



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

---

# Revista de Derecho Administrativo Económico

---

## ReDAE

⌘ Doctrina

⌘ Comentarios de jurisprudencia

⌘ Sistematizaciones normativas y ensayos

⌘ Bibliografía: Recensiones

N° 30 / julio-diciembre 2019

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

---

**Director**

Alejandro Vergara Blanco

**Redacción**

Sabrina Feher Szanto  
Secretaria de Redacción

María Loreto Monsalve Morales  
Ayudante de Redacción

**Comité Editorial**

Francisco Agüero Vargas (*Universidad de Chile*), Pierre Bon (*Universidad de Pau et des Pays de l'Adour, Francia*), Juan Carlos Cassagne (*Universidad Católica Argentina y Universidad de Buenos Aires, Argentina*), Luis Cordero Vega (*Universidad de Chile*), Jorge Danós Ordóñez (*Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú*), Antonio Embid Irujo (*Universidad de Zaragoza, España*), 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*), Daniela Rivera Bravo (*Pontificia Universidad Católica de Chile*), Eduardo Soto Kloss (*Pontificia Universidad Católica de Chile*) y Mauricio Viñuela Hojas (*Universidad de los Andes*).

---

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

**Convocatoria**

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

**Selección de trabajos: arbitraje anónimo**

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

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

Indexada en Scopus

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

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

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

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

Impresión: Equipo Gráfico Impresores

[ Santiago de Chile, 2019 ]

# Índice

## Nº 30

---

### Editorial

VERGARA BLANCO, *Alejandro*  
*En su vigésimo aniversario la Revista de Derecho Administrativo Económico publica su número treinta y es indexada en Scopus.....* 5

---

### I. Doctrina

#### Derecho Administrativo General

CUADROS, *Oscar Álvaro*  
*Towards a procedural definition of Administrative Law.....* 7

ARANCIBIA MATTAR, *Jaime*  
*Naturaleza y justicia de los contratos administrativos ..... 27*

BORDALI SALAMANCA, *Andrés*  
*El fumus boni iuris y el periculum in mora en la tutela cautelar del contencioso administrativo chileno ..... 55*

#### Derecho Administrativo Económico

TRINCADO RIVADENEIRA, *Juan Ignacio*  
*Los principios rectores de las ayudas públicas en el sector pesquero artesanal..... 81*

SACRISTÁN, *ESTELA*  
*Los recursos naturales en la Constitución Nacional argentina: La cuestión del dominio originario..... 111*

#### Derecho de Aguas

ROJAS CALDERÓN, *Christian*  
*La gestión integrada de recursos hídricos en la regulación de las aguas. Identificación y propuesta de avances, a partir de instrumentos vigentes..... 141*

HÜBNER GARRETÓN, *Sofía*  
*Chilean water law and climate change challenges ..... 173*

---

## II. Comentarios de Jurisprudencia

ROMÁN CORDERO, Cristian

Twitter: *El derecho a no ser bloqueado por los órganos de la Administración*  
(Comentario sobre el Dictamen N° 18.671-2019 de la Contraloría  
General de la República)..... 203

---

## III. Sistematizaciones Normativas y Ensayos

ALCARAZ, Hubert

*Hacia la búsqueda de una definición de las autoridades  
administrativas independientes en Francia*..... 219

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard

*Reflexiones sobre la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado*..... 233

---

## IV. Bibliografía: Recensiones

ALCARAZ, Hubert; VERGARA BLANCO, Alejandro

*Itinerario Latinoamericano del Derecho Público Francés: Homenaje al  
profesor Franck Moderne (Valencia, Tirant lo Blanch, 2019) 626 páginas.*  
*Recensión de Baeza Rauna, Maximiliano Andrés* ..... 245

VERGARA, Rafael, QUINZIO, Cristián y OLIVARES Marcelo (Edit.)

*Actas de las VII, XIII y XV Jornadas de Derecho de Minería. (Santiago  
de Chile, Thomson Reuters, 2019) 872 páginas.*  
*Recensión de Vergara Blanco, Alejandro*..... 247

## EDITORIAL

# En su vigésimo aniversario la Revista de Derecho Administrativo Económico publica su número treinta y es indexada en Scopus

Dos noticias cierran este año 2019 para la *Revista de Derecho Administrativo Económico (ReDAE)*: se cumplen veinte años de edición ininterrumpida y su incorporación al índice Scopus.

1. *Las tres etapas de la Revista*. La *ReDAE* cumple veinte años y, desde 1999, año de su fundación, ha cruzado tres etapas en su derrotero.

La primera etapa va desde 1999 a 2006, y desde su creación anuncia el objetivo de ofrecer una visión dogmática del Derecho Administrativo Económico, esto es, una visión *iuspublicística* del ordenamiento jurídico económico, ello desde una perspectiva sistematizadora o general que incluyese todo el fenómeno de la regulación. Un objetivo primordial fue configurar el clasificatorio disciplinario *derecho administrativo económico*, dando lugar así a la creación de un espacio para impulsar su desarrollo académico y científico, y aportar a la investigación, enseñanza y práctica jurídica. Sin embargo, la revista terminó abarcando con más intensidad las materias propias del Derecho de Recursos Naturales (minas y aguas) y Energía (electricidad) dada su inicial conexión con las Jornadas de esas disciplinas, de donde provenía buena parte de su material publicable, lo que fue determinante para explorar luego un camino más general.

La segunda etapa de la *Revista* se inicia en 2007, con otro nombre: *Revista de Derecho Administrativo* (la *ReDAAd*), que va desde 2007 a 2013. Esta etapa tuvo un plan editorial más ambicioso y buscó ampliarse a toda la disciplina matriz: el Derecho Administrativo. El Comité Editorial se amplió y lo integraron prestigiosos profesores de diversas universidades nacionales y extranjeras, con un criterio pluralista y transversal. Así, la revista cubrió tanto el Derecho Administrativo general como el especial, con la experiencia editorial adquirida en todos los años previos, lo que contribuyó al objetivo de aportar en los diversos ámbitos de la disciplina, principalmente en la praxis de cada día entre los órganos administrativos y los administrados. El foco de la revista fue, entonces, la actividad administrativa y las más diversas regulaciones relativas a las actividades de los particulares.

La tercera etapa se inicia en 2014, la revista retoma su nombre: *ReDAE* y comienza la numeración arábiga, con el número 18; desde entonces hasta ahora, fines de 2019, se completan 30 número publicados. La publicación resurge con una estructura y plan editorial renovados; con nuevos y desafiantes objetivos, pero manteniendo su espíritu original de ser un vehículo de divulgación en materia jurídica y en especial de los contenidos propios del Derecho Administrativo, buscando ofrecer, al mismo tiempo, una demarcación de la disciplina. Su publicación deviene semestral y las principales áreas de interés que se anuncia son: Derecho Administrativo General, Derecho Administrativo Económico, Derecho de Energía, Derecho de Aguas, Derecho de Mi-

nas, Urbanismo y ordenamiento territorial, Derecho de Bienes Públicos y Derecho del Medio Ambiente.

2. *El actual carácter científico de la Revista y plan editorial.* Las secciones de la *Revista* desde 2014 han sido reorganizadas de tal manera de atender las exigencias de una publicación especializada con pretensiones de divulgar trabajos de calidad científica o de interés para las disciplinas, lo que se ha mantenido hasta hoy y pretendemos seguir reforzando; así:

i) la sección *Doctrina* se ha transformado en el núcleo central de la publicación, en la cual se incorporan trabajos de investigación y estudios de doctrina inéditos, de autores nacionales y extranjeros, que constituyan un aporte a las disciplinas jurídicas objeto de la *Revista*. Los trabajos –en español o inglés– presentados en esta sección son sometidos a arbitraje por pares anónimos, a fin de calificar su calidad, contenido y carácter científico.

ii) la sección de *Comentarios de jurisprudencia* ofrece análisis de sentencias controvertidas y contingentes emanadas de tribunales ordinarios y órganos dotados de jurisdicción, la que, junto con números especiales dedicados a la jurisprudencia, deseamos especialmente incrementar; pero ello dependerá de un cambio de cultura al interior de nuestra comunidad académica, en que el comentario de jurisprudencia no suele ser muy abundante.

iii) la sección de *Sistematización normativa y ensayos* selecciona trabajos de sistematización de carácter más práctico, no necesariamente de estilo científico; informes en derecho vinculados a materias puntuales; y análisis, en lo posible descriptivos, críticos y profundos, sobre la normativa vigente de alguna de las temáticas que se abordan en las disciplinas objeto de nuestra publicación, así como de normas de naturaleza legislativa y administrativa en discusión o de reciente promulgación.

iv) en fin, la sección *Bibliografía* presenta reseñas de libros jurídicos recientes de la disciplina, que igualmente esperamos tener respuesta de nuestros colaboradores para incrementarla.

3. *La Revista es indexada por Scopus.* A partir de 2019 la *Revista* ha sido indexada en *Scopus*, una de las más relevantes bases de datos a nivel internacional que nuclea la producción de investigación científica del mundo en todas las disciplinas. Todos los trabajos publicados en la *Revista* serán indexados en la base de datos bibliográfica *Scopus-Social Sciences & Humanities*, otorgándole una visibilidad mundial tanto a la *Revista* como a las investigaciones que en ella se publican.

Se transforma así nuestra *Revista* en una de las revistas científicas de derecho reconocidas a nivel internacional. ¿Cuál es el significado y proyección que ello significa? Este hecho es una excelente noticia para todos los administrativistas de Chile e Iberoamérica, cuyos trabajos de nivel científico que sean seleccionados por nuestra revista, tendrán a partir de ahora una proyección inusitada, pues es la primera revista de derecho administrativo en Iberoamérica que alcanza este reconocimiento internacional.

No podemos, entonces, sino manifestar nuestra satisfacción por ese hecho significativo y afortunado con que cerramos este año 2019, lo que es también un logro de todo el equipo editorial que me ha acompañado, hoy y en todos estos años, y de todos y cada uno de los autores que con sus trabajos han llenado las páginas de la *Revista*.

Alejandro Vergara Blanco

*Director*

# Towards a procedural definition of Administrative Law

## Hacia una definición procedimental del Derecho Administrativo

Oscar Alvaro Cuadros\*

*Those who walk along the way of Santiago de Compostela know very well that its charm is not simply about reaching the Cathedral at the end of the road, but actually traversing the road itself. Walking this route involves the internal attitude of each pilgrim's transformation. The goal is worthy and meaningful once the road has been travelled, once all the landscapes along the way have become parts of the internal views and once the personal life has been understood as a mysterious process with a performative efficacy that becomes a personal substantial change. Would it be the same from a political perspective? Would customs and citizenship practices be part of a process order to reasonableness? Do procedural practices create substantive reasonableness per se?*

An administrative law procedural definition implies a link between constitutionally recognized personal and political autonomy, jurisdiction conferred to the administrative agencies by the law, regular procedures and proportioned outcomes that support a reasonableness standard for the administrative decisions. Thus, administrative decisions become reasonable by following a process based on a political and procedural theory of justice, not according to a substantive idea public interest. Additionally, an administrative law procedural definition focuses on the regularity of government action and not on the administrative decision

Lograr una definición procedimental del derecho administrativo requiere establecer un vínculo entre los conceptos constitucionalmente reconocidos de autonomía personal y política, los ámbitos de competencia legal de las autoridades administrativas, los procedimientos que reglan la toma de sus decisiones y la proporcionalidad de los medios dispuestos, sobre lo cual puede evaluarse la razonabilidad de las decisiones administrativas. De este modo, las decisiones administrativas devienen razonables merced a la evaluación de su conformidad con procedimientos fundados en una teoría política y procedimental de jus-

RESUMEN / ABSTRACT

\* Doctor en Derecho, Catedrático de Derecho Administrativo, Director de la Maestría en Derecho Administrativo de la Economía (U.C.Cuyo/U.N.Cuyo). Profesor visitante de las Universidades de Oxford (2019) y París 2 (Phatheón-Assas) 2016. Dirección Postal: San Rafael 1668 Oeste (2), San Juan, Argentina. Correo electrónico: oscaracuadros@gmail.com  
Recibido el 2 de mayo de 2019 y aceptado el 5 de noviembre de 2019.

itself. It is made by means of a non-arbitrary government and, in this endeavor, it seeks to establish a simple model of administrative action of the government and its judicial review.

**Key words:** Administrative Law, procedural definition, personal autonomy, political autonomy, non arbitrary government, reasonableness standard.

ticia que permite evitar la apelación a los conceptos genéricos y substantivos de "bien común" e "interés público". Así, una definición procedimental del derecho administrativo pretende centrarse en la evaluación de la regularidad de la acción del gobierno como proceso, al tiempo que evita un análisis de tipo exclusivista sobre la decisión administrativa como objeto puntual. De tal forma, en procura de lograr estándares de gobierno no arbitrario, es posible establecer un modelo simple de acción administrativa gubernamental y de adecuada revisión judicial.

**Palabras clave:** Derecho administrativo, definición procedimental, autonomía personal, autonomía política, gobierno no arbitrario, estándar de razonabilidad.

## Introduction: Common Law and Civil Law from an Administrative Law perspective

### A) Contemporary profiles of administrative action: paradox & challenge

Government administrative action has contemporarily become wider and vast, in an expansion process likely to continue in the future. In addition to their proper tasks, administrative agencies have developed quasi-legislative and quasi-judicial powers in order to perform their administrative duties more efficiently, an old yet still alive justification for the enhancement of the administrative power<sup>1</sup>.

Delegated legislation allows administrative bodies to give themselves broader jurisdiction, which translates into increased discretionary corners to define more and more issues regarding public life (environmental protection, health care, infrastructure development, homeland security, equality policies, market regulation, etc.). Meanwhile, wider discretion demands that officers take executive orders by balancing among many alternatives. This circumstance has changed the parliamentary ex-ante action in outlining the jurisdiction of the officers and the judicial ex post facto supervision of the fairness of administrative outcomes. Thus, a remarkable paradox lies at the very core of this political process, in the sense that increased administrative power ensures efficiency as much as it weakens the institutional burdens that emerge from the imperative crossover control among the three branches as the main guarantee of civil liberties and property rights.

<sup>1</sup> LANDIS, 1938.

