la oportunidad para ejercer la función fiscalizadora, en la licitud de los medios utilizados para obtener la información necesaria para impetrar un procedimiento administrativo de carácter sancionador, en la fijación de los hechos constitutivos de la infracción administrativa y en la presunción de veracidad de éstos. Concluye que la forma en como la autoridad administrativa obtiene los antecedentes es esencial, a fin de resguardar el debido proceso, revestido de una serie de garantías adjetivas¹⁷.

En este sentido, respecto del procedimiento analizado a propósito de la jurisprudencia judicial del caso, estimamos que plantea debilidades im-

¹⁶ Osorio Vargas 2016, 50.

¹⁷ Flores Rivas 2014, 274-281.

portantes en relación al resguardo efectivo de las garantías de una adecuada defensa, en cuanto es el fiscalizador quien elabora la prueba de forma no controvertida, valora ésta en sus informes, emitiendo su opinión de forma previa a la formulación de cargos y a la intervención de la prestadora. En mérito al análisis, es factible advertir que existe una vinculación importante entre la fiscalización y la resolución del procedimiento, lo que hace plausible exigir similares garantías procesales en ambas etapas.

Conclusiones

1º) Respecto al caso analizado y el procedimiento administrativo especial de fiscalización y sanción aplicado, resulta factible concluir, en primer término, que se sustenta en una participación continua del fiscalizador en todas las etapas del procedimiento, de forma directa o indirecta, proponiendo desde la instrucción de una fiscalización y hasta la sanción del infractor. Lo anterior, podría implicar que el fiscalizador dirija el procedimiento y prejuzgue o emita juicios de valor en sus informes fundantes en cada etapa.

2º) Por otra parte, se evidencia que dicho procedimiento admite el adelanto de prueba, así como también que esta última pueda ser incorporada de forma unilateral por la Administración, esto es, sin intervención del inculpado, el cual queda en estos casos impedido, por ejemplo, de contra examinarla durante su producción, a fin de contrarrestar en algo el despliegue procesal del ente sancionador.

3º) Dado lo anterior, inferimos que el procedimiento administrativo analizado a propósito de la jurisprudencia judicial del caso, exhibe deficiencias en relación al efectivo respeto de las garantías de una adecuada defensa, especialmente en cuanto a la posibilidad de que el fiscalizador elabore prueba de forma unilateral y sin posibilidades de ser controvertida, así como también, que dicho funcionario pueda valorarla en sus informes y emitir opiniones influyentes en el resultado incluso en forma previa a la formulación de cargos y la intervención del inculpado, cuestión que desatiende la contradictoriedad propia de esta clase de procedimientos.

Bibliografía citada

- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014). *Derecho Administrativo Sancionador*. Legal Publishing Chile.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2014). Función fiscalizadora y potestad sancionadora de la Administración del Estado. En Jaime Arancibia Mattar y Pablo Alarcón Jaña [coord.], *Sanciones Administrativas* (pp. 263-281). Legal Publishing Chile.
- OSORIO VARGAS, Cristóbal (2016). *Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador. Parte General*. Legal Publishing Chile.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2016). Los privilegios probatorios de la Administración en la litigación pública. En Jaime Arancibia Mattar y Alejandro Romero Seguel [coord.], *La Prueba en la Litigación Pública* (pp. 83-114). Librotecnia.

Normativa citada

- Decreto N° 1 de 2005 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763 de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469. 23 septiembre 2005. D.O. No. 38.446.
- Ley N° 19.880 de 2003. Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. 22 de mayo de 2003. D.O. No. 37.570.
- Resolución Exenta N° 277 de 2011 [Fondo Nacional de Salud, Ministerio de Salud]. Establece normas técnico administrativas para la aplicación del arancel del régimen de prestaciones de salud del libro II DFL N° 1 del 2005, del Ministerio de Salud en la modalidad de libre elección. 06 de mayo de 2011. D.O. No. 39.976.
- Resolución Exenta N° 2G/871, Fondo Nacional de Salud, aprueba procedimiento de inscripción para profesionales de salud y establecimientos asistenciales de salud en el rol de la modalidad libre elección del régimen de prestaciones de salud. 29 septiembre 2017. D.O. No. 41.877.
- Resolución Exenta N° 2G/911 de 2017 [Fondo Nacional de Salud, Ministerio de Salud]. Aprueba procedimiento para la aplicación de sanciones por infracciones a las normas que regulan la modalidad de libre elección y deja sin efecto Resolución Exenta que indica. 29 de septiembre de 2017. D.O. No. 41.877.
- Resolución Exenta N° 7 de 2021 [Fondo Nacional de Salud, Ministerio de Salud]. Aprueba procedimiento para la fiscalización y aplicación de sanciones a los prestadores inscritos en el rol de la modalidad de libre elección por infracciones a las normas que la regulan, dejando sin efecto Resolución Exenta que indica. 02 de marzo de 2021. D.O. No. 42.909.