Regarding these facts, the thesis in this paper states that only a procedural model of control over the behavior of administrative agencies allows reasonable and proportional outcomes. This procedure is mainly a concern of political institutions in a broad sense, ever accepting that “it is the task of politics to put power under the moderating influence of the law and thus to order the sensible use of it. Not the law of the stronger, but the strength of the law must prevail”<sup>2</sup>.

Government should be understood as the three branches in which government power is separated in modern constitutional and democratic systems, which jointly fulfil the institutional framework within which human beings and companies interact with one another in the civil society and the market, framed by political ethos<sup>3</sup>. Focusing on its specific role, the main but not unique purpose of government action lies in providing institutional public goods, such as legislation, public administration and adjudication, in terms that are similar but not equal to the commitment in provisioning with or regulating economic public goods (no possibility of third-party exclusion and no rivalry in use).

In this context, the so-called model of control over the regularity of government administrative behavior could be defined as both political and procedural, i.e. as a model that puts aside considerations of common good, public interest, public utility or public service in order to justify administrative decisions. Instead, the new model focuses on the institutional framework within which a fair development of the agencies’ jurisdictional powers is possible. It implies a structure of basic principles of justice that grant respect to personal and political autonomy under constitutional rules, ensuring a deliberative democratic system.

The structure described may be seen as an institutional background that allows the consideration of the reasonableness of administrative decisions in a performative way, which means evaluating them not in accordance with an objective public interest but from their faithful attachment to the rules that have been fixed by the principles of justice (not from a systematic approach)<sup>4</sup>.

#### B) Administrative Law from a substantive to a procedural outline

In this context, the contemporary development of the administrative law in civil law and common law systems remains a clear manifestation of the differences between two conceptual standing points to get the government submitted to the law. Common law in the administrative law perspective is deeply rooted in eight centuries of history, all filled with struggles to obtain the moderation of the kings’ powers and shows the way it spread across the commonwealth and the US. Civil law, from an administrative law perspective,

<sup>2</sup> RATZINGER, 2018, 184.

<sup>3</sup> HABERMAS, 1992.

<sup>4</sup> SCHMIDT-ASSMANN, 2003, 15.

is the unique product of the work conducted by the Conseil d'Etat and its broad expansion across Europe and Latin America.

Besides their difference in terms of historical background, a marked anthropological gap is evident between the two of them: it is Locke against Rousseau from a political philosophy perspective<sup>5</sup>. Both systems are committed to freedom and property rights preservation but in very different ways. From the reign of the law, characteristic of the civil law system, which rationally expresses the decision of the majority (with unanimous vocation) and fixes the schedule of a powerful public administration, to the empirical action of the courts in judicial review ordered to avoid the abuse of power as a way to keep the rule of law<sup>6</sup>, in the common law system.

In the system of common law, inside the field of public law litigation, standing (cause of action) is not required in order to get access to judicial review, as opposed to what occurs in private law litigation. Nonetheless, in order to be reviewed by the Courts, permission of the tribunal or of the court in accordance with ancient royal prerogatives becomes imperative. When a person requests judicial review, the starting point is not his or her "legal right" (as it happens in private law actions of contracts and torts) but the necessity of proving the existence of "sufficient interest".

Thus, the main purpose of judicial review is controlling the administrative power, not granting a right. This is also the reason why the remedies accorded by the courts in judicial review are discretionary: mainly quashing orders (certiorari); mandatory orders (mandamus) and prohibiting orders (orders of prohibition), but also declarations, interim declarations and injunctions; all of them jointly referred to as "prerogative rights" until 1938. Attention should also be given to how public law/private law fields are settled from a jurisdictional point of view, as it is the evaluation of whether a "legal right" exists that defines the procedures and the remedies available to get access to the courts.

Consequently, the statement "remedies precede rights" could be understood as a procedure for controlling administrative action to avoid arbitrary government, which implies an administrative remedial model against abuse of power<sup>7</sup>. The core idea is to maintain the regularity in government action by submitting it to the rule of law. This task is developed by the judiciary, strongly influenced by the stare decisis logic. Even when it also involves procedural fairness and substantive control of the administrative decisions, it is government performance, either by action or inaction of its officers, that gets scrutinized by the tribunals and courts. Therefore, it is not a question of substantive justice or "legal right" but rather an issue connected with the bureaucratic jurisdiction of the agency and the procedures they should follow as a guide to reasonable decisions.

---

<sup>5</sup> LOCKE, 2016 [1713].

<sup>6</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, 1994.

<sup>7</sup> CASSESE, 2014.

On the other side, the administrative law model of civil law systems focuses on the recreation of government power, as the corollary of a public administration that cannot be subjected either to the jurisdiction of the judicial courts or to the civil rules that apply to all citizens. Thus, it became historically imperative to create a jurisdiction inside the administrative branch and to have a new body of rules performed by this jurisdiction by case law while adjudicating. In this scenario, the Conseil d'Etat has created a framework of conditions that should be fulfilled by the agencies' administrative decisions considered as subject matter of court jurisdiction. These rules, called "regime administratif", are understood as the proper and specific public law of government administration in a substantive way, i.e. norms that confer powers that would be unconceivable in private law because of their exorbitance. Thus, the administrative law in the civil law system is thought as a categorical model and not as a remedial one<sup>8</sup>.

As it can be seen, the administrative law field designed from the system of civil law is connected not with actions and remedies in order to avoid arbitrary government but with concrete public duties accorded by the law to a powerful administration to pursue an objective public interest identified with the service public. Administrative agencies cannot be interfered by the judicial branch in this task. Additionally, this lacuna of rules requires the creation of new legal categories for government contracts and liability of public authorities, which is different from the rules applied to citizens and companies in the private law sector.

Both, common law or regime administratif are original models, applicable to their own historical and political backgrounds. Nonetheless, on the scenario described at the beginning, only procedural systems are able to ensure appropriate boundaries in order to get regular administrative behavior. It is true that both systems share many similarities and that freedom and its development on property rights are equally protected (judicial protection of real state property and personal freedom in French Administrative law)<sup>9</sup> but there is an important difference between acting as the watchdog of a process and acting as the controller of a final decision. This is more than a matter of plain stress: it is a different perspective from which political reality can be observed. A substantive system allows the belief in the possibility of reaching an objective public interest because the statutes reflect the unanimous will of the people and because they are rationally and geometrically built so as to direct administrative action to ultimately attain this public objective interest. Granted, it is a system that could fail, and that is the only reason why its outcome, the decision itself, should be made under administrative jurisdictional scrutiny.

---

<sup>8</sup> *Idem*.

<sup>9</sup> TRUCHET, 2015.

On the contrary, procedural judicial scrutiny has a very different starting point. No trust is placed in angelical guardians of the common. Human beings are as rational and reasonable as they can be, from a moderate anthropological standpoint. Therefore, the accent should be placed on the procedure to avoid any bias, by means of impartial hearings and giving reasons. Even when this also happens in the substantive model, the point of departure is different in this case because of the factual assumption of the despotic tendencies of power employed by the government (it is not Napoleon's administrative empire) and the slow process of building fences for freedom inside the political ethos. It is a political process based on the real experience of the biased kings' behavior.

Thus, the procedural administrative law model provided by common law seems to offer more proper and accurate solutions for the forthcoming forms of government, considering that the law of due process is the judges' best contribution to administrative law<sup>10</sup>.

## I. Control over the regularity of administrative behavior

### A) Foundations of the procedural model

The Federalist offers a crystal-clear introduction as to the need for boundaries with respect to the decisions taken by those who govern, stating that, in a republic, "[a]mbition must be made to counteract ambition"<sup>11</sup>. It seems evident that the anthropological conception behind this statement, far from being angelical, is nothing but pessimistic. Without institutional breaks for cushioning arbitrariness, the human empirical behavioral tendency would lean towards abusing government power and displaying biased or despotic conducts.

The separation of powers is the basic model for limiting government action. Cross-controls among the branches are an essential part of the constitutional boundaries, in addition to enquiries conducted by independent authorities. The active defense of freedom and property rights led by civil society groups offers another valuable constraint. Thus, in order to have a non-arbitrary government, ensuring the space of civil society and its wide range of interests (friendship, sports, science, spiritual pursuits, recreation, culture, art, etc.) as well as the political position of the market as a juridical place, with enough room for the exchange of goods and services, becomes crucial. Therefore, in the world of realpolitik, defining the premises on the basis of which a government is to be considered "non-arbitrary" is an imperative imposed by the necessity of preserving freedom in all its forms (not to be subject to the arbitrary will of the government)<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> ENDICOTT, 2018.

<sup>11</sup> HAMILTON & JAY, 2016, 51.

<sup>12</sup> PETTIT, 2012, 93.

According to Rawls' Theory of Justice, a non-arbitrary government should be a public decision maker that rules considering structural conditions of justice. This implies undeniable considerations about personal and political autonomy. These requirements allow the connection of citizens' rational and reasonable behavior and, consequently, getting an overlapping political consensus among all reasonable doctrines<sup>13</sup>. From this political philosophy approach, the idea of consensus can be attained as long as all citizens accept the basic principles of justice that establish fair political treatment and formal criteria of equality for the distribution of positions and goods in society. The comprehensive doctrines sustained by different groups are reasonable if they accept the basic ideas of personal and political autonomy, i.e. the agreement that democracy demands political relativism (although not ethical relativism).

Rawls' conception is both political and procedural. It is political in the sense that there is no direct implication between the principles of justice and the truth or the good in essential terms. The principles have been defined by means of an imaginary exercise, which requires boundaries in the knowledge that the original settlers have with respect to themselves (standing behind a veil of ignorance) as a test of impartiality. It is procedural because the principles only state a fair way or a basic point of departure for the development of a law system with a Constitution at the beginning (or at the top)<sup>14</sup>. It could be stated that the theory is procedural even by accepting the moral objectivity of the notion of personal autonomy. Personal autonomy is the basic condition by which political autonomy can be accepted as a *sine qua non* requisite for deliberative democracy. Therefore, under these principles of justice, constitutional developments are able to fix boundaries to the government in order to avoid arbitrariness. In that sense, citizens' commitment to the procedural path established from the basic principles of justice spontaneously leads to fair social outcomes, a fact that proves the political primacy of the formal idea of right (or fair) over the substantive idea of good (common good).

The political primacy of fairness (correctness) over good is based on the unrestricted respect of personal autonomy beside the fact of pluralism<sup>15</sup>, i.e. the general acceptance that citizens should have participation by representation in the rule-making process as a form of authority of the law. Thereby, a non-arbitrary government implies a government limited by principles of justice that have a structural design and operate procedurally, without a link with a substantive definition of good or truth as its foundation or ultimate goal. These principles perform the basis of the constitutional law and serve as the point of departure of a practice that is continued by the enactment of laws, the provision of delegated legislation (by-laws) by the agencies, administrative decisions as executive orders, the courts' adjudication role in statutory or

---

<sup>13</sup> RAWLS, 2005, 54.

<sup>14</sup> CUADROS, 2010, 80.

<sup>15</sup> POPPER, 1992, [1962], 678.

common law jurisdiction, the tribunals' decisions and the citizens' customs and habits in contributing to rule of law (law as a manifestation of practical reason).

In this respect, the concept of common good could be defined in two different senses: a) according to a metaphysical conception, a doctrine on good and truth obtainable by intelligence and will; or b) according to procedural rules established by political agreement (constitution) and based on personal and political autonomy. The second approach implies seeing "the common good behind the veil of ignorance"<sup>16</sup>, an idea that reveals the concept in black-and-white terms if political liberalism is accepted not as a way to put aside the multiple conceptions of good but as a way to explore the possibility of its conciliation in political terms.

#### B) Administrative procedures, public choice and behavioral economics

What makes an administrative decision reasonable is not an objective notion of reasonability in accordance with an abstract definition of public interest or common good, but a judgment built on a procedural analysis of the reasons from the perspective of structural conditions of justice. It is a path, a process required by the primacy of right over good in a political perspective.

Stating that an administrative decision is unreasonable means that it is not the result of the agency acting within its jurisdiction, by proper procedure, and giving a proportioned outcome. This is why reasonableness control is referred to as "substantive". If that is so, the judgment of reasonability requires to link the attribution of jurisdictional power by means of procedures with the general goal of government action, which is to serve the citizens. Nonetheless, that goal may only be understood by a universal auditorium of citizens provided that it has been previously connected with principles of justice that acknowledge personal and political autonomy, which should be expressed in a Constitution that gives them enough room. On the contrary, "serving the governed" could mean any goal proposed by the government with conformity to abstract considerations of common good.

Following the same ideas, the judgment of proportionality also shows the necessary connection between jurisdiction, procedure and outcome. To say that an administrative decision does not respect proportionality implies that its outcome is out of the scope of the agency's jurisdiction. This could occur on the grounds of excess in the way the decision impact the legal right, the interest or the legitimate expectation of a citizen or a group of people, considering that, under the circumstances, a less impairing decision should have been taken because performing the relation between jurisdiction and outcome with adequacy becomes unsuitable in practice.

The substantive theory demands the acceptance of an ontological dimension of good (an objective common good). At the same time, this concept of objectivity presupposes a great capability of human knowledge for

<sup>16</sup> TIROLE, 2016, 16.

accessing the truth (theoretical reason) and its correct derivations into facts (desire of good by practical reason). In addition, the substantive thesis requires adhering to the position of an interpreter that is able to determine what common good is or when or how it has been realized. Finally, this thesis forces to see human beings as rational operators ordered from truth to good.

Notwithstanding, contemporary doctrines in both behavioral economics and public choice show that human beings tend to act according to biases that reflect their feelings, necessities, fears, desires and wishes, among other human concerns, and that they also need to be oriented by means of nudging. Besides, just as companies in the market pursue maximum profits, politicians tend to decide according to the number of votes that they can collect when running for office. So the theory of an attainable objective public good or public interest seems to vanish into many not completely rational considerations<sup>1718</sup>.

Specifically, when it comes to administrative law, the agencies' lack of legitimacy in democratic terms, the concentration of unchecked power that combines the powers of the three traditional branches, and the failure of the regulatory process itself have been described as evidence for the impossibility of considering an objective public interest attainable by means of the public administration<sup>19</sup>.