Jurisprudencia citada

- Escobar Medel, con Ministerio de Salud* (2022): Corte de Apelaciones de Talca, 07 de junio de 2022 (Rol N° 14-2022). Primera Sala [Recurso de reclamación].
- Vergara Fierro, Marco con Ministerio de Salud* (2022): Corte de Apelaciones de Concepción, 25 de mayo de 2022 (Rol N° 17-2022). Tercera Sala [Recurso de reclamación].
- Servicios Médicos Respira Salud SpA con Ministro de Salud* (2022): Corte de Apelaciones de Santiago, 09 de mayo de 2022 (Rol N° 547-2021). Octava sala [Recurso de reclamación].
- Gutiérrez Varas, Jorge con Fondo Nacional de Salud* (2022): Corte de Apelaciones de Santiago, 08 de abril de 2022 (Rol N° 26-2022). Cuarta Sala [Recurso de reclamación].
- Bertoli García, María con Ministerio de Salud* (2021): Corte de Apelaciones de Santiago, 07 septiembre 2021 (Rol N° 792-2020). Segunda Sala [Recurso de reclamación].
- Vaccarezza Catril, Carla con Fondo Nacional de Salud* (2021): Corte Suprema, 13 de septiembre de 2021 (Rol N° 38.554-2021). Tercera Sala [Apelación, acción de Protección].
- Belmar Arce, María José con Subsecretaría de Salud Pública* (2021): Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de octubre de 2021 (Rol N° 779-2020). Sexta Sala [Recurso de reclamación].
- Flores Madrid, Claudio con Ministro de Salud* (2020): Corte de Apelaciones de Santiago, 03 de diciembre de 2020 (Rol N° 330-2020). Octava Sala [Recurso de reclamación].
- Pincheira Fuentealba, Gustavo con Ministerio de Salud* (2020): Corte de Apelaciones de Concepción, 19 de octubre de 2020 (Rol N° 25-2020). Segunda Sala. [Recurso de reclamación].
- Naves Sepúlveda, Álvaro con Ministerio de Salud* (2020): Corte de Apelaciones de San Miguel, 30 de julio de 2020 (Rol N° 29-2020). Segunda Sala. [Recurso de reclamación].

Arancibia, Jaime; Flores, Juan Carlos, y Gómez, Rosa Fernanda (2022)

Procedimiento administrativo electrónico. Análisis de la reforma de la Ley N° 19.880, Santiago: DER Ediciones, 234 páginas.

La obra conjunta de los autores Arancibia, Flores y Gómez sobre procedimiento administrativo electrónico resulta novedosa y contingente, pues se trata del primer texto académico que aborda las principales modificaciones introducidas a la Ley N° 19.880 que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. Por ello, es un trabajo imperdible para todos quienes quieran comprender y reflexionar en torno al nuevo paradigma que conlleva la exigencia de utilizar medios digitales, sus particularidades y desafíos.

El libro se encuentra dividido en cuatro capítulos: "Obligatoriedad de la Ley de Transformación Digital del Estado (N° 21.180)"; "Los principios de la Ley de Transformación Digital del Estado (N° 21.180): contenido y manifestaciones"; "El expediente administrativo en la Ley N° 19.880 y Ley N° 21.180" y "Notificaciones por medios electrónicos. Revisión de los aspectos más relevantes de la reforma a la Ley N° 19.880". En cada uno de ellos, los autores tratan distintos aspectos del procedimiento administrativo, desde lo más amplio hasta lo más específico –obligatoriedad de la Ley de Transformación Digital del Estado, los principios de que incorpora la ley, el expediente administrativo y las notificaciones electrónicas–, otorgando las principales bases normativas, pero además identificando aquellos elementos que presentan mayores complejidades tanto para la Administración como para las personas que se relacionan con la misma.

Adicionalmente, el libro contiene una sección de anexos muy útiles para los lectores de la obra. El Anexo N° 1 incluye un cuadro comparativo de la Ley N° 19.880 en sus versiones previa y posterior a la Ley de Transformación Digital

del Estado. También reproduce (cinco en total) los decretos con fuerza de ley y normas reglamentarias dictadas al amparo de la Ley de Transformación Digital y, finalmente, la Ley N° 21.464, que introdujo modificaciones a Ley de Transformación Digital y al DFL N° 1 en relación con la entrada en vigencia e implementación de esta reforma. El Anexo N° 2 contiene un resumen de las normas técnicas, de gran utilidad, teniendo en cuenta la complejidad de una reforma que no solo considera múltiples normas reglamentarias sino también seis normas técnicas. Por último, el Anexo N° 3 da cuenta de la entrada en vigencia y gradualidad de la Ley N° 21.180 o Ley de Transformación Digital del Estado a través de dos cuadros muy didácticos.

En el primer capítulo, referido a la obligatoriedad del nuevo paradigma del procedimiento administrativo electrónico, Jaime Arancibia Mattar integra y reproduce las principales disposiciones tanto legales como reglamentarias sobre el ámbito y alcances de esta nueva normativa, lo que permite tener una visión completa de esta materia, lo que en sí mismo es un gran aporte, considerando que esta reforma viene acompañada de múltiples normas reglamentarias y técnicas. En este sentido, el autor trata la obligatoriedad y su alcance respecto de procedimientos especiales y analiza excepciones a la misma. Estas excepciones también son referidas en los otros capítulos de la obra, ya que se vinculan con el reconocimiento legislativo en cuanto a la imposibilidad de que todas las personas puedan interactuar de manera digital con la Administración del Estado. Finalmente, el autor da cuenta de la entrada en vigencia estas modificaciones y su vinculación con las fases de implementación previstas en el Anexo N° 3.

El segundo capítulo revisa y comenta los principios expresamente introducidos por la Ley de Transformación Digital del Estado, pero además realiza una sistematización de otros principios cuya expresión no se efectúa de manera literal pero cuyo contenido emana de diversas disposiciones de la norma. Así, es interesante cómo el autor reconoce esta dualidad entre principios expresamente reconocidos –tales como gratuidad, actualización tecnológica, equivalencia funcional, fidelidad del expediente, interoperabilidad, cooperación y neutralidad tecnológica– y otros implícitos, cuya construcción corresponderá a la doctrina y la jurisprudencia. Por cierto, es especialmente con esta segunda categoría donde el autor realiza un aporte a la comprensión de la nueva realidad del procedimiento administrativo electrónico al otorgar herramientas para la futura interpretación de la nueva regulación. En este sentido, reconoce cinco principios adicionales consistentes en la autenticidad documental, ciberseguridad, accesibilidad, disponibilidad y confidencialidad de la información sensible. De estos principios, resultan especialmente destacables la autenticidad y la disponibilidad. El primero, por cuanto la autenticidad se debe vincular con la emisión de un acto válido, pero también con la celeridad de las comunicaciones entre la Administración y la certeza de que los documentos no electrónicos que se incorporen a un expediente sean fieles a su original. El segundo, pues es un derecho de las personas conocer el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, así como obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente. Esto supone un desafío técnico, pero también un desafío jurídico, consistente en determinar quiénes tienen el carácter de interesado y, por ende, quiénes pueden acceder al expediente.