To sum up, procedural control of the regularity of administrative action is imperative as long as boundaries and biases, proper of human understanding, are taken into account in the political decision process. Thus, reasonableness as a desirable connotation of an administrative decision may only be checked by reconstructing the links among jurisdiction, procedure and proportioned outcome in accordance with a political and procedural theory of justice based on private and personal autonomy of each human being. Thus, procedurally defined political practices are able to create reasonableness in a performative way<sup>20</sup>. Additionally, the criteria for reasonableness are connected with anthropological, sociological, political, economic and historical doctrines that have performed the law as it is known nowadays in constitutional democracies<sup>21</sup>.

## II. Process and substance from an Administrative Law perspective

### A) Procedural fairness, jurisdiction and open texture of the law

"Procedural requirements ought to contribute to good substance. The point of procedures is to provide accurate fact finding, faithful application of the law, and responsible exercise of discretionary powers, by the best-placed

<sup>17</sup> BUCHANAN-TULLOCK, 1962.

<sup>18</sup> THALER-SUNSTEIN, 2009.

<sup>19</sup> BREYER AND STEWART, 1992, 139 y 148.

<sup>20</sup> DWORKIN, 1986, 158, 159, 164 y 165.

<sup>21</sup> WEINRIB, 2017, 40.

decision maker, on the basis of all the relevant considerations”<sup>22</sup>. What do these ideas teach about the procedural-substantive tension? “Procedural requirements ought to contribute to good substance”. From the perspective of the model of control over the regularity of government administrative behavior, procedural requirements are the bricks used in the construction of the edifice of substance. Therefore, good substance is the performative result of the fulfillment of procedural requisites. In administrative law terms, procedural requirements are due process / representation-jurisdiction (best-placed decision maker not acting *ultra vires*) / hearing with impartiality and independence fulfilling natural justice conditions (the right to a fair hearing and the rule against bias); and giving reasons that allow the assessment of whether relevant considerations were taken into account.

“Accurate fact finding” means in accordance with all the relevant facts, while “faithful application of the law” implies correctly applying the law to the facts (questions of fact/questions of law). “Responsible exercise of discretionary powers”, on its part, means the obligation to avoid abuse of power and to behave in accordance with publicly declared true reasons. However, how could these requirements be considered substantive instead of procedural?

All the powers conferred to an agency demand a degree of discretion in their performance. The explanation lies in the open texture of the language that allows the understanding of why agencies’ decision makers should perform balancing roles when exercising their jurisdictional powers. The powers accorded to a decision maker are both limited and mandatory and mainly concerned with subject matter issues (expertise field), even when they also take into account questions of geographical emplacement, the officers’ position inside the bureaucracy of the agency and the moment when the decision should be taken.

The situation described above shows that decision makers should perform their duties interpreting concerns that range from the literal and explicit text of the statutes to their implicit and inherent contents. Indeed, in most cases, broad outlines of delegation allow the agencies to attribute themselves important powers in number and quality, with cumbersome judicial review. This shows that officers’ decisions ought to be taken in accordance with the open texture of the language. This implies limits of the prospective imagination with respect to cases and situations in the future insofar as a certain degree of discretion is involved<sup>23</sup>. Therefore, the idea of a decision accurately delimited by statute seems to be a fantasy that puts aside all the issues that go hand in hand with the open texture of the language, such as the imperative of balancing preconditions and proportionate means<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> ENDICOTT, 2018, 227.

<sup>23</sup> HART, 2012 [1961], 124 y 136.

<sup>24</sup> ENDICOTT, 2018, 251 y 357.

Many circumstances that should be considered by decision makers at the moment of performing their duties, like “appropriate means”, “best offer”, “most suitable supplier”, etc. demand discretionary interpretation, even when the jurisdiction in order to do so has been conferred in all accuracy. In these situations, there will almost always be an unavoidable resultant discretion (parallel to jurisdiction, discretion could be defined as explicit, implicit, inherent or resultant)<sup>25</sup>. This means that the statute will always leave a margin of consideration or leeway to the officer and that judicial review should be conducted carefully, considering all the procedural aspects that involve fact finding, error of law and abuse of power.

In summary, in order to get proper fact finding or to faithfully apply the law, interpretative operations come into play, while the responsible exercise of discretionary powers implies linking outcomes with jurisdiction and procedures in order to avoid abuse of power for private or public considerations. These mental operations are oriented towards attaining procedural fairness as *sine qua non* concerns in the “process” of obtaining a substantively reasonable decision. All of these are elementary conditions on the way towards getting reasonableness. Therefore, the problem does not seem to lie in the definition of fact finding or error of law as substantive matters or in associating discretion with reasonability rather than jurisdiction because, ultimately, it would simply be a problem connected with the definition and scope of the word procedure in its use. Thereby, if procedure as a juridical concept is opposed to decision, it becomes clear that fact finding, error of law and discretion are matters of the outcome; but, if what is intended is an answer for what reasonableness is, all those operations have a procedural nature, in the sense that they offer not a key definition but actually the means of making the concept of reasonableness attainable.

Therefore, the big issue in terms of political philosophy lies in answering what the right standing point is to appreciate the substantive reasonableness of an administrative decision in order to ensure a non-arbitrary government as principle. This is the main question at stake in the confrontation between procedural and substantive models of administrative law.

#### B) Reasonableness and non-arbitrary government

It seems fairly easy to agree with the idea that the government should be non-arbitrary or, in other words, reasonable in its decisions. It seems even easier to accept that a non-arbitrary government is a government that serves the governed by means of good administration and responsibility. As it has been stated, “The government acts arbitrarily when not trying to follow the law. The test of conformity to the rule of law is acting with manifest intention to serve the interests of the governed, as expressed by the law and its morally proper interpretation and implementation”<sup>26</sup>. Nevertheless, a precise de-

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> RAZ, 2019, 7.

definition of what serving the governed means becomes essential as a pattern for reasonableness in political society. In this task, as it has been stated, two different approaches may be considered: a substantial approach and a procedural approach.

Substantively, all the concepts connected with public interest, such as public utility or public service, lead to the ultimate idea of common good. In other words, the objective creation of the best social conditions for the development of human beings would be the way on the basis of which to judge a government decision as reasonable or not. Thus, the government would serve the governed if its decisions contributed to the attainment of the ultimate realm of common good. Reasonableness, then, is a term that should be appreciated in the perspective of common good as an end that offers the best way to serve the governed<sup>27</sup>.

Nonetheless, the theory of common good seems to be weak when confronted with the trouble rooted in the fact of pluralism (Popper): millions of human beings, each with different conceptions of good and truth in current multicultural political societies. On the other hand, the acceptance of the substantial common good theory could be welcomed in a democratic system where decisions taken by majority were considered as final expressions of the general will. Nonetheless, it could clearly serve as a main entrance to arbitrariness, enhancing government powers against personal and political autonomy.

As Rawls states, the only possibility of living all together seems to be to accept the principles of justice that allow an overlapping consensus among many different comprehensive doctrines. This idea requires a political (not metaphysical) and procedural theory of justice that could embrace a conception of reasonableness that has been constructed over the notion of fairness. Similarly, serving the governed within a constitutional framework should mean serving the people, considering each person with the utmost seriousness, i.e. in their personal and political aspirations as autonomous beings.

Accepting justice as fairness as the political and procedural basis, the purpose of a non-arbitrary government could focus on the constitutional grounds that create the structural issues for developing all the powers in each jurisdiction inside the government bureaucracy. Thus, a constitutional framework would allow the building of a government on the principles of freedom and equality in accordance with personal and political autonomy. In order to respect human rights, then, a non-arbitrary government ought to be defined according to the constitutional principles of: a) comity (separation and correct allocation of powers, subsidiarity and deference); b) the rule of the law (legality, due process, legal certainty, relativity/equilibrium); and c) accountability (open government/transparency/e-government).

---

<sup>27</sup> FINNIS, 2011, 154 y 156.

Therefore, if being reasonable means acting in accordance with reasons, procedural reasons are connected with principles of justice that embrace personal and political autonomy and that have a performative efficacy to get a substantially just outcome in political terms.

### Conclusion: facing the challenge from a procedural point of view

#### A) The procedural model design at work

Even when, at first sight, the different judicial review structure seems to be what determines the core and main profile of each system (the classical Wade/Hauriou discussion), a deeper analysis of the subject leads to the remarkable consideration that the main contraposition between the procedural and the substantive models lies in their different point of departure and the way they work considering their aims.

Thus, in the common law, the Crown has prerogatives because its use of power is intended to serve its citizens. Nonetheless, considering that abuse of power is a fact empirically proven by history, the Courts have designed a number of remedies to avoid government arbitrariness. These remedies consist in giving citizens the possibility of requesting judicial review supervisory jurisdiction over the administrative action.

The Courts have discretion to grant permission, making a comity/accountability balance, or, otherwise, to issue remedies. Citizens are not required to demonstrate a "legal right" such as cause of action (standing), as it occurs when they sue the government by means of contract and tort actions. Citizens need only to prove the existence of "sufficient interest" or a "legitimate expectation". This is the crucial distinction between private and public law actions, as well as the best way to understand how a procedural system works: it is the government's action or inaction that will become scrutinized under the prism of avoiding arbitrary government in accordance with the *stare decisis* (and not under certain prelisted categories with claimed objectivity). This analysis does not put aside the central role of tribunals, whose integration and operation is similar to that of courts, only without the requirement of permission and with no supervisory jurisdiction.

Thus, administrative law in the common law system is the case law enacted by the Courts in judicial review for avoiding arbitrary government under the historical experience of abuse of power. This is why it is referred to as a procedural system, i.e. remedies that build fences against government arbitrariness, and that is exactly where its "public condition" lies, without any interference with property rights in contracts and torts (soft public/private law distinction).

By contrast, in the regime administratif, government prerogatives were originally part of the constitutional design after the French Revolution in 1789, bearing in mind the primary purpose of building a solid and effective

administration. Thus, the original model stressed the idea of a power consolidated by the efficient administrative action of the executive branch. This way, in accordance with historical and political reasons, the judiciary was prevented from interfering with the administrative action, which is why its field of adjudication was circumscribed to the private law (including personal freedom and property rights when threatened by administrative action).

Thus, administrative law in the civil law system is the law of the executive branch, its own rules created in a praetorian way by its own tribunals since the late 19th century. This is the result of having analyzed the lawfulness of administrative decisions and, then, the notion of service public as an administrative government aim. Finally, the service public justifies the intervention in property rights when confronted with the objective public interest in contract or tort (the exorbitant note on which the hard public/private law distinction is based).

The corollary to all this is that the model of procedural control over the regularity of administrative behavior is able to shift the paradigm of the administrative systems based on civil law and cooperate more efficiently with fair government practices by putting aside considerations of public interest. This sort of practices, very importantly, is usually used for the enhancement of ministerial powers, to the detriment of civil liberties and property rights, at least in a number of Latin American countries where the civil law administrative law model has no direct correspondence with its historical roots or its constitutional model origins.

Stated more clearly, neither the public interest notion as a rhetorical device nor the definition of common good as a desirable state in the political life represent objects of criticism in this paper. The criticisms are factually connected with the way in which politicians act when appealing to the possibility of achieving an objective public interest, which is an umbrella opportunity to support the most diverse government policies. Of course, this is not a matter of speech but of accountability. Thus, constructing the judicial review in the perspective of an objective public interest is probably the best way to untie the discretionary government machine and lead it to the margins of the rule of law, to areas where the ambiguity could tolerate administrative bias in favor of private interests.

To sum up, the model of procedural control over the regularity of administrative behavior shows itself as a more effective tool in fighting public bodies' corrupt practices and government arbitrariness.

#### B) Proposal for Latin American countries<sup>28</sup>

According to the model of procedural control over the regularity of administrative behavior, administrative law institutions in Latin America could be revisited as follows:

<sup>28</sup> The reference to Latin American countries works just as a geographical context of debate.

1. By accepting a comprehensive criterion for reasonableness, associated with justice as fairness to be implemented by individual deliberative and constitutional democracies. Thus, the first step in getting a procedurally designed administrative law system under the rule of law in accordance with political autonomy is ensuring the key role of the statutes in political terms. Deliberative democracy is the way to enforce plural political participation in terms of rational discourse, aiming at an idea of reasonableness as the exercise of prudence by means of practical reason. At the same time, constitutional principles serve as guarantees for personal autonomy. Thereby, the main purpose of the procedural model can be achieved by substituting the intended substantive concept of public interest for the notion of control over the regularity of government behavior as the means of ensuring a non-arbitrary government.

2. By redefining jurisdiction on the report of the ideas of representation and accountability. More specifically:

a) Rethinking the organicist theory when naming officers acquires absolute importance. Even when officers could occasionally act as servants, they often exercise statutory powers, i.e. they act on behalf of the public administration, as its representatives. The concept of representation proves exceptionally useful in understanding a key concept in the government structure in the political ethos: the rule of law claims a juridical corporative approach to bureaucracy in order to justify liability and accountability of the juridical corporation.

b) At the same time, the juridical corporation must be understood in the pragmatic use of the concept in accordance with political action<sup>29</sup>. Otherwise, the control of public power by the rule of law could easily turn into a chimera. The notion of jurisdiction explains the officers' personal and public commitment in exercising their powers and thus the need for crossover administrative controls for accountability and final liability purposes.

c) Certainly, the idea of state implies more than a juridical corporation: it is a bureaucracy expressing principles of justice shared by its people within a territory under sovereign power. Nonetheless, bureaucracy is the formal expression of a non-arbitrary government or of any government that serves the governed.

3. By putting aside the theory of administrative decisions and, instead, supporting a procedural perspective that emphasizes the intrinsic relationship among jurisdiction, procedure and outcome. An *ex post facto* analysis of the administrative decision as a type of after-the-fact outlook seems to hold little value or use for accountability purposes. More importantly, behind all the formal requisites listed in the administrative procedure acts, there lies a triple standard of reasonableness: a) jurisdiction; b) procedures; c) proportionality.

<sup>29</sup> HART, 1983 [1953], 40 y 47.

ty. Thus, the control over the reasonableness of an administrative decision, called “substantive control”, should be considered in the light of procedural requirements, i.e. within the logic of the powers conferred to the agency by the law, the formal requirements established for their exercise, and the proportionality of the outcome.

Once the decision has been taken inside this scope, its content may be fulfilled by the agency at random, i.e. considering opportunity, merit or convenience, without interference by the courts, for comity reasons.

From this conception, judicial review could be understood in all its procedural magnificence. This new perspective means considering that the main task of the judicial review is avoiding arbitrary government, not dissecting an administrative decision (judgment of the decision - regime administratif). In addition, embracing the procedural model would allow a visible regularity in terms of accountability.

4. By introducing a new and better basis for understanding administrative sanctions, which also means understanding the relationship between criminal law and administrative law differently. A commonplace in the Latin American administrative law field, “administrative sanctions” are typically treated as a chapter of the administrative law subject. Nonetheless, in the context of a procedural model, many implications with respect to the sanctions imposed by the agencies ought to be taken into consideration:

a) First of all, it is important to differentiate sanctions applied by agencies as punishments imposed to citizens or companies from contractual sanctions and from sanctions delivered to government civil servants as employees. Contractual sanctions are part of the contract own regulations for breaching this agreement. Sanctions imposed to civil servants are not punishments in social terms but rather matters of the labor relationship.

b) The constitutional basis for delivering a sanction as punishment that has been ordered by an agency is implied in the laws that give this agency its jurisdiction. The reasons on which the statute grants this sort of jurisdiction to the agencies are mainly linked with two factors: 1. Efficacy of the administrative action itself (for example, the decision to close a public place in the event of a hazard). In these situations, the sanction appears as an unavoidable continuation of the administrative action. 2. Expertise or know-how of the agency officers with respect to the specifics of the regulated market, of the industry or of the subject matter (for example, in the environmental area).

c) The reasonableness or non-reasonableness in the allocation of jurisdiction to the agencies for imposing sanctions is a question that should be treated in a separate stage. Nevertheless, it seems clear that certain sanctions, such as deprivation of liberty, should not be imposed by means of administrative procedures (except, probably, for flagrant behavior, preservation of social order and risk for third-party, which are mainly police duties). As a

matter of fact, administrative sanctions could only be imposed by administrative procedures only when connected with the two factors exposed above.

d) The administrative procedure for imposing sanctions should be strict and fair in order to guarantee the sanctioned the broader exercise of their right of defense (broad hearings and clear reasons). At the same time, judicial review should be guaranteed fully, and its scope should include an analysis of proportionality. This position implies that administrative sanctions should be scrutinized by considering the same general conditions of administrative decisions, i.e. jurisdiction; procedures/transparence; reasonableness/proportionality.

5. By introducing a new and better basis for the comprehension of delegated legislation. The non-contrastable existence of delegated legislation implies a wide source of self-determined powers created by the agencies themselves, which requires specific attention. These by-laws create a wide range of possibilities for discretionary performance of powers. They are enacted by the agencies developing duties that have been delegated by the legislative branch under broad formulas that make surveillance by the parliament and supervision by judicial review (questions of opportunity, efficacy, limits, etc.) very complex.

6. The judicial review from the procedural point of view is focused on a non-arbitrary government. It is from the judicial review perspective that the possibility of implementing effective control over the regularity of administrative behavior becomes real and concrete. It is also true that all the administrative instances of control contribute to the same goal, but the judicial review constitutes the final instance of control and the most important one in terms of checks and balances. The conditions imposed by the procedural model are linked with:

a) The redesign of standing conditions from the perspective of basic and pragmatic ideas (e.g. legal right, sufficient interest or legitimate expectations) as general criteria, avoiding the abstract categories that come from subjective right theories for persons, associations and ombudsmen.

b) The redefinition of the jurisdiction of administrative courts from the perspective of the theory on control over the regularity of administrative behavior, rather than using conceptual constructions about what administrative law is objectively.

c) Requirements and conditions for judicial review may vary, but the action should be unified without considering decisions, facts, omissions or inactions proper of the agencies.

d) All the terms should be reasonable in order to ensure the citizens' proper access to courts, and interim relief should be adequate and opportune and ought to be appreciated by the courts in accordance with prudence criteria.

e) The scope of the judicial control could be supervisory z depending on the circumstances and the kind of administrative decisions subjected to control.

f) The courts' decisions could deliver discretionary remedies according to the subject and the necessities of a proper control over the behavior of the agencies, which could imply the substitution of the outcome, if it is an imperative condition of effectiveness.

g) The courts' decisions should aim at cooperating towards a non-arbitrary government without resigning the constitutional dialogue allowed for the comity constitutional principle<sup>30</sup>. They should comprehend the analysis of reasonableness. Courts should be allowed to do "substantive" control of the administrative decision as the performative result of jurisdiction/procedures/proportionality rules, with the limits imposed by stare decisis.

h) Just as the test of constitutionality of the statutes should be limited on the grounds of comity reasons, for the defense of personal autonomy (substantive limit), guard of democracy rules and procedures, and preservation of stare decisis (formal limits for elections, decision-making process and court role); the test of "constitutionality" or fairness applied to an administrative decision should be limited to the core idea of controlling the regularity of administrative action in order to avoid an arbitrary government.

7. The institutions of the market (property rights, contracts and liability) should be allocated properly, i.e. in accordance with the common rules of land, contracts and torts. These are institutions of the market as part of the political ethos. Thus, the same government that creates the market by law as a juridical space for the exchange of goods and services is subject to its own rules, under the same conditions as private persons.

## Bibliography

- ALEXY, Robert (2016). *La doble naturaleza del derecho*. Madrid, Trotta, 101 pp.
- BREYER, Stephen and STEWART, Richard (1992). *Administrative Law and regulatory policy*. Boston, Massachusetts, Toronto, Canada, London, UK, Little, Brown and Company, 1207 pp.
- BUCHANAN, J. & TULLOCK, G. (1962). *The calculus of consent*. Ann Arbor, Michigan, The University of Michigan Press.
- CASSESE, S (2014). *Derecho Administrativo: Historia y future*, Madrid, INAP, 460 pp.
- CRAIG, P. (2016). *Administrative Law*. UK, Sweet and Maxwell, 1102 pp.
- CUADROS, O. (2010). Fundamentos del control judicial de constitucionalidad en la Teoría del Derecho de Carlos S. Nino. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigación Jurídicas de la UNAM, pp. 55-88.
- DWORKIN, R. (1986). *A Matter of Principle*, Oxford, UK, Clarendon Press, 436 pp.
- ELLIS, M. & VARUHAS, J. N. E. (2017). *Administrative Law*. Oxford, Oxford University Press, 856 pp.
- ENDICOTT, T. (2018). *Administrative Law*. Oxford, Oxford University Press, 704 pp.
- FINNIS, J. (2011). *Natural Law and natural rights*. Oxford, Oxford University Press, 499 pp.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1994). *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid, Alianza Editorial, 226 pp.

<sup>30</sup> ALEXY, 2016, 38.

- HABERMAS, J. (1998). *Facticidad y validez*. Valladolid, Trotta, 696 pp.
- HART, L. A. (2012). *The concept of law*. Clarendon Law Series. Oxford, Oxford University Press, 400 pp.
- HART, L. A. (1983). *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford, Clarendon Paperbacks, 408.
- LOCKE, J. (2016). *Second treatise of government and a letter concerning toleration*. Oxford, Oxford University Press, 256 pp.
- NINO, C. (1992). *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 752 pp.
- PETTIT, P. (2012). *On the People's Terms, A Republican Theory and Model of Democracy*. Great Britain, Cambridge University Press, 338 pp.
- POPPER, K. R. (1992). *La sociedad abierta y sus enemigos*. Barcelona, Paidós, 816 pp.
- RATZINGER, J. (2018). *Faith and politics*. US, Ignatius, 269 pp.
- RAWLS, J. (2005). *Political Liberalism*. New York, Columbia University Press, 576 pp.
- RAZ, Joseph (2019). The Law's own virtue. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 39, Spring 2019, pp. 1-15.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2003). *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*. Madrid INAP - Marcial Pons, 475 pp.
- THALER, R. & SUNSTEIN, C. (2009). *Nudge –improving decisions about health, wealth and happiness*. UK, Penguin books, 312 pp.
- HAMILTON, A., MADISON, J. & JAY J. (2016). *The federalist papers*. UK, Oxford University Press, 300 pp.
- TIROLE, J. (2015). *Économie du bien commun*. Paris, Presses Universitaires de France - PUF, 550 pp.
- TRUCHET, D. (2015). *Droit administrative*. Paris, Presses Universitaires de France - PUF, 496 pp.
- WEINRIB, E. (2017). *La idea de Derecho Privado*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, San Pablo, Marcial Pons, 274 pp.



# Naturaleza y Justicia de los contratos administrativos

## Nature and Justice of Government contracts

Jaime Arancibia Mattar\*

El presente artículo aborda la naturaleza y justicia del contrato administrativo. Sostiene que no es un contrato sino un acto administrativo mixto y modal de imposición de cargas públicas compensadas cuyos efectos están sujetos a la aceptación del destinatario. Por tanto, la relación jurídica no se perfecciona en virtud de un acuerdo de voluntades sino del acto administrativo que adjudica de dicha carga. La justicia que rige el contrato es distributiva, que es la propia de las relaciones entre el titular del interés del todo y una de sus partes surgidas a partir de actos unilaterales, potestativos y distributivos.

**Palabras clave:** contrato, administrativo, unilateral, justicia, distributiva.

This article deals with the nature and justice of government contracts. It argues that it is not a contract but a mixed and modal administrative decision that imposes public compensated burdens whose effects are subject to the acceptance by the addressee. Therefore, the legal relationship is not perfected by an agreement but by the administrative decision that awards such burden. Public contracts are subject to distributive justice, which is inherent to any legal relationship between the community as a whole and a person as one of its parts.

**Keywords:** contract, government, nature, unilateral, distributive.

RESUMEN / ABSTRACT

### Introducción

El presente artículo aborda la naturaleza y justicia de los contratos administrativos. Sostenemos que son actos administrativos regidos por la justicia distributiva y no acuerdos sometidos a la justicia conmutativa. Solo así es posible comprender a cabalidad sus atributos diferenciales con el contrato privado. Puesto que son actos administrativos, el

\* Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de los Andes, Chile. Dirección Postal: Mons. Álvaro del Portillo 12.455, Las Condes, Santiago de Chile. Correo electrónico: jarancibia@uandes.cl. Este artículo fue escrito en el marco del Proyecto Fondecyt Regular, N° 1181593, sobre "La potestad de autorización administrativa: fundamentos dogmáticos, régimen y problemas en el ordenamiento jurídico chileno" en el que el autor es investigador responsable.

Recibido el 29 de octubre de 2019 y aceptado el 10 de diciembre de 2019.

origen de la relación jurídica es unilateral y potestativo y no bilateral y consensual; el fundamento del equilibrio económico de las partes no es la justicia conmutativa –como en los contratos entre privados– sino distributiva, y la vigencia del equilibrio económico no está condicionada a su reconocimiento legal o contractual, sino que es exigida directamente por la Constitución en virtud del imperativo de igualdad ante los bienes y cargas públicas (art. 19 N° 2 y N° 20).

El reconocimiento de estos atributos determina que la imposición de encargos compensados esté sujeta a un régimen de *rebus sic stantibus* que exige ejercer poderes legales de modificación o extinción<sup>1</sup> del contrato cada vez que los componentes indisolubles del bien común, interés público y privado, de todos y de cada uno<sup>2</sup>, se vean afectados<sup>3</sup>. Por eso que el Estado no podría regirse por la doctrina de los actos propios<sup>4</sup>. Cuando el bien común lo exige, el Estado no solo puede sino debe volver sobre sus propios actos. En este sentido, Vásquez de Menchaca sostuvo en el siglo XVI que el príncipe es *legibus solutus* o libre de leyes no porque puede desobedecerlas sino porque “puede suprimirlas para bien de la república”<sup>5</sup>. Aplicando esta idea a los contratos, Suárez sostuvo en el siglo XVII que si bien el príncipe “está obligado a cumplir los pactos –aun los hechos con súbditos suyos–, dado que esta obligación nace de la justicia natural”, “también podrá revocar el privilegio a pesar del contrato”<sup>6</sup>.

Sin embargo, el propio bien común condiciona esta mutación al respeto del segundo de sus componentes: los derechos adquiridos e intereses del particular de buena fe. En palabras del mismo Suárez, “aunque el príncipe –por una necesidad pública o por otra causa urgente– pueda rescindir el contrato, pero no puede en justicia privar completamente al súbdito de lo suyo sin una compensación: esto no es necesario para el bien común, y el súbdito no está obligado a ceder de su derecho gratuitamente cuando puede dársele una compensación, dado que el príncipe no es dueño absoluto de las cosas del súbdito”<sup>7</sup>.

Para efectos de desarrollar las ideas anteriores, este trabajo se dividirá en dos secciones. La primera abordará la naturaleza del contrato como acto administrativo mixto y modal. Sobre esta base, la segunda explicará que dicho acto está regido por la justicia distributiva, que asegura el equilibrio financiero de las partes en razón del principio de igualdad ante los bienes y cargas públicas.

<sup>1</sup> En obra pública, véase Alfredo León Ramírez con I. Municipalidad de Quillota (2009).

<sup>2</sup> Art. 1 inciso 4° de la Constitución.

<sup>3</sup> En materia de obra pública, esta idea ya aparece expresada en el fallo del Consejo de Estado en el caso de Francisco Ovalle (1856), sobre construcción de los almacenes fiscales de Valparaíso.

<sup>4</sup> Para una explicación del concepto véase, CORRAL 2010, 19 a 33.

<sup>5</sup> VÁSQUEZ DE MENCHACA 1564, 133.

<sup>6</sup> SUÁREZ 1968, 1062.

<sup>7</sup> *Ídem*.

## I. Naturaleza de los (mal llamados) contratos administrativos

Las prestaciones voluntarias y compensadas de los particulares al Estado suelen recibir la denominación y tratamiento de "contratos". Dado que se observa un intercambio "consentido", resulta difícil no calificarlo como acuerdo o pacto, sobre todo considerando la fuerza dogmática de la institución contractual a lo largo de la historia. A esta conclusión llegaron Laband<sup>8</sup> y Kelsen<sup>9</sup> en Alemania hace un siglo, sobre la base de un concepto amplio de contrato; y así concluye también la doctrina europea<sup>10</sup> y nacional<sup>11</sup> prácticamente sin excepciones<sup>12</sup>. Posiblemente, esta práctica se debe a la inclinación natural de la razón humana a identificar ciertas realidades con el concepto que les resulte más familiar o conocido, es decir, una especie de sesgo cognitivo propio de la heurística de la representatividad<sup>13</sup>.