Respecto del tercer capítulo, referido al expediente administrativo, lo primero que debe ser destacado es que el autor

lo divide entre consideraciones más tradicionales del expediente administrativo y el concepto de expediente electrónico introducido por la Ley N° 21.180. En este sentido, parte por revisar, y para ello acude a doctrina tanto nacional como extranjera, el concepto de expediente administrativo, el rol del mismo, su acceso y el uso de posible información sensible. En cuanto al concepto mismo de “expediente electrónico”, el autor reconoce que este no se encuentra definido por la Ley de Transformación Digital del Estado, sin perjuicio de que la norma reglamentaria establece de qué se compone dicho expediente y también su acceso. Vinculado a lo anterior, Juan Carlos Flores Rivas trata el concepto de documento electrónico y la autenticidad del mismo en estrecha conexión con lo tratado en el capítulo segundo y con los principios introducidos por la nueva normativa.

Finalmente, en el capítulo cuarto, se tratan las notificaciones electrónicas. Esta es la segunda publicación de la académica Rosa Fernanda Gómez González sobre la materia, y ello se nota en su tratamiento agudo y en sus acertadas conclusiones. Sin duda, este será uno de los temas más sensibles de la implementación de la transformación digital del procedimiento administrativo. Ello por diversas razones; entre ellas, por las exigencias tecnológicas tanto para la Administración como para las personas, pero principalmente por ser la notificación uno de los elementos clave para permitir un adecuado cumplimiento del principio del debido procedimiento administrativo. En este sentido, la autora sistematiza las nuevas reglas sobre notificación y reflexiona en torno a la notificación electrónica como regla general, los desafíos planteados por esta nueva forma de notificación, la validez y los efectos de la misma.

En definitiva, estamos en presencia de la primera obra que aborda de manera conjunta los aspectos de mayor relevancia derivados de la Ley N° 21.180. Ello merece que este trabajo sea destacado, por

que, además, los autores realizan un trabajo profundo y complejo al sistematizar y relacionar normas de diversa jerarquía. Y por si lo anterior no fuese suficiente, identifican problemáticas y desafíos que conllevará la implementación de este nuevo paradigma. A todo lo anterior, se deben sumar los valiosos anexos que resultan imprescindibles para el estudio de las reglas y principios que se aplican al procedimiento administrativo electróni-

co. En suma, se trata de una obra faro en materia de procedimiento administrativo electrónico y de consulta obligatoria para todos quienes formen parte o se relacionen con la Administración del Estado.

Carolina Helfmann Martini

*Profesora de Derecho Administrativo y
Municipal en la Pontificia Universidad
Católica de Chile*

Díaz Bravo, Enrique (2019)

El recurso en materia de Contratación Pública en el Derecho europeo y su aplicación en España. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 389 páginas.

I. Ideas principales

El autor dedica su obra al estudio pormenorizado y sistematizado del sistema de recursos en los procedimientos de contratación pública, particularmente en el Derecho europeo y, conforme su mismo título lo expresa, a su aplicación práctica en España.

En cuanto a aspectos formales, el sistema adoptado para realizar dicho estudio ha sido la división del libro en tres grandes capítulos, que van desde lo más general hacia lo más particular.

Al respecto, y para una acabada comprensión de la obra, es importante destacar que sus hilos conductores, o si se prefiere, las bases a partir de las cuales se desarrolla el tema, son principalmente dos: primero, el desarrollo de la Contratación Pública en el contexto de un Estado social y democrático de Derecho y, segundo, el carácter internacional de esta disciplina.

Respecto del primer hilo conductor, el autor se refiere de forma transversal –a lo largo de sus tres capítulos– al sistema recursivo de los procedimientos de contratación pública en tanto garantía de resguardo de los principios que rigen esta rama del Derecho, especialmente del principio de igualdad que debe regir toda contratación, el cual se encuentra estrechamente vinculado al derecho fundamental a una tutela jurisdiccional efectiva, y también de los principios de seguridad jurídica y predictibilidad, ambos destacados por Gimeno Feliú¹ como elementos cruciales para el control efectivo del sistema.

En cuanto al segundo hilo conductor –el carácter internacional de la Contratación Pública–, es posible advertirlo a partir del estudio que el autor realiza del denomina-

do “Recurso Especial”, propio del sistema español de contratación, en el contexto de un sistema comunitario de recursos en materia de contratación pública.

II. Cuestiones fundamentales

Una cuestión preliminar a destacar sobre el libro de Díaz Bravo, es que se incluye, a modo de prólogo, un breve estudio introductorio de José Antonio Moreno Molina, Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha, en el que se pone de relieve el aporte de la obra en comento, que es el resultado de la tesis doctoral del autor bajo la dirección de Moreno Molina, y en la que se sintetizan varias de las cuestiones más relevantes del estado del arte del Derecho de la contratación pública a nivel de la Unión Europea.

En la obra, se aborda, en un primer capítulo, aquello relativo a los antecedentes y a las fuentes de la Contratación Pública en la Unión Europea, al sistema de recursos de esta disciplina del Derecho y, especialmente, a dos temas trascendentales, como son los principios que rigen el sistema recursivo de la contratación pública y la evolución que han experimentado las Directivas sobre la materia en la Unión Europea.

En su segundo capítulo, el autor introduce el contenido del sistema de recursos existente en la Unión Europea realizando un estudio específico acerca de las fuentes formales que lo consagran y al impacto que sus modificaciones han producido sobre materias tales como la accesibilidad de los recursos, los actos recurribles, las características del órgano que conoce y resuelve dichos recursos, como también respecto de las facultades y medidas posibles de ser adoptadas por los órganos que conocen y resuelven

¹ GIMENO 2013, 101.

recursos presentados en un contexto de procedimientos de contratación pública.

Es necesario destacar, en este apartado, la prolijidad del autor para relacionar el sistema de recursos vigente en la Unión Europea con el respeto del derecho fundamental a una tutela jurisdiccional efectiva en materia de contratación pública. Dicho elemento, que es desarrollado a partir de un análisis de los "Foros supranacionales de tutela"², constituye un gran aporte para la sistematización del estudio de los principios que guían y desarrollan el Derecho de la Contratación Pública, particularmente en lo relativo a la defensa de los intereses de los particulares en su relación con la Administración en un contexto de procedimientos administrativos de contratación.

En su tercer y último capítulo, el autor materializa en el estudio del Recurso Especial de Contratación, actualmente regulado por en el Capítulo V de la Ley de Contratos del Sector Público,³ todo aquel contenido analizado de forma previa en el capítulo de carácter general relativo al sistema recursivo de la contratación pública, como asimismo en aquel dedica al estudio del sistema recursivo de la contratación pública a nivel comunitario.

Respecto de este último capítulo, es de toda justicia destacar la rigurosidad del autor al realizar un análisis jurisprudencial comparado, de los casos español e italiano a la luz de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, relativos a las denominadas "tasas de acceso a la justicia"⁴, que culmina en la identificación de criterios que, según se ha señalado, de no cumplirse podrían afectar el principio de tutela judicial efectiva que debe regir todo procedimiento de contratación, mostrando además la unidad del Derecho europeo.

III. Corolario

Considero que la obra objeto de esta recensión constituye un aporte real para el estudio y desarrollo del Derecho de la Contratación Pública, principalmente en aquello relativo a la defensa de los derechos de los ciudadanos frente a las medidas que puedan ser adoptadas por las Administraciones Públicas en el marco de procedimientos administrativos de contratación, especialmente con miras al interés general, como ha planteado Rodríguez-Arana⁵.

Lo anterior se manifiesta no solo desde una perspectiva dogmática o doctrinaria, sino que desde un aspecto tan práctico como es posible, con análisis normativos, jurisprudenciales y casuísticos que convierten a esta obra en una de carácter obligatorio para quienes deseen dedicarse al estudio de la Contratación Pública en general, y al estudio de los mecanismos destinados al resguardo de los principios que la rigen, en particular.

Camilo Sánchez Villagrán

Profesor Ayudante de Derecho Administrativo, Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás, Chile.

Licenciado en Derecho y Magíster en Derecho Público, Universidad Santo Tomás, Chile.

Bibliografía

GIMENO FELIÚ, José María (2013). Los Tribunales Administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas. Balance y prospectiva. *Revista Catalana de Dret Públic*, (47); pp. 87-102. DOI: 10.2436/20.8030.01.13

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2012). *Interés general, derecho administrativo y estado de bienestar*. Iustel.

² DÍAZ 2019, 147.

³ DÍAZ 2019, 199.

⁴ DÍAZ 2019, 312.

⁵ RODRÍGUEZ-ARANA, 2013.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

I. Envío de colaboraciones y temas de interés

La *Revista de Derecho Administrativo Económico* (ReDAE) es una publicación de la Pontificia Universidad Católica de Chile, especializada en Derecho Administrativo General y Derecho Administrativo Económico e indexada en Latindex y SCOPUS. Recoge estudios de doctrina, comentarios de jurisprudencia, ensayos y reseñas o comentarios bibliográficos en las siguientes áreas de derecho: Administrativo General, Administrativo Económico, Bienes de Uso Público, Aguas, Minas, Energía, Urbanismo, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente promoviendo el conocimiento, la investigación y difusión de dichas disciplinas.

En este contexto, la Revista mantiene modernos criterios de política editorial, dirigidos tanto a los autores como a los usuarios de la publicación; y cuenta con una clara normativa relativa a la gestión de los derechos de propiedad intelectual.

II. Normas sobre referencias bibliográficas

La normativa de la *Revista de Derecho Administrativo Económico* (ReDAE) que a continuación se presenta, y que alude a la estructura de los trabajos y sus correspondientes referencias bibliográficas, cumple con los estándares de citación de la *American Psychological Association* (APA) 7ª edición, sin perjuicio de las modificaciones que se señalarán posteriormente en la sección Bibliografía citada.

III. Normas de publicación referidas a los autores

1. Solicitudes de publicación

Los interesados pueden enviar durante todo el año sus trabajos de investigación, los cuales deberán ser originales e inéditos, y cumplir con las instrucciones contenidas en este documento.

La ReDAE utiliza el sistema Open Journal Systems (OJS), por lo que para el envío de trabajos se debe ingresar a <http://ojs.uc.cl/index.php/REDAE> y registrarse con un Nombre de usuario y contraseña. Los archivos deben ser enviados mediante esta plataforma en Microsoft Word o en formato compatible y en lengua castellana.

2. Compromiso con el editor

El envío de un trabajo original e inédito supone el compromiso por parte del autor de no someterlo simultáneamente a consideración de otras publicaciones periódicas, así como el conocimiento del autor de las presentes normas y políticas editoriales.

IV. Reglas para la sección Doctrina: Estudios e Investigaciones

Los artículos publicados en esta sección, son únicamente estudios e investigaciones de dogmática jurídica, es decir, análisis de las fuentes de derecho vigente.

- Los trabajos deberán ser escritos en tamaño carta, de medidas 21.59 cm x 27.94 cm.
- Los márgenes deben ser de 2.54 cm de todos los lados.
- Su extensión máxima será de ochenta mil caracteres (80.000) con espacios, incluidas las notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso; con interlineado sencillo y sin espacios entre párrafos.
- La fuente debe ser Times New Roman tamaño 12 para el texto y 10 para las notas a pie de página, con uso de caja amplia.
- Todo el cuerpo del trabajo debe ir justificado.
- Cada párrafo debe comenzar con una sangría de ½ pulgada (1,27 cm.) a la izquierda.
- No se deben incluir viñetas o adornos innecesarios, así como negritas o subrayados no indicados específicamente. Los destacados o énfasis de palabras o conceptos especiales deberán llevar cursivas.
- En nota a pie de página inicial, antes de las notas correlativas, se incluirá la filiación académica principal del autor o autores, precisando la institución de origen, ciudad y país, grados académicos e institución, dirección de correo postal y el correo electrónico institucional.
- La numeración debe estar ubicada en la esquina inferior derecha.