Luego de asignada esta calificación contractual, sin embargo, su coherencia dogmática comienza a tambalear ante la entidad y número de diferencias que presenta con los contratos privados. Se dice, en primer lugar, que la autonomía de la voluntad está severamente limitada por un estatuto contractual previo que obliga a elegir al contratista por concurso público, impide alteraciones sustantivas, exige mantener la equivalencia de las prestaciones recíprocas y compensar al contratista por desequilibrios financieros causados incluso por órganos distintos al contratante. Además, la nulidad del contrato protege la confianza legítima del adjudicatario de buena fe, y los intereses sustentados por las partes son desiguales, es decir, guardan una relación de verticalidad entre ellos. Por lo mismo, el mandante estatal ejerce poderes unilaterales de dirección, interpretación, control, sanción, secuestro, modificación y extinción del contrato. Se exceptúa así de la regla áurea del artículo 1545 del Código Civil.

Estos atributos se manifiestan incluso en los contratos administrativos de raigambre anglosajona. En este caso, el camino de la inconsistencia es aún más largo. Se inicia con la declaración de que están regidos por el derecho privado<sup>14</sup>, para luego terminar reconociendo atributos naturales de una relación jurídica pública por vía legal<sup>15</sup> o administrativa a través de pliegos

<sup>8</sup> LABAND 1876.

<sup>9</sup> KELSEN 1913, 53-98, y 190-249, especialmente 225 y ss.

<sup>10</sup> LOO 2018, 129-155; Dicey 1915, 107-122.

<sup>11</sup> PANTOJA 1994, 65-66; SILVA 2001, 174; MORAGA 2007, 21; SOTO 2012 547-564; BERMÚDEZ 2014, 239; CORDERO 2015, 442; VALDIVIA 2018, 300-201. A nivel de artículos doctrinarios, véase OELCKERS 1979, 143. Una realidad similar se aprecia en la noción de contrato administrativo en el siglo XIX. BOCKSANG 2015, 632-700.

<sup>12</sup> Podemos mencionar como excepción los trabajos de MAYER 1888, 3-86; RANELLETTI 1945, 139 y ss.; y LÓPEZ 1998, 947-969.

<sup>13</sup> KANEMMAN y TVERSKY 1974, 1124-1131.

<sup>14</sup> En Estados Unidos véase tempranamente el caso *Cooke v. United States*, 91 U. S. 389.

<sup>15</sup> Por ejemplo, en cuanto al origen legal de la potestad para contratar, véase HAYNE 2017, pp. 155 a 181. Ver también, TROWBRIDGE VOM BAUR, 1967, 248.

de condiciones y cláusulas de ajustes contractuales<sup>16</sup>; o simplemente en virtud de los principios que prohíben a la Administración Pública discriminar arbitrariamente<sup>17</sup>, infringir el debido proceso<sup>18</sup>, o comprometerse a no alterar los términos de la relación ante circunstancias futuras que puedan afectar el interés público (*no-fettering, unfettering discretion* o *non-estoppel*)<sup>19</sup>. En este sentido, se ha señalado que “precisamente porque los contratos administrativos reflejan una relación de poder, y no un acuerdo consensual entre iguales, es que condiciones obligatorias pueden ser adjuntadas a ellos”<sup>20</sup>.

Por regla general, la doctrina ha procurado justificar estas diferencias recurriendo a explicaciones que, a nuestro juicio, eluden el problema de fondo. Por un lado, pese a su relevancia sustantiva, se sostiene que se trata simplemente de “excepciones”, “cláusulas exorbitantes”, o de “privilegios” contractuales de la Administración en razón del interés público que resguardan. No faltan tampoco los que pretenden negar el carácter excepcional o privilegiado de la sanción, caducidad, invalidación e interpretación administrativa del contrato atribuyendo al órgano competente el carácter adicional de juez<sup>21</sup>. Por otro lado, el contrato administrativo ha sido calificado como “híbrido”, *sui generis*<sup>22</sup>, *ius singularis*, “supraconcepto”<sup>23</sup>, o “mandato”.

Sin embargo, cual zapato perdido de la Cenicienta, el contrato administrativo no parece calzar cómodamente con ninguno de estos moldes. Cuando una institución jurídica es exceptuada de la mayoría de sus atributos típicos, su identificación conceptual ha sido probablemente errónea. Este sería, precisamente, el caso de los mal llamados contratos administrativos. Siguiendo con nuestra analogía, en nuestra opinión, la Cenicienta con que la figura del contrato “calzará” perfectamente es el acto administrativo.

<sup>16</sup> Por ejemplo, “*changed conditions clause*”, “*suspension of work clause*”, “*modified changes clause*”. Cfr. CUNEO Y CROWELL 1964, 153 y ss. Considérese también la cláusula de término unilateral de un “contrato” de licencia en Inglaterra, que fue objeto de litigio en *R. v. Barnsley Metropolitan Borough Council* (1976); en *R. v. Basildon District Council* (1981); y en *R. v. Wear Valley District Council* (1985). Y la cláusula de término de concesión de inmuebles públicos, objeto de litigio en *Cannock Chase D. C. v. Kelly* (1978). Para Estados Unidos, ver MEWETT (1958). 238.

<sup>17</sup> Véase la sentencia en el caso *R. v. Lewisham Borough Council* (1988).

<sup>18</sup> *R. v. Enfield London Borough Council* (1989).

<sup>19</sup> Véase el fallo en el caso *Rederiaktiebolaget Amphitrite v. The King* (1921), en que el juez Rowlatt declaró que “El Gobierno no puede por contrato obstaculizar su libertad de acción en materias que conciernen el bienestar del Estado”. La traducción es nuestra. CODINA 2014, 426. Para Estados Unidos, véase el fallo de la Corte Suprema en *Contributors to Pennsylvania Hospital v. Philadelphia* (1917), sobre “contrato” de expropiación.

<sup>20</sup> MILLER 1955, 57.

<sup>21</sup> Nos referimos a la doctrina del “Ministro-juez” que nace en Francia de la mano de Cormenin y se extiende luego a España. Cfr. PARADA 1963, 168 a 182.

<sup>22</sup> BACELLAR 2014, 53.

<sup>23</sup> MEILÁN 2015, 229.

1. El contrato administrativo es un acto administrativo mixto y modal

Siguiendo en parte la argumentación de Mayer<sup>24</sup>, Hauriou<sup>25</sup>, Laubadere<sup>26</sup>, Forsthoff<sup>27</sup> y López Muñoz<sup>28</sup>, entre otros, los contratos administrativos entre el Estado y los miembros de la comunidad a la que sirve<sup>29</sup> no revisten una naturaleza contractual. Se trata más bien de actos jurídicos unilaterales de imposición<sup>30</sup>, asignación o distribución de cargas públicas compensadas o mixtos cuyos efectos están sujetos a la aceptación del destinatario, *ad voluntatem privatis*. En efecto, la relación jurídica no se perfecciona en virtud de un acuerdo de voluntades sino del acto administrativo que adjudica de dicha carga conforme a un estatuto previo que la rige o *lex statutus*, para diferenciarla a así de la *lex contractus*.

Por tanto, la aceptación del encargo por el particular no tiene por función dar origen a una relación jurídica con la Administración sino simplemente que esta produzca efectos; es, por tanto, condición de ejecutoriedad o eficacia y no de existencia de la misma. Podemos sostener así que el acto adjudicatorio de la carga es modal, pues sus efectos están sujetos a la condición suspensiva de aceptación del particular. Las obligaciones recíprocas se hacen exigibles, entonces, ante la convergencia de dos actos jurídicos unilaterales: imposición y aceptación de una carga pública compensada. Como explica Ducci "No obsta al carácter unilateral de un acto el que posteriormente para producir efectos necesite el que haya otra manifestación de voluntad"<sup>31</sup>. Por ende, en la práctica, cuando el particular "suscribe" o "firma" un contrato ya adjudicado, no lo está perfeccionando sino dotando de eficacia.

En igual sentido, Laubadere explica que, según la jurisprudencia francesa, "el acuerdo dado al acto por su destinatario no tiene como consecuencia que se produzca un contrato, ni siquiera de manera más general un acto bilateral, incluso aunque el acuerdo vaya acompañado de un compromiso del destinatario del acto... La jurisprudencia reconoce la existencia de actos unilaterales tomados 'con el acuerdo' del destinatario (o 'en acuerdo' con él); de manera general, ella admite que un acto unilateral solicitado o aceptado no deviene necesariamente en un contrato"<sup>32</sup>.

<sup>24</sup> MAYER 1888, especialmente 23 a 26, 39.

<sup>25</sup> HAURIOU, 1916, 136 y ss.

<sup>26</sup> LAUBADERE 1956, 50 y ss.

<sup>27</sup> FORSTHOFF 1969, 333 y ss.

<sup>28</sup> LÓPEZ 1998, 947-969. Ver también López 2010, 41 a 65.

<sup>29</sup> Para diferenciarlos así de los contratos suscritos con el Estado con otros estados o empresas extranjeras, en que la naturaleza de la relación sí sería contractual.

<sup>30</sup> Utilizamos el vocablo "imposición" en su sentido más genuino, esto es, "acción y efecto de imponer o imponerse", entendiendo por imponer "poner una carga, una obligación u otra cosa". REAL ACADEMIA ESPAÑOLA 2001.

<sup>31</sup> DUCCI 2005, 236.

<sup>32</sup> LAUBADERE et al. 1983, 59-60. La traducción es nuestra.

Cabe enfatizar que siempre estamos en presencia de un procedimiento administrativo contractual, sea o no concursal o licitatorio. El acto terminal del procedimiento es la adjudicación del contrato. Como todo acto administrativo terminal, su ejecutoriedad, eficacia o producción de efectos puede ocurrir a partir de su notificación (ejecutoriedad propia) o con posterioridad a ella (ejecutoriedad impropia)<sup>33</sup>. Al respecto, la ley N° 19.880 establece que “[l]os actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo causan inmediata ejecutoriedad, salvo en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario...” (art. 51). Este último es el caso de los actos adjudicatorios contractuales, que requieren la aceptación del particular para producir efectos; a menos que la ley estime que dicha aceptación se produjo en virtud de un acto trámite anterior (v.gr. postulación, solicitud, etc.), en cuyo caso el acto adjudicatorio sería de ejecutoriedad propia.

A mayor abundamiento, Hauriou sostiene que la aceptación del destinatario constituye una forma ejecutoria del acto dissociada del acto anterior: “estos actos sucesivos son decisiones, pero no hay fusión subjetiva de consentimientos, ya que cada una de las decisiones se junta con las precedentes, para adherirse, una vez que estas no están en el estado de actos sino de hechos: ya no contienen la voluntad en fusión, sino la voluntad solidificada para que se lleve a cabo. No hay concurrencia de consentimientos para el mismo acto subjetivo, pero se incorporan nuevos consentimientos a los antiguos, mediante el acceso al mismo procedimiento, que es un acto jurídico objetivo”<sup>34</sup>.

Esta tesis contradice la pretensión de “fusionar” los actos unilaterales de adjudicación y aceptación del contrato para transformarlos en un solo acuerdo de voluntades subjetivas al estilo del contrato privado. Bajo esta lógica, todo acto condicionado a la aceptación del destinatario sería un contrato, como aquellos de nombramiento, permiso, concesión, elección popular, etc., lo que ciertamente resulta artificioso. De existir un “acuerdo”, este no es “celebrado” entre partes sino “prestado” por una parte al acto autosuficiente de la otra<sup>35</sup>, en el sentido de su segunda acepción en el diccionario: “resolución premeditada de una sola persona...”<sup>36</sup>.

Esta realidad es inherente a las relaciones jurídicas estatutarias, en que la aceptación del sujeto conlleva la adquisición de un *status*<sup>37</sup>, posición o condición jurídica particular regida por un *statutum*. Explica Alessandri que no es

<sup>33</sup> No debe confundirse la ejecutoriedad del acto, referida al momento en que produce efectos, con su ejecutividad, relativa a la exigibilidad de estos. La ejecutividad se predica respecto de un acto ejecutoriado cuyos efectos pueden estar vigentes o suspendidos y, por tanto, ser inexigibles. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha incurrido en confusiones al respecto. Cfr. *Fisco de Chile con Dorr Zegers María Teresa y otros* (2014), c. 11° y ss., *Fisco de Chile con Vicente Aresti López y otros* (2016), c. 12°. Una distinción correcta se observa en *Empresa de Servicios Himce Limitada con Municipalidad de Hualqui* (2017), c. 7°.

<sup>34</sup> HAURIOU 1916, 146. La traducción es nuestra.

<sup>35</sup> LAUBADERE *et al.* 1983, 59.

<sup>36</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA 2001. La cursiva es nuestra.

<sup>37</sup> Cfr. HIRSCHFELD 1902, 168-172.

un derecho subjetivo sino una “situación-base... un presupuesto de relaciones jurídicas, de derechos y deberes... Es una cualidad jurídica del individuo que denota la posición que tiene en una colectividad humana”<sup>38</sup>, como el estado civil. En este caso, el *status* adquirido es el de contratista del Estado, sujeto al estatuto público respectivo. La palabra es connatural, además, a la expresión *stato*, utilizada por Maquiavelo en su *Príncipe* para referirse a la organización política moderna, es decir, el Estado como orden jurídico “estatuido”<sup>39</sup>.

En este sentido, el vínculo jurídico asumido por un contratista con el Estado es sustancialmente similar al de un funcionario público, incluso en su ritualidad, que Hauriou describe como “solicitud [de carga] aceptada”<sup>40</sup>. Rememora los actos unilaterales convergentes de la antigua institución de la *commendatio*<sup>41</sup>: manifestación de interés en servir, imposición del encargo, y juramento o promesa para que produzca efectos. Y si tuviéramos que asociar esta figura a una institución de derecho privado, la respuesta no sería el contrato, ni siquiera de adhesión, sino aquellas de origen unilateral como la aceptación de una herencia o legado, la donación, o la *stipulatio* romana<sup>42</sup>. En resumen, como lúcidamente señaló Desjardins, “no es posible hablar propiamente de ‘contratos administrativos’, porque semejante adjetivo no puede ir acompañado de semejante sustantivo”<sup>43</sup>.

Esta realidad hunde sus raíces en los atributos de la relación jurídica pública que, a diferencia de la privada, solo puede tener su origen en actos unilaterales de distribución de cargas o beneficios al interior de la comunidad. Esta distribución se ejerce a través de actos potestativos o de *puissance publique*<sup>44</sup> que tienen por finalidad la satisfacción del bien común. Y es que por su propia naturaleza el Estado no puede mantener relaciones jurídicas de igualdad con aquellos respecto de los cuales es ontológicamente desigual en relación con sus intereses y fines. La autoridad política existe para servir a los integrantes de la comunidad mediante una actividad de reparto vertical y no de conmutación horizontal, pues esta última es connatural a sujetos con intereses equivalentes. El interés del Estado, en cambio, será siempre desigual, superior y omnicompreensivo porque busca el bien de todos y de cada uno. Su actividad es esencialmente supraordenadora, no equiordenadora<sup>45</sup>, y por eso se rige por la mutabilidad del *rebus sic stantibus*, no por la rigidez del *acta o promissa sunt servanda*, sin perjuicio de las compensaciones a que haya lugar.

<sup>38</sup> ALESSANDRI *et al.* 1999, 299.

<sup>39</sup> MAQUIAVELO 1998, 130.

<sup>40</sup> HAURIOU 1933, 743.

<sup>41</sup> BLOCH 1968, 162.

<sup>42</sup> D’ORS 1980, 316-320.

<sup>43</sup> MAYER 1888, 25.

<sup>44</sup> Siguiendo la nomenclatura de HAURIOU 1900, 227.

<sup>45</sup> Por eso que resulta cuestionable la definición de contrato administrativo del Dictamen N° 46.532 (2000), como aquel en que la Administración actúa “*en un plano de igualdad con los particulares*”.

Estos fundamentos permiten descartar incluso el carácter contractual de los intercambios público-privados regidos por la legislación civil, laboral o comercial (v.gr. compraventa, permuta, cesión de derechos, sociedad, arrendamiento, prestación de servicios, trabajo). Tales relaciones son igualmente actos de autoridad de origen unilateral, potestativos, distributivos de bienes y cargas, y con fines públicos de fomento, empresa o servicio estatal; solo que la regulación de las prestaciones mutuas es remitida a la legislación privada. Esta derivación no transforma la relación en un acuerdo privado, por la misma razón que un acuerdo laboral entre particulares que se remita al Estatuto Administrativo no da origen a un empleo público. Lo relevante para estos efectos no es el estatuto prestacional sino las partes, intereses y origen de la relación, incluso a falta de potestades exorbitantes.

Cualquier relación jurídica del Estado con los particulares gozará siempre de atributos ajenos a la figura contractual, aunque el régimen de obligaciones se remita al derecho privado y esté sometido a la jurisdicción común. Desde luego, porque la norma privada es solo una porción del bloque jurídico que rige la relación, compuesto además por normas constitucionales y legales sobre requisitos, límites jurídicos, y régimen de impugnación de las atribuciones contractuales. Estos preceptos constituyen un verdadero "régimen" o "atmósfera" de derecho público, como diría Weil<sup>46</sup>, siempre presentes en un intercambio público-privado para asegurar la vigencia del bien común con pleno respeto de los derechos.

Por estas razones, no compartimos la doctrina y jurisprudencia francesa que desde fines del siglo XIX distingue entre contratos "administrativos" y "privados" de la Administración dependiendo de si conceden o no un servicio público<sup>47</sup>. Este criterio reduce lo administrativo a la actividad prestacional del Estado, olvidando que la finalidad de los contratos regidos en parte por normas de derecho privado es también esencialmente administrativa y de interés público, como el fomento de actividades privadas, el Estado empresario o la organización administrativa. Bajo esta perspectiva finalista o funcional, todo contrato celebrado por la Administración es intrínsecamente administrativo y jamás privado, con prescindencia de las normas que rigen el intercambio obligacional. El Estado, cual rey Midas, publica todo lo que toca en razón de su fin. Negar la naturaleza pública de un contrato de la Administración regido parcialmente por la legislación privada equivale a negar que el fin esencial y último de todo acto estatal es asegurar el bien común.

Tampoco cabría distinguir entre contrato privado y administrativo dependiendo de si la autoridad cuenta o no con poderes exorbitantes del derecho común. Si aceptamos que todo contrato administrativo tiene su origen en un acto unilateral, siempre contará al menos con esa exorbitancia, descartando por tanto toda posibilidad de estar íntegramente regido por la legis-

---

<sup>46</sup> WEIL 2016, 182-183.

<sup>47</sup> JÈZE 1927, 7-9.

lación privada. Lo anterior es sin perjuicio, además, de otros poderes que el legislador pueda atribuir de modo específico o genérico para mantener los efectos del acto sometidos al bien común.

## 2. Críticas y defensas a la tesis del contrato administrativo como acto potestativo mixto

No obstante lo expuesto, la conceptualización del contrato administrativo como acto unilateral no ha estado exenta de críticas. Podemos citar, en primer lugar, la opinión de Ariño Ortiz, para quien esta noción sería errónea, en primer lugar, porque el acto carece de la fuerza de ley que tienen los contratos administrativos, esto es, “una vez que se ha producido el acuerdo de voluntades y ha nacido el contrato, este tiene prevalencia sobre las normas legales”<sup>48</sup>.

Sin embargo, este argumento parece inapropiado para desvirtuar la naturaleza unilateral del acto, porque esta se refiere al origen de la relación jurídica y de sus efectos, no al régimen aplicable una vez vigente. Por tanto, es preciso centrar el análisis en el hecho que causa la relación y no en el estatuto que la rige. No basta con sostener que el contrato administrativo es contrato porque tiene fuerza de ley, pues eso equivale a decir que es contrato simplemente porque es tratado como tal. Además, nada obsta a que una relación jurídica de origen unilateral pueda gozar de una estabilidad equivalente a la de un contrato, por el solo ministerio de la ley, sin perder su unilateralidad.

Otra crítica, sostenida por la doctrina alemana<sup>49</sup> y en España por autores como Ariño Ortiz<sup>50</sup>, Meilán Gil<sup>51</sup> y Barra<sup>52</sup>, sostiene que la tesis unilateral no resulta aplicable a casos donde el estatuto es negociado previamente entre la Administración y el particular, de modo que las obligaciones recíprocas son causa la una de la otra porque ha existido un acuerdo de voluntades. En palabras de Meilán, la voluntad del particular en tales casos “contribuye a la formación del contenido del contrato, forma parte del supuesto de hecho en que se va a concretar la norma... es condición de validez”<sup>53</sup>.

Sin embargo, en nuestra opinión, el supuesto consenso sobre el estatuto del contrato no da origen a relación contractual alguna, pues esta solo nacerá por un acto jurídico unilateral posterior a la aprobación, también unilateral, de aquel estatuto: la adjudicación. En este sentido, es acertado sostener que el asentimiento del particular a los términos contractuales puede constituir un supuesto de hecho previsto en la norma, solo que dicho supuesto revestiría el carácter de acto trámite esencial u obligatorio, de contenido vinculante o no vinculante, en el proceso de elaboración del estatuto

<sup>48</sup> ARIÑO 2007, 88.

<sup>49</sup> Resumida por HUERGO 1998, 152.

<sup>50</sup> ARIÑO 2007, 51.

<sup>51</sup> MEILÁN 2015, 51.

<sup>52</sup> BARRA 1989.

<sup>53</sup> MEILÁN 2015.

contractual<sup>54</sup>. Es posible también que este sea condición de validez, pero lo sería de la norma estatutaria y no de la relación jurídica que será regida por esta. Es posible incluso que a dicha manifestación de voluntad se le atribuya normativamente el efecto de aceptación anticipada de la carga pública, en cuyo caso sería condición de validez del estatuto contractual y condición de eficacia del acto adjudicatorio.

En consecuencia, incluso en casos de negociación del contrato entre el Estado y el particular, la aceptación de la carga pública es condición de eficacia y no de existencia o validez de la relación jurídica contractual. La causa de las prestaciones mutuas continúa siendo, por tanto, la adhesión unilateral a un estatuto previo de interés público. No existe el *duorum in idem placitum consensus* propio de los contratos.

Un tercer contraargumento, esbozado por Martín-Retortillo<sup>55</sup>, podría ser que la desigualdad de las partes no afecta la naturaleza contractual de la relación. Cita, a modo ejemplar, el contrato celebrado entre un esclavo, con dinero de su peculio, y un ciudadano romano. Y podríamos argüir en apoyo de esta crítica que el derecho moderno se ha preocupado, precisamente, de asegurar un equilibrio comercial entre contratantes desiguales en ámbitos donde el más fuerte podría aprovecharse del principio de autonomía de la voluntad, como en materia laboral o de derecho del consumidor<sup>56</sup>, a través de contratos de adhesión.

Sin embargo, la naturaleza peculiar de la relación contractual pública no se basa en la desigualdad comercial de las partes sino en la desigualdad de sus intereses, puesto que es un caso singular en que una de las partes de la relación (Estado) debe proteger el bien de todos, incluyendo el de su contraparte<sup>57</sup>. Esta verticalidad de intereses no existe en la figura contractual, que supone de suyo una relación entre intereses de valoración jurídica equivalente, independiente de la capacidad comercial de las partes. Además, como acota Juristo Sánchez, la asimetría de las partes en derecho privado es siempre factual y repudiable, mientras que la del Estado con el particular es constitutiva y legítima por razones de bien común<sup>58</sup>.

Una cuarta crítica, de Entrena Cuesta<sup>59</sup>, sostiene que la tesis unilateralista no ofrece explicaciones razonables para el caso en que el encargo sea asumido por un organismo público. ¿Acaso habría allí un acto imperativo de un ente público a otro? Nuestra respuesta a esta crítica es que la tesis unilateralista solo aborda la naturaleza del intercambio entre el Estado y los integrantes de la comunidad a la que sirve. No se pronuncia sobre la relación jurídica

<sup>54</sup> Cfr. GARCÍA 1997, 347 y 348.

<sup>55</sup> MARTÍN-RETORTILLO 1959, 96.

<sup>56</sup> Cfr. Sentencia TC Rol N° 4.795 (2018).

<sup>57</sup> ARROWSMITH 1990a, 240.

<sup>58</sup> JURISTO 1983, 23.

<sup>59</sup> ENTRENA 1957, 49.

entre entes públicos, entre Estados, o entre estos y particulares extranjeros. Probablemente, estos intercambios sí obedecen a figuras convencionales o de *coordinación*, en atención a que las partes interactúan en un plano de horizontalidad de intereses. Sin embargo, estas figuras son ajenas a los contratos administrativos de *subordinación* entre el Estado y sus nacionales, objeto de este trabajo.

Una quinta objeción se refiere a la naturaleza del acto adjudicatorio, que no sería de imposición de una carga sino de aceptación del negocio ofrecido por el postulante durante el proceso licitatorio, de forma que viene a cerrar un contrato clásico. Sin embargo, compartimos el contrargumento de López-Muñiz de que la solicitud, oferta o voluntad favorable al encargo manifestada antes de la adjudicación “carece de virtualidad constitutiva del contrato; es solo condición de validez del acto administrativo que lo constituye como tal...”<sup>60</sup>. Semejante voluntad, sostiene este autor, no interviene en la adopción y perfeccionamiento del vínculo más de lo que pueda hacerlo la de un postulante a un empleo público o la del solicitante de una subvención o autorización administrativa. “Nadie dirá con rigor que esos actos administrativos son bilaterales, acordados”, pese a que se inician con una manifestación de interés o voluntad favorable del destinatario del acto<sup>61</sup>.

Un sexto contraargumento podría sostener que los contratos administrativos son contratos porque, como explica la doctrina francesa<sup>62</sup>, producen los mismos efectos que los privados: es una ley para las partes, no pueden ser afectados retroactivamente por normativas nuevas, y son de efecto relativo, entre otros. Sin embargo, a nuestro entender, no deben confundirse los efectos del contrato con los efectos de las obligaciones. La identidad de efectos no obedece a que los contratos administrativos gozan de naturaleza contractual, sino a que también son fuente de deberes. El acto administrativo contractual guarda similitud de efectos con el contrato privado porque ambos se rigen por el *ius obligationis inter partes*, sin perjuicio de que tales obligaciones nacen de un modo diferente: acto versus contrato.

Un razonamiento similar sigue la crítica que identifica los contratos administrativos con los contratos privados de adhesión. Sin embargo, incluso en contratos de prestaciones innegociables, las obligaciones nacen producto de un solo acto bilateral o acuerdo de voluntades, circunstancia que no reconocemos en la relación surgida al amparo un acto administrativo unilateral de ejecutoriedad impropia.

Hemos dejado para el final una crítica que sostiene que el contrato administrativo es contrato porque así lo ha expresado el legislador<sup>63</sup>. Sin desconocer que, efectivamente, el legislador puede atribuir dicha naturaleza a una

<sup>60</sup> LÓPEZ 2010, 50.

<sup>61</sup> *Ídem*.

<sup>62</sup> LAUBADÈRE et al. 1983, 18.

<sup>63</sup> ZANOBINI 1958, 236.

relación prestacional con el Estado, ello no sirve para resolver una interrogante dogmática cuyos elementos trascienden con creces la voluntad y nomenclatura del legislador. Semejante recurso al positivismo jurídico para poner fin a una discusión ontológica más profunda es criticado por el propio Mayer mediante el ejemplo del niño que para comer pollo en los días de ayuno eucarístico le dijo: “te bautizo pez”<sup>64</sup>.

3. Los atributos de los contratos administrativos son naturales al acto administrativo y ajenos al contrato entre partes

Al concebir el contrato público como una relación jurídica originada por un acto unilateral mixto, desaparece la necesidad de calificar sus atributos dogmáticos como “excepcionales”. No requieren siquiera de una justificación especial, pues obedecen a cualidades naturales o propias de los actos administrativos; por así decirlo, calzan como el guante a la mano.