V. Reglas para las otras secciones

Son aplicables a las otras secciones de la Revista las mismas reglas indicadas para la sección Doctrina, con las siguientes precisiones o modificaciones:

- Ensayos: Los artículos publicados en esta sección, son aquellos que no son el fruto de un Estudio o Investigación, o se trate de reflexiones de una entidad distinta a la propia de una Investigación o Estudio; también pueden publicarse en esta sección aquellas reflexiones en materia de políticas públicas o propuestas de modificación legislativa. De todas maneras, dichos artículos también serán sometidos a doble arbitraje ciego. Su extensión no deberá ser mayor a treinta y cinco mil caracteres (35.000) con espacios, incluidas notas al pie de página, bibliografía y apéndices en su caso.
- Comentarios de jurisprudencia: no se incluirá título en inglés, resumen o abstract ni palabras clave. Su extensión no deberá ser mayor a treinta y cinco mil caracteres (35.000) con espacios, incluidas notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso.
- Bibliografía: Recensiones: su extensión total no deberá ser mayor a diez mil quinientos caracteres (10.500) con espacios, incluidas notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título del trabajo que es reseñado (apellidos y nombre del autor, año de publicación (entre paréntesis), nombre de la publicación, ciudad y editorial (entre paréntesis), y número total de páginas. No se incluirá resumen ejecutivo ni abstract. El nombre del autor de la recensión o reseña y de la institución de origen, incluyendo la ciudad y país, irán al final del trabajo.

1. Estructura del trabajo

- La primera página incluirá el título del trabajo (en castellano y en inglés) alineada en forma centrada y en minúsculas, el nombre de su autor o autores alineados a la derecha; un resumen (en castellano y en inglés) de trescientos (300) caracteres con espacios incluidos como máximo. Finalmente, se deben agregar tres (3) a cinco (5) palabras clave (en castellano y en inglés). Estas reglas aplican también a comentarios de jurisprudencia.
- No se debe incluir portada aparte del texto.
- El orden predeterminado corresponde al siguiente:

Nombre del trabajo centrado en minúsculas, en castellano y en inglés

Autores o autores alineados a la derecha con un asterisco (*) nota a pie de página donde se indiquen las referencias del autor dichas anteriormente. Si el trabajo incluye dos autores se debe usar la referencia con el símbolo ** y así sucesivamente.

Resumen y palabras claves /abstract y keywords.

Introducción (en negritas) y sin enumeración.

Texto o cuerpo del trabajo. Los títulos deberán numerarse I, 1, a, i); 2, a, i); II, 1, a, i); etc.

Conclusión (en negritas).

Bibliografía (en negritas).

Normativa citada (en negrita)

Jurisprudencia citada (en negrita)

2 Tablas

Las tablas deben ir en el orden en que aparecen como complemento o arrojan datos según el tema que se está tratando en el trabajo. Se debe incluir el número de tabla con negritas (por ejemplo, Tabla 1) y el título debe ir debajo del número de la tabla y en cursivas, ambas alineadas a la izquierda. En una nota debajo de la tabla se debe informar sobre la autoría de la tabla, ya sea de elaboración propia o, de lo contrario, referirla a quien pertenezca originalmente.

El texto de la tabla se debe ser el mismo que el resto del trabajo, es decir, Times New Roman tamaño 12.

Estas instrucciones se aplican de igual forma a las Figuras.

3. Citas

3.1. Citas textuales

Independiente si se trata de citas textuales, parafraseadas u otras, siempre se debe citar a pie de página como se muestra en la sección 4.2.

- Citas con menos de 40 palabras.

Se incorpora en el mismo texto empezando y finalizando con comillas.

- Citas con más de 40 palabras.

Si la cita tiene más de 40 palabras, debe escribirse aparte del texto. Al lado izquierdo debe ir una sangría de 1,27 centímetros en todo el cuerpo de la cita sin comillas.

4. Bibliografía citada

Al final del trabajo debe ir la lista de referencias utilizadas y efectivamente citadas en el trabajo. La palabra referencias debe ir en negritas. Cada una de estas citas debe tener una sangría [francesa] de 1,27 centímetros al margen izquierdo.

El orden de las referencias se separa según la Bibliografía citada, las Normas citadas y la Jurisprudencia citada; todas ellas en orden alfabético.

Se aceptará individualizar a los autores con un apellido si solo poseen este o dos apellidos, tanto en el listado contenido en la Bibliografía citada como en las referencias utilizadas.

Ejemplos de cita:

a) Libro

- Impreso: Apellido Apellido Autor, Nombre (año). *Título del trabajo*. Editorial.

Ejemplo: García Ureta, A. (2006). *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*. Marcial Pons.

- En línea

Apellido Apellido Autor, Nombre y Apellido Apellido Autor, Nombre (año). *Título del libro*. Editorial. DOI o URL

b) Capítulos de libros: Apellido Apellido Autor, Nombre (año). Título del capítulo o entrada en N. Apellido Apellido Editor o Coordinador (Ed./Coord.), *Título del libro* (xx ed., Vol. xx, pp. xxx-xxx). Editorial.

Ejemplo: Moraga Klenner, C. (2008). Derecho Público chileno, y los principios de legalidad administrativa y de juridicidad. En R. Pantoja Bauzá [Coord.], *Derecho Administrativo. 120 años de cátedra* (pp. 277-323). Editorial Jurídica de Chile.

c) Artículo de revista: Apellido Apellido Autor, Nombre (año). Título del artículo. *Nombre de la revista Volumen* (número), páginas. Doi (si lo tuviese).

Ejemplo: Agüero Vargas, F. y Toro Bossay, L. (2010). Límite a la potestad inspectora de la Administración: el caso de la Fiscalía Nacional Económica. *Revista de Derecho Público* (75), 16-59.

d) Documentos en formato electrónico: Apellido Apellido Autor, A., Apellido Apellido Autor, B. y Apellido Apellido Autor, C. (día de mes de año). *Título de la página web*. Nombre de la página. <https://url.com>

e) Tesis o monografía: Apellido Apellido Autor, Nombre (año). *Título* [Memoria o tesis para optar al grado, Institución].

Ejemplo: Leal Vásquez, B. (2014). *La potestad de inspección de la Administración del Estado* [Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile].

5. Normas citadas

Solo se admiten abreviaturas de normas si el autor ofrece un listado alfabético de abreviaturas.

A. *Constitución Política*

Forma estándar: Nombre oficial de la Constitución [abreviación]. Artículo específico citado. Fecha de promulgación (País).

Ejemplo: Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 6. 7 de julio de 1991 (Colombia).

B. *Leyes que no sean códigos*

Forma estándar: Número y año de la ley. Asunto. Fecha de promulgación. Número en el Diario Oficial.

Ejemplo: Ley N° 21.248 de 2020. Reforma Constitucional que permite el Retiro Excepcional de los Fondos acumulados de Capitalización Individual en las condiciones que indica. 30 de julio de 2020. D.O. No. 42.709.

C. *Códigos*

Forma estándar: Título oficial del Código [abreviación]. Número y año de la ley a que corresponde. Artículo(s) citado(s). Fecha de promulgación (país).

Ejemplo: Código Procesal Penal [CPP]. Ley N° 19.696 de 2000. 29 de septiembre de 2000 (Chile).

D. *Decretos con fuerza de ley*

Forma estándar: Número y año del decreto [con fuerza de ley]. Asunto. Fecha de promulgación del decreto. Número en el Diario Oficial.

Ejemplo: Decreto N° 1 de 2005 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469. 24 de abril de 2006. D.O. No. 38.446.

E. *Decretos / ordenanzas / acuerdos / resoluciones*

Forma estándar: Número y año del decreto / ordenanza / acuerdo / resolución [Ente que lo promulgó]. Asunto. Fecha de promulgación del acto. Ente que lo promulgó.

Ejemplo: Resolución N° 6577 de 2008 [Ministerio de Educación]. Por la cual se establecen los parámetros y procedimientos para la fijación de la tarifa de matrícula. 29 de septiembre de 2008.

F. *Órganos Internacionales Tratados y otros acuerdos internacionales*

Forma estándar: Acuerdos o tratados entre dos o tres participantes: Nombre del tratado o del acuerdo. Asunto del tratado. Participantes (X – Y). Artículo. Fecha. Acuerdos o tratados multilaterales: Nombre del tratado o de la convención. Artículo. Fecha.

Ejemplo: Convención de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. Artículo 3°. 12 de agosto de 1949.

6. Jurisprudencia citada

Se deberá considerar al final del trabajo un listado de todas las referencias jurisprudenciales efectivamente citadas o referidas. Estas se ordenarán, primero, cronológicamente, y, después, alfabéticamente, por el nombre de las partes.

Forma estándar: *Nombre de las partes* (año): Tribunal, día de mes de año (Rol N°). Sala. [Recurso].

Ejemplo: *Pinto con Hospital Clínico San Borja Arriarán* (2019): Corte Suprema, 25 de julio de 2019 (Rol N° 11238-2019). Tercera Sala. [Recurso de casación].

- Casos de derecho internacional

Forma estándar

Participantes X vs. Y. Número del caso. Tipo de proceso. Número Parágrafo. (Fecha).

Ejemplo: *Fiscalía vs. Kayishema & Ruzindana*. Caso No. ICTR 95-1-T. Juicio. Parágrafo 126 (21 de mayo de 1999).

7. Referencias abreviadas en general

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.

Se recomienda no efectuar citaciones de trabajos que no han sido confrontados directamente por el autor, ya sea críticamente o siguiendo sus planteamientos.

8. Referencia abreviada de Obras

A diferencia del sistema de citación APA, en las referencias abreviadas a libros, artículos de revista y demás formatos, se señalarán en la nota al pie solo los apellidos del autor, el año y el número(s) de página(s) precisa(s) en que aparece la referencia citada.

Ejemplo:

- Obras con un autor: Cassagne 2006, 52. / Moderne 2005, 113.
- Si hay dos autores citados con el mismo primer apellido, debe incluirse además el segundo apellido o nombre para diferenciarlos.
- Obras con dos autores: García de Enterría y Fernández tomo I, 392.
- Obras con tres o más autores: Embid *et al.* 2002, 94.
- Más de una obra de diferentes autores: "Varios autores (Alsana 1984, 51; Colodro 1986, 41; López y Muñoz 1994, 32) concluyeron que...".
- Más de una obra de un mismo autor, publicadas en el mismo año: Guzmán 2005a y Guzmán 2005b.

9. Referencia abreviada de Normas

Se deberá indicar, en su caso, el número de la norma y su año de publicación. Los lectores podrán verificar los datos completos de la norma citada en el listado de "Normas citadas".

Ejemplo: Ley N° 19.880, de 2003.

10. Referencias abreviadas de Jurisprudencia

Ejemplos:

- a) En sentencias judiciales: *Pinto con Hospital Clínico* (2019) o *Pinto* (2019). Se permite agregar considerandos de la sentencia de la siguiente forma: *Pinto con Hospital Clínico* (2019), c. 5°.
- b) En sentencias constitucionales: Sentencia TC Rol N° 1303 (2010).
- c) En dictámenes: Dictamen N° 70.637 (2013); Dictamen N° 04 (2014).