En primer lugar, la modificación unilateral del contrato deja de ser especial o *sui generis*. Semejante potestad es de *iure imperii* e inherente a los actos administrativos, donde la necesidad de asegurar el bien común exige actuar de modo unilateral ante un cambio de circunstancias que afecte el interés público o privado de la relación, sin perjuicio de las restricciones legales y compensaciones a que haya lugar. En la práctica, la *potestas variandi* del contrato se reconduce a la revocación parcial y modificación del acto adjudicatorio, que suele contener el estatuto íntegro del intercambio prestacional conforme al principio de autarquía exigido por la Contraloría General de la República<sup>65</sup>.

Es importante enfatizar que la modificación unilateral del contrato se funda en la necesidad de proteger tanto los intereses públicos como privados involucrados. Por así decirlo, la *potestas variandi* puede ser *pro fisco* o *pro cives*. Lo decimos porque algunas justificaciones doctrinales tienden a ser unidireccionales. Por ejemplo, Jèze sostiene que la variación está fundada en el interés nacional, incluso en casos de compensación al particular por imprevisión, pues así se asegura la continuidad del servicio público<sup>66</sup>. Otros, en cambio, prefieren justificar la variación contractual o el *rebus sic stantibus* solo para resguardar los intereses del contratista. Ambas posturas son criticables por su parcialidad. Desconocen la preeminencia del bien común como atributo esencial de toda relación pública, lo que justifica la alteración de sus términos para proteger cualquier desequilibrio entre sus elementos indisolubles: el bien de todos y el de cada uno de los integrantes de la comunidad, la distribución eficaz pero equilibrada de las cargas.

Esta idea calza también con los modos de extinción del contrato. Dado que este tiene su origen en un acto administrativo mixto, procede su invalidación con los límites a que haya lugar en relación con el adjudicatario de

<sup>64</sup> MAYER 1888, 60.

<sup>65</sup> ARANCIBIA 2014, 24-26.

<sup>66</sup> JÈZE 1950, 8.

buena fe. Además, es natural y no “excepcional” que la sentencia de nulidad del acto adjudicatorio no produzca *per se* el efecto retroactivo del artículo 1687 del Código Civil, pues obedece a un efecto propio de la nulidad de actos administrativos cuyo destinatario está de buena fe.

Asimismo, puesto que el acto adjudicatorio es unilateral, resulta natural su revocación a futuro por razones de mérito, oportunidad o conveniencia del interés público, sin perjuicio de las restricciones y compensaciones que correspondan. Por la misma razón, la resciliación sería improcedente. El término por mutuo acuerdo debe entenderse comprendido entre las causales de revocación del acto.

La naturaleza del contrato público como acto administrativo justifica, además, que el legislador pueda conferir a la autoridad la potestad de sancionar unilateralmente la infracción de deberes del particular, incluyendo la declaración de caducidad en casos graves.

El carácter unilateral del contrato explica también su sometimiento al principio de igualdad ante los bienes y cargas públicas, que es inherente a los actos administrativos regidos por la justicia distributiva y ajeno a los contratos privados regidos por la justicia conmutativa. La unilateralidad determina también la sujeción del contrato a los principios de irretroactividad, intangibilidad de los derechos adquiridos y confianza legítima. En relación con estos últimos, cabe señalar que la adjudicación de la carga pública, que da origen a la relación jurídica, constituye una base de confianza en la estabilidad de los términos de la misma. Por tanto, la necesidad justificada de modificar o de extinguir el contrato hacia futuro por razones de interés público obliga a la Administración a proteger los derechos adquiridos y las expectativas legítimas del contratista de buena fe a través de mecanismos de compensación o transitoriedad del cambio según corresponda.

Como puede observarse, al concebir el contrato administrativo como una relación jurídica originada por un acto administrativo mixto, aquellos atributos que resultaban extraños o excepcionales a la figura contractual pasan a ser intrínsecos, normales, inherentes. Esta es una evidencia adicional de que la calificación de la relación administrativa como “contrato excepcional” es errónea, antinatural y forzada.

#### 4. Los actos administrativos contractuales surgen del ejercicio de potestades estatales regidas por el derecho público

De lo dicho se desprende que los actos unilaterales de administración y término del contrato no consisten en facultades contractuales sino en potestades de derecho público. Los actos de imposición y aceptación del encargo público son simplemente presupuestos que habilitan el ejercicio de tales potestades. Esta realidad ha sido reconocida por la doctrina y jurisprudencia española<sup>67</sup>, francesa, italiana y anglosajona.

<sup>67</sup> Cfr. ARIÑO 1968, 266; BOQUERA 1970, 88; CASSAGNE 1999, 70; JURISTO 1983, 102 y 103.

Así, por ejemplo, el Consejo de Estado francés sostuvo en el caso *Association Coopérative des Ouvriers Paveurs*<sup>68</sup>, sobre construcción de alcantarillado, que los poderes de supervisión del contrato no son contractuales sino parte del derecho público general al que se sujeta cualquier persona que se relaciona con el Estado. Por tanto, si el contrato omite mencionarlos no significa de suyo que no existen, y en caso de existir “*son inalienables e incondicionales y el gobierno no puede restringirlos por contrato*”. En igual sentido, Laubadere<sup>69</sup> en Francia y Cianflone<sup>70</sup> en Italia califican las órdenes de dirección contractual como poderes administrativos, y Jèze sostiene que el poder de modificación del contrato no emana de este sino del poder regulatorio del Estado<sup>71</sup>. Por su parte, una corte británica sostuvo en el caso *Jones v. Swansea City Council*<sup>72</sup> que “*el origen último de cada poder [contractual] es ciertamente la ley*”<sup>73</sup>. El mismo criterio ha sido sostenido por la Corte Suprema de Estados Unidos en materia de sanciones contractuales<sup>74</sup>.

En consecuencia, las órdenes de dirección, fiscalización, sanción, modificación, revocación, invalidación y caducidad del contrato administrativo son actos dictados en ejercicio de potestades públicas<sup>75</sup>. Por esta razón, no compartimos las doctrinas que les atribuyen un origen facultativo propio de un contrato privado. Por lo mismo, resulta erróneo atribuir a las sanciones contractuales el carácter de cláusula penal en desmedro de su naturaleza potestativa<sup>76</sup>.

Sin embargo, la mayoría de los autores nacionales citados al inicio de nuestro acápite II.A dan cuenta que el carácter potestativo de estas prerrogativas no es incompatible con la idea del contrato como acuerdo de voluntades. Para ellos, dicho acuerdo habilitaría el ejercicio de poderes legales. Sin embargo, esta posición es contradictoria. Primero, si la celebración del contrato solo “*habilita*” el ejercicio de poderes legales, entonces la fuente de las prerrogativas no es el contrato sino la ley, y la relación jurídica no es convencional sino legal o estatutaria. Segundo, si el contrato es un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones, ¿por qué entonces atribuir un origen normativo distinto a tales facultades? ¿no será más coherente hablar de facultades de origen contractual? Para salvar esta encrucijada, solo

<sup>68</sup> *Ministre de la Guerre v. Association Coopérative des Ouvriers Paveurs* (1927).

<sup>69</sup> LAUBADERE 1956, 368 y ss.

<sup>70</sup> CIANFLONE 1976, 396.

<sup>71</sup> JÈZE 1945, 251.

<sup>72</sup> *Jones v. Swansea City Council* (1990).

<sup>73</sup> *Ídem*; ARROWSMITH 1990b, 3 y 4.

<sup>74</sup> Así, por ejemplo, en el caso *Priebe & Sons., Inc. v. United States*, 332 U.S. 407 (1947), la Corte sostuvo que “*no somos remitidos a ningún precepto por el cual el Congreso autorizó la imposición de multas como sanciones a ese programa, ni nosotros encontramos ninguno. No podemos inferir dicho poder*”. La traducción es nuestra.

<sup>75</sup> ARIÑO 1968, 266; BOQUERA 1970, 88; CASSAGNE 1999 70.

<sup>76</sup> En general, Dictámenes N° 65.248 (2011), N° 8.297 (2012), N° 21.035 (2012), N° 34.523 (2013), N° 47.611 (2013), N° 30.003 (2014), N° 1765 (2015), N° 96.251 (2015), N° 11.961 (2018) y N° 21.861 (2018). *Espacio y Jardín Ltda. con I. Municipalidad de Iquique* (2017).

quedaría sostener que se trata de facultades contractuales de origen legal, como aquellas reguladas en el Código Civil respecto de contratos específicos. Sin embargo, semejante explicación envuelve una renuncia al postulado potestativo inicial. No existen diferencias ontológicas entre las facultades legales y las de cláusula contractual, pues ambas son derechos subjetivos. En consecuencia, carecen de naturaleza potestativa. Por lo visto, contrato y potestad son figuras incompatibles entre sí.

Para algunos autores, sin embargo, esta discusión sería irrelevante o estéril porque las prerrogativas unilaterales de un contratista podrían ser inherentes a contratos públicos y privados<sup>77</sup>. No compartimos esta afirmación. Aunque tales prerrogativas existan en cualquier contrato, su carácter potestativo es intrínseco, por su parte, a la relación jurídica del Estado con los particulares. Esta se rige por la regla de oro del derecho público de que el Estado solo puede hacer aquello que está expresamente permitido, no siendo una excepción a este principio el contar con la anuencia del particular. Según la Constitución, los órganos del Estado actúan válidamente dentro de su competencia legal, no siendo posible actuar *de facto* "ni a aún a pretexto de circunstancias extraordinarias" (art. 7), entre las cuales estaría ciertamente el consentimiento del particular para que el Estado actúe *extra vires*.

A su vez, dada la naturaleza potestativa de las prerrogativas contractuales, es redundante calificarlas de poderes "exorbitantes". Toda potestad es de suyo exorbitante debido a su unilateralidad, pues constituye una excepción al derecho común de surgimiento de obligaciones por el consentimiento u obrar culposo o doloso del obligado. Puesto que todo contrato administrativo es una relación jurídico-potestativa desde su origen, el Estado nunca ejerce "facultades" sino poderes. Por tanto, la expresión "exorbitante" es siempre superflua o tautológica.

Por otro lado, siendo atribuciones estatales, su ejercicio está sujeto a los requisitos de *ius cogens* del derecho público. Nos referimos, específicamente, a las exigencias de legalidad, eficacia o procedencia, finalidad, debido proceso, proporcionalidad, igualdad ante el Estado, resguardo de los derechos adquiridos, confianza legítima, y control, entre otros<sup>78</sup>. Como sostiene Mewett, así como estos poderes son de origen extracontractual, lo son también las condiciones para su ejercicio<sup>79</sup>.

#### a. *Legalidad de las potestades contractuales administrativas*

La legalidad de los poderes contractuales exige un análisis más preciso, puesto que ni las normas reglamentarias, ni las administrativas que regulan las bases de licitación, ni el contrato mismo sirven de fuente legítima para su

<sup>77</sup> JURISTO 1983, ob. cit., en relación con el *ius variandi*, 178 a 180.

<sup>78</sup> ARANCIBIA 2016, 176-189.

<sup>79</sup> MEWETT 1958, 226.

otorgamiento<sup>80</sup>, sin perjuicio de su aptitud para precisarlos o de darles mayor publicidad. La Constitución dispone que las potestades públicas –incluidas las contractuales– solo pueden ser conferidas por el legislador (arts. 7 inciso 2° y 65 inciso 4° N° 2). En consecuencia, si el legislador no prevé tales prerrogativas, estas no existen<sup>81</sup>; y si las prevé, estas deben ser ejercidas en los términos exigidos por la ley en cuanto a su qué, quién, por qué, para qué, dónde, cuándo, y cómo.

Esta reserva de ley sale al paso de la doctrina que pretende validar las potestades contractuales creadas por normas administrativas (v. gr. reglamento, bases de licitación) fundada en que la atribución legal de contratar comprende la de establecer otros poderes exorbitantes, en la medida que sean aceptados por el contratista. No compartimos esta afirmación en un régimen constitucional como el nuestro, de competencias legales expresas. La exorbitancia de constituir una relación jurídica de modo unilateral no habilita para afectarla posteriormente del mismo modo. En otras palabras, el poder legal de imponer cargas públicas, sujetas o no a aceptación, no comprende el de modificarlas, sancionar su incumplimiento o terminarlas unilateralmente. Tales prerrogativas son distintas y, por tanto, requieren también de poder legal; además, según dijimos, la mera aceptación del particular no bastaría para legitimar actuaciones *extra-legem*.

Este criterio rige de modo pacífico las relaciones jurídico-administrativas. Por ejemplo, el poder legal de autorizar o subsidiar una actividad no comprende el de fiscalizarla, suspenderla o sancionarla ¿Por qué habría de ser distinto en el caso de las relaciones contractuales administrativas? Por eso que estimamos antijurídica la sanción de incumplimientos contractuales careciendo de poder legal para ello<sup>82</sup>. Lo anterior no se opone a que el contrato pueda contemplar causales de caducidad, solo que, en ausencia de potestad declarativa legal, la Administración solo podrá demandar dicha declaración ante el juez. Esta competencia judicial añade un argumento adicional a la imposibilidad de caducar unilateralmente un contrato mediante una atribución tácita, puesto que la teoría de los poderes implícitos exige, *inter alia*, que dicho poder no esté atribuido expresamente a otro órgano<sup>83</sup>.

#### b. Eficacia y debido proceso en las potestades contractuales administrativas

Por su parte, el requisito de eficacia exige que los actos contractuales unilaterales sean necesarios para satisfacer un interés público calificado por ley ante hechos concretos debidamente acreditados. El órgano no solo puede sino debe actuar ante tales circunstancias, pues se trata de potestades cuyo ejercicio es indisponible, irrenunciable y obligatorio so pena de incurrir en

<sup>80</sup> LAUBADÈRE *et al.* 1983, 386; BOQUERA 1970, 88 y 89.

<sup>81</sup> Cfr. ARÓSTICA 2002, 191 a 201.

<sup>82</sup> COMADIRA 2000, 134; SAYAGUÉS 2005, 210; FLORES 2016, 58.

<sup>83</sup> DELPIAZZO 2019, párrafos N° 232 a 235, 264, 275 y 276.

una omisión antijurídica<sup>84</sup>. Sin embargo, en segundo lugar, en ausencia de tal interés o evidencia, el acto se vuelve desviado, improcedente y, por tanto, arbitrario. De ahí la necesidad de que sea debidamente justificado. Ahora bien, en caso de ser eficaz, queda pendiente revisar su debida proporcionalidad o intensidad en la afectación del particular.