VI. Evaluación y publicación de trabajos

Sobre las correcciones de prueba. Los trabajos presentados a la *Revista de Derecho Administrativo Económico* (ReDAE), serán revisados por ayudantes de redacción para la verificación del cumplimiento de estas normas, su corrección gramatical, ortográfica, atingencia y novedad, de manera previa al envío al doble arbitraje. Las solicitudes de corrección de los trabajos a sus autores no generan un compromiso de publicación por parte de la *Revista*. Para mantener la transparencia, se debe cuidar cualquier autorreferencia que delaten su autoría, por ejemplo, autocitas.

La *Revista* cuenta con un filtro antiplagio.

1. **Sobre el arbitraje.** Los trabajos de Doctrina, previamente revisados por la Redacción de la *Revista*, serán evaluados anónimamente por, al menos, dos árbitros ciegos designados por la dirección de la *Revista*. En el caso que un autor sea profesor afiliado a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, los informes de sus colaboraciones serán efectuados por árbitros externos, ajenos a dicha Facultad.

2. **Sobre la decisión de publicar.** La *Revista de Derecho Administrativo Económico* (ReDAE), se reserva el derecho de decidir sobre la efectiva publicación de los trabajos presentados, así como el número específico en que se publicarán. Si no se aceptara la publicación de algún trabajo, se informará al autor tal decisión, dando cuenta justificada de ella. La aceptación de un trabajo se entenderá firme una vez que el autor reciba un aviso de confirmación por escrito.

3. **Sobre el Contrato de edición.** Una vez aceptado un trabajo para su publicación, el autor deberá firmar un Contrato de edición o cesión de derecho a favor de la *Revista de Derecho Administrativo Económico* (ReDAE) y remitirla a la *Revista* en el plazo establecido por ésta; por medio de dicho contrato, el autor cede a la *Revista*, a título gratuito, el derecho a la publicación, republicación, distribución, venta, licencia y reproducción de la obra, en formato físico y/o por medios gráficos, magnéticos o electrónicos (y por todos los otros medios conocidos o por conocerse), y en la forma y condiciones que se estipulen en dicho instrumento. Así mismo, otorga a la *Revista* la facultad para realizar trabajos tales como abreviaciones, resúmenes o traducciones para su publicación-, además de distribuirla tanto en Chile como en el extranjero.

4. **Sobre las obligaciones del autor.** En virtud del Contrato de edición, el autor deberá conservar la plena propiedad de la obra, respondiendo ante la *Revista de Derecho Administrativo Económico* (ReDAE) de la evicción y de cualquier otro perjuicio que pueda irrogarse ante el incumplimiento de esta obligación. También se obligará a entregar la obra concluida para su edición, a satisfacción de la *Revista*.

5. **Sobre la responsabilidad del autor.** El autor responde ante la *Revista de Derecho Administrativo Económico* (ReDAE), por cualquier perjuicio irrogado por el incumplimiento de las obligaciones que impone el contrato de edición. A su vez, el contenido de la obra es de su exclusiva responsabilidad, por lo que, en consecuencia, si por cualquier causa o motivo, directa o indirectamente, la *Revista*, su Director, los miembros del Comité Editorial o la Pontificia Universidad Católica de Chile se vieren obligados a pagar una indemnización en virtud de la obra del autor, la *Revista*, su Director, los miembros del Comité Editorial o la Pontificia Universidad Católica podrán siempre repetir en contra del autor por el monto total de las indemnizaciones y costas, más los reajustes e intereses del caso.

6. **Sobre la celebración extemporánea del contrato de edición.** La *Revista de Derecho Administrativo Económico* (ReDAE) se reserva el derecho a suspender la publicación de un trabajo en caso de que el autor no suscriba el Contrato de edición en el plazo establecido por la *Revista*. Esta suspensión se levantará solo una vez que el autor remita el contrato a la *Revista*, debidamente firmado, y se podrá fijar un nuevo volumen y número para la publicación del trabajo.

Carácter especializado de la Revista de Derecho Administrativo Económico

El plan editorial de la Revista intenta cubrir las siguientes materias específicas (en la portada solo se destacan algunas de ellas):

• Derecho Administrativo General

Teoría y fuentes del Derecho administrativo: la disciplina del Derecho administrativo / leyes administrativas / principios generales / potestad reglamentaria

Organización y función pública: administración central (ministerios y servicios públicos) / fisco / administración descentralizada (Regiones y Municipios) / administración autónoma / personal de la administración (estatuto administrativo / probidad / transparencia)

Actos y procedimientos: acto administrativo / procedimientos administrativos general y especiales / contratos (suministro y obra pública) / licitaciones públicas / sanciones / recursos

• Derecho Administrativo Económico

Técnicas de intervención administrativa: servicio público / ordenación (supervigilancia) / fomento / intervención administrativa sectorial / concesiones y autorizaciones especiales

Servicios públicos concesionados: servicios eléctricos / servicios sanitarios (agua potable y alcantarillado) / telecomunicaciones / empresas del fisco (régimen administrativo)

Regulaciones especiales: urbanismo y ordenamiento territorial / obra pública e infraestructura / medio ambiente / recursos naturales y energía

• Derecho de Aguas

Naturaleza pública y común de las aguas / unidad de la corriente / ríos y lagos / aguas subterráneas / aguas lluvia / aguas minerales y termales / aguas internacionales

Concesión, reconocimiento y regularización de usos consuetudinarios de aguas / derechos de aprovechamiento de aguas / perfeccionamiento de títulos / derechos de aguas y servidumbres / transferibilidad / patente por no uso / administración y gestión de aguas / distribución de aguas / juntas de vigilancia, comunidades de aguas, asociaciones de canalistas / transferibilidad de derechos

Obras hidráulicas para riego / embalses / obras hidroeléctricas / modificación de obras aguas y medio ambiente / aguas y servicios sanitarios / agua y actividades productivas