En materia de debido proceso, el ejercicio de poderes contractuales se rige por la garantía constitucional respectiva (art. 19 N° 3 inciso 6°), la Ley N° 19.880, y las disposiciones legales y reglamentarias especiales aplicables al contrato. Por esta razón, resultan contrarias a derecho las normativas o bases que permiten la imposición de sanciones o declaraciones de caducidad sin haber considerado los descargos del contratista. Dado que, como explica García de Enterría, la caducidad opera *ex re* pero la declaración administrativa pertinente es *conditio iuris* de su efectividad<sup>85</sup>, dicha manifestación potestativa solo podría ser ejercida conforme a un debido proceso que considere estándares básicos de contradictoriedad<sup>86</sup>.

Asimismo, a falta de ley especial, la impugnación de actos administrativos contractuales se rige principalmente por la Constitución, la Ley N° 18.575, y la Ley N° 19.880. Es por esta razón que son antijurídicas aquellas disposiciones que impiden lisa y llanamente la impugnación de actos contractuales<sup>87</sup>.

## II. La justicia rectora de los contratos administrativos es distributiva (no conmutativa)

La naturaleza del contrato administrativo como acto unilateral determina también la justicia que lo rige. Esta no puede ser otra que la distributiva, que es intrínseca a las relaciones entre el titular del interés del todo y una de sus partes. Siguiendo la idea aristotélica<sup>88</sup>, esta justicia obliga a la autoridad política a distribuir los bienes y cargas necesarias para el bien común de modo justo, dando a cada uno lo que es suyo en relación con los demás<sup>89</sup>.

Siendo esto así, la igualdad que rige el intercambio contractual no se funda en la igualdad de las partes o de sus intereses, propia del derecho

<sup>84</sup> COVIELLO 2011, 187.

<sup>85</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA 1950, 105.

<sup>86</sup> FLORES 2016, 47 a 79.

<sup>87</sup> Véase, por ejemplo, la cláusula vigésima del Contrato de Obra Pública celebrado por la Municipalidad de Providencia y Probinco S.A, de fecha 13 de mayo de 1996, citado en *Probinco S.A. con Ilustre Municipalidad de Providencia (2006)*, c. 5°: "En este caso [caducidad] la I.M. dejará sin efecto el contrato en forma unilateral por la simple vía administrativa... En este evento el contratista no tendrá derecho a acción, reclamación o indemnización alguna en contra de la Municipalidad".

<sup>88</sup> ARISTÓTELES 1985 y ARISTÓTELES 1988. SERRANO 2005, 140-145.

<sup>89</sup> Tomás de Aquino lo explica en los siguientes términos, aunque reducido a los bienes: "Como la parte y el todo son en cierto modo una misma cosa, así lo que es del todo es en cierta manera de la parte; y por esto mismo, cuando se distribuye algo de los bienes comunes entre los individuos, recibe cada cual en cierto modo lo que es suyo". DE AQUINO 2014, 351.

conmutativo privado<sup>90</sup> o internacional<sup>91</sup>, sino en la igualdad de los particulares, contratista y no contratistas, ante el Estado. Las prestaciones de las partes deben ser equivalentes no en razón de la simetría u horizontalidad de sus intereses –que no es tal– sino en virtud del principio distributivo cardinal de igualdad ante los bienes y cargas públicas<sup>92</sup>. De modo que cualquier alteración injusta en las prestaciones del contrato conlleva un privilegio o un gravamen discriminatorio para el contratista en relación con el resto de los integrantes de la comunidad. En otras palabras, la igualdad que rige al contrato administrativo no es “con” sino “ante” el Estado, es proporcional y no aritmética. Evoca la noción matemática y milenaria de Euclides cuando sostiene que “las cosas que son iguales ante la misma cosa [Estado] son también iguales entre ellas”<sup>93</sup>.

De lo dicho queda en evidencia, a nuestro juicio, el error histórico en que ha incurrido la doctrina en fundar la equivalencia de las prestaciones del contrato administrativo en la justicia conmutativa o en la igualdad de los contratantes<sup>94</sup>, o en instituciones afines como el enriquecimiento sin causa, la buena fe<sup>95</sup>, el deber de colaboración, o la desaparición de las razones que llevaron a contratar.

Nuevamente, el carácter distributivo de la igualdad que rige al mal llamado contrato público permite justificar todos y cada uno de los criterios jurídicos que lo diferencian del contrato privado sin necesidad de calificarlos de excepcionales. Precisamente porque esta relación jurídica se rige por el principio de igualdad ante los bienes y cargas públicas es que se debe adjudicar el contrato por licitación o concurso público objetivo, imparcial y transparente, reestablecer el equilibrio de las prestaciones, evitar alteraciones esenciales del encargo licitado, y compensar al contratista todos los gastos imprevistos e inimputables. En este sentido, la cualidad del *rebus sic stantibus*, que es de la esencia de toda relación jurídica pública, se funda en la necesidad de asegurar la igualdad distributiva de bienes y cargas para resguardar intereses públicos y privados. El principio del *pacta sunt servanda* es inaplicable a estas relaciones porque produce una petrificación de las prestaciones que puede perjudicar ambos intereses ante asimetrías sobrevinientes.

La igualdad distributiva como fundamento del pago al contratista es bien explicada por Vázquez de Menchaca ya en el siglo XVI siguiendo, entre otros, a juristas medievales como Baldo: “Si el príncipe dio orden de fortificar

<sup>90</sup> ARISTÓTELES 1985, 252 a 254. Cfr. DESPOTOPOULOS 2005, 11-25. LÓPEZ 2015, 115-181.

<sup>91</sup> Véase el caso *Société européenne d'études et d'entreprises v. République Yugoslavie* (1959), en que se aplicó la *lex mercatoria*, cuyo principio de equivalencia prestacional está fundado en la justicia conmutativa, a un contrato entre el Gobierno de Yugoslavia y una empresa extranjera.

<sup>92</sup> MORALES 1998, 422 y 423.

<sup>93</sup> EUCLIDES 2002, p. 2.

<sup>94</sup> DE AQUINO 2014, 360; HAMILTON 1791, 286; DROMI 2009, 535. Dictámenes N° 17.521 (1982), N° 26.538 (1985) y 21.990 (1986).

<sup>95</sup> JÉZE 1950, 45.

el castillo o villa de algún ciudadano con el fin de hacer más difícil su conquista ante la amenaza de una guerra... ¿está obligado el ciudadano a efectuarlo a sus propias expensas?... Lo más fundado es, que el súbdito ni está obligado a efectuarlo a sus propias expensas... sino que... debería realizarse a expensas de todo el reino; claro está que el mismo dueño de la villa como uno de los ciudadanos del reino deberá aportar su parte proporcionada a la cuantía de sus bienes..."<sup>96</sup>.

Sobre la base de lo expuesto, la normativa aplicable a la equivalencia de las prestaciones en el contrato administrativo no es el Código Civil sino la Constitución Política de la República, que dispone la igualdad ante los bienes y cargas públicas en diversos preceptos. Dado el carácter supremo y vinculante de la Carta fundamental respecto de todo el ordenamiento jurídico (art. 6), es posible afirmar que todo contrato administrativo está sujeto al principio constitucional de igualdad distributiva incluso en aquellos casos en que no sea reconocido por la norma inferior que lo rija. En otras palabras, los preceptos pertinentes de la Constitución se integran al estatuto normativo del contrato para garantizar la igualdad distributiva de modo expreso, existan o no mecanismos para facilitar la asimetría prestacional.

En consecuencia, cualquier alteración injustificada del equilibrio financiero del contrato debe ser restaurada por expresa disposición de la Constitución, para efectos de impedir beneficios inmerecidos o cargas públicas desiguales para el contratista. Lo restaurado entonces es un equilibrio distributivo y no sinalagmático. El Código Civil solo podría ser aplicable a estos contratos "en la medida que no contraríen los principios generales de Derecho Administrativo"<sup>97</sup>.

#### 1. Efectos de la justicia distributiva en los contratos administrativos

Las consecuencias del postulado anterior son dos. Por un lado, el contratista tiene derecho a ser compensado por la mayor onerosidad provocada por alteraciones del equilibrio contractual que le sean inimputables. Por otro, la Administración puede disponer o solicitar al juez, según corresponda, la reducción del precio del contrato ante hechos sobrevinientes que produzcan ganancias injustificadas para el contratista y, por tanto, una onerosidad innecesaria para el interés público. Ambas partes, por tanto, quedan sometidas a una relación de igualdad distributiva de bienes y cargas.

Por consiguiente, el contratista administrativo no adquiere un derecho a un precio o utilidad fija, ni siquiera en la hipótesis de sumaalzada, sino que a una ecuación fija de costos e ingresos. Si tales costos se ven incrementados por circunstancias sobrevinientes, inimputables, y no reguladas, el contratista tiene derecho a la cobertura de las pérdidas para mantener la ecuación original. Esta misma lógica permite la reducción del precio del contrato, sin afec-

<sup>96</sup> VÁSQUEZ DE MENCHACA (1564), 176 y 177.

<sup>97</sup> Dictamen N° 20.165 (1969).

tar los derechos adquiridos o expectativas del contratista, ante la disminución inimputable de los costos del contrato en perjuicio del erario. En ese caso, el ajuste no priva sino que reestablece el coeficiente al que tiene derecho el contratista.

Conforme a la primera proposición, entonces, el contratista tiene derecho, al menos (puede ser más en caso de incumplimiento estatal), al reembolso de los mayores costos que deba asumir para cumplir sus obligaciones ante el desequilibrio financiero provocado por hechos inimputables. Esta compensación mantiene la equivalencia de las prestaciones y evita que el particular asuma gratuitamente una carga de interés común que debería ser soportada por todos<sup>98</sup>. La omisión total o parcial de este deber compensatorio configura una hipótesis de desigualdad ante las cargas públicas prohibida por la Constitución, pues se estaría imponiendo un sacrificio de balde a uno en beneficio de todos. Esta lesión perjudica no solo el interés del particular sino el bien común, que está condicionado al bienestar de todos y “cada uno” de los miembros de la comunidad.

El argumento técnico por el cual la discriminación es arbitraria en estos casos varía según el hecho que produce el desbalance prestacional. a) Si es un acto lícito del Estado, la desigualdad es injusta porque el contratista se ha visto privado del derecho adquirido o de la confianza legítima, según el caso, a obtener una justa retribución por sus inversiones; b) si se trata de un incumplimiento culposo del contrato por parte del Estado, la diferencia es caprichosa porque el responsable de asumir la contravención debe ser el infractor y no el particular solvente; c) si se debe a la realización de trabajos útiles fuera del contrato, la desigualdad es arbitraria porque empobrece al contratista sin causa; d) finalmente, si la circunstancia sobreviniente no es atribuible a ninguna de las partes, el desequilibrio es arbitrario porque debería ser asumido por todos.

En segundo término, la Administración está sujeta al deber de mantener el equilibrio del contrato ante hechos no regulados que aumenten injustificadamente las ganancias del contratista. Nos referimos, por ejemplo, a circunstancias independientes que provoquen una disminución sustancial de los costos y, por tanto, una alteración de la equivalencia de las prestaciones. El Estado, titular del interés público, estaría pagando un sobreprecio por los servicios del particular sin justa causa, pues el beneficio sería ajeno a su eficiencia productiva.

Siguiendo con nuestra idea de reparto justo, la restauración del equilibrio contractual en este caso está fundada en el principio de igualdad ante los bienes públicos (art. 19 N° 2 de la Constitución). El excedente de utilidades para el contratista, causado por el hecho sobreviniente, configura un privilegio inmerecido y, por tanto, arbitrario con respecto a los integrantes de

<sup>98</sup> Esta idea está presente en la Sentencia TC Rol N° 1.254 (2009).

la comunidad. Es atentatorio del bien común porque privilegia injustamente a uno en detrimento de todos.

Al respecto, es preciso distinguir entre utilidad inmerecida causada por actos del Estado y aquella causada por hechos imprevistos e inimputables a las partes. Si el beneficio proviene de la reducción de costos por *potestas variandi* o por hecho del príncipe, la mantención de las utilidades originales del contrato produciría un enriquecimiento sin causa. La reducción de utilidades en este caso conlleva una suerte de expropiación del derecho o frustración de expectativas a obtenerlos que se ve compensada por el menor gasto en que incurrirá el contratista, en la medida que sean equivalentes. En cambio, si el desequilibrio beneficioso fue causado por el obrar antijurídico de la autoridad, corresponde que el particular de buena fe se beneficie del excedente conforme a los principios de confianza legítima y de que nadie puede alegar su propia torpeza en perjuicio ajeno. En particular, la pérdida de excedentes debería ser suficientemente justificada y diferida para asegurar adaptación al cambio de circunstancias. Sin embargo, de no ser posible esto último por razones de bien común, la confianza trunca debe ser compensada. Finalmente, si el excedente obtenido por el contratista se debe a circunstancias imprevistas e inimputables a las partes, el enriquecimiento carece de causa y la restauración del equilibrio se rige por la teoría de la imprevisión en derecho público.

En el plano potestativo y procedimental, cabe señalar que la Administración solo podría disponer de una reducción de las utilidades inmerecidas del contratista en la medida que disponga de modo legal y expreso de dicha potestad. Además, la eficacia del acto administrativo modificadorio debe estar sujeta a la aceptación del particular, por obedecer a circunstancias extra-estatutarias. En caso contrario, la Administración solo podrá requerir dicha reducción ante el juez.

Sin perjuicio de todo lo anterior, en los contratos a suma alzada o precio fijo, el sobrecosto o privilegio financiero sobreviniente e inmerecido podría ser asumido legítimamente por el particular en la medida que se deba a una contingencia expresamente prevista en el contrato. En tal caso, el alea de pérdida o ganancia se entiende incluido en el precio del contrato y, por tanto, su ocurrencia perjudica o beneficia al contratista de forma legítima. Sin embargo, esta posibilidad no se extiende al desequilibrio causado por actuaciones antijurídicas de la autoridad, por importar una especie de indemnización anticipada de incumplimiento de obligaciones que atenta en contra del principio de buena fe<sup>99</sup>.

<sup>99</sup> *Obrascon