• Derecho de Minería

Clasificación de la riqueza mineral / régimen y estatuto jurídico de extracción de minerales en Chile

Procedimiento concesional minero: objetivos y principios del procedimiento concesional minero / características del procedimiento concesional / procedimientos concesionales / derechos y obligaciones del concesionario y extinción de la concesión / cierre de faenas mineras

Ejercicio de los derechos, potestades y obligaciones derivados de la concesión minera / fórmulas para ocupación del suelo / servidumbres mineras: constitución, derechos y obligaciones, extinción

Áridos y Minerales estratégicos: tratamiento de los áridos y su extracción / régimen y estatuto jurídico de extracción de minerales estratégicos / reserva y extracción del litio / análisis de tendencias jurisprudenciales en materia de áridos, minerales estratégicos y litio

• Derecho de Energía

Fuentes primarias de energía / medios de generación renovable no convencionales

Institucionalidad energética: entidades públicas y centros de despacho económico de carga (CDEC) / política energética / eficiencia energética / nuevos de proyectos energéticos / energía, medio ambiente y derecho indígena

Generación / transmisión / distribución / comercialización / principios generales de la explotación eléctrica / servicio público eléctrico / operación interconectada y coordinada

Normas para la explotación de los servicios eléctricos / interconexión / postes y alumbrado público / tarifas

Sistema concesional eléctrico: procedimientos concesionales / acceso abierto / servidumbres eléctricas / conflictos entre las concesiones eléctricas y otras concesiones administrativas / derecho sancionatorio eléctrico y contencioso eléctrico

- **Bienes de uso público**

Teoría y práctica de los bienes públicos: concesiones, autorizaciones y servidumbres de bienes públicos / derechos reales administrativos

Regímenes especiales de bienes públicos: caminos / calles / espacios públicos urbanos / ríos y lagos / cauces de ríos y lagos / playas / mar territorial / borde costero

Patrimonio de la Administración: bienes fiscales, regionales y municipales

- **Control y contenciosos administrativos**

Control de la actividad administrativa: Contraloría General de la República / dictámenes

Jurisdicciones general y especiales: contenciosos administrativos general y especiales / acciones / procesos / recursos / prueba

Nulidad y responsabilidad: derechos del administrado / acciones de nulidad y responsabilidad

Indización:

La Revista de Derecho Administrativo Económico se encuentra indizada en SCOPUS y Latindex.

Se encuentra disponible a texto completo en la siguiente base de datos:

<http://redae.uc.cl>

<http://derechoadministrativoeconomico.uc.cl/Publicaciones/revista-de-derecho-administrativo-economico>

También es posible encontrarla en el siguiente índice:

<http://www.latindex.unam.mx>

I. DOCTRINA: ESTUDIOS E INVESTIGACIONES

Derecho Administrativo

- › **ARÁNGUIZ SÁNCHEZ, Alejandra y MILLAR BRUNA, Cristóbal:** La caducidad del permiso de edificación: tendencias recientes
- › **ESIS VILLARROEL, Ivette S.:** El análisis de la actuación estatal en supuestos de expropiación indirecta de inversiones foráneas, tras una década de práctica arbitral
- › **HUEPE ARTIGAS, Fabián:** La falta de servicio como título de imputación en la responsabilidad patrimonial del Estado, ¿es el único que acepta nuestro sistema?. Fundamentos para la admisión de otros títulos de imputación
- › **LEPE VERGARA, Joaquín:** La formulación de cargos: una institución del debido procedimiento administrativo sancionador
- › **QUEZADA VIDAL, Álvaro:** Derecho de opción frente al agotamiento previo y obligatorio de la vía administrativa para ejercer acciones especiales de carácter contencioso administrativo

Derecho de los Recursos Naturales

- › **DE LA RIVA, Ignacio M.:** El enigmático dominio originario de los recursos naturales del artículo 124 de la Constitución de la Nación Argentina. Aportes para su esclarecimiento
- › **MILKES S., Irit; PIMIENTO E., Julián A. y BAENA C., Samuel:** Más allá del reconocimiento como 'sujeto de derechos' a la Naturaleza: Un análisis práctico para una comprensión semántica

Derecho de Bienes Públicos

- › **GUZMÁN SILVA, Sergio:** Régimen jurídico de los álveos de corrientes de uso público y de aguas detenidas. Estudio de las playas de ríos y lagos en Chile

II. ENSAYOS

- › **ALFARO GONZÁLEZ, Maximiliano y BENAVIDES LEIVA, Martín:** Ejecución satisfactoria e insatisfactoria de los Programas de Cumplimiento presentados en procedimientos sancionatorios ambientales
- › **CARRASCO QUIROGA, Edesio; SEPÚLVEDA FIERRO, Carlo; ARRÚE CANALES, Mario y ALFARO GONZÁLEZ, Maximiliano:** Evaluación ambiental y modificación de proyectos: notas para su adecuada comprensión
- › **VERGARA BLANCO, Alejandro:** Reglamento autónomo en la fallida propuesta de Constitución de 2022: Una isla de despotismo. Análisis basado en el texto, contexto e historia fidedigna de su establecimiento

III. JURISPRUDENCIA: COMENTARIOS

- › **VINET VEGA, Javiera:** Procedimiento de fiscalización y sanción de FONASA a prestadores privados de salud. Comentario del caso Bertoli García con Ministerio de Salud

IV. BIBLIOGRAFÍA: RECENSIONES

- › **HELFMANN MARTINI, Carolina:** Arancibia, Jaime; Flores, Juan Carlos, y Gómez, Rosa Fernanda (2022) Procedimiento administrativo electrónico. Análisis de la reforma de la Ley Nº 19.880, Santiago: DER Ediciones, 234 pp.
- › **SÁNCHEZ VILLAGRÁN, Camilo:** Díaz Bravo, Enrique (2019) El recurso en materia de Contratación Pública en el Derecho europeo y su aplicación en España (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch) 389 páginas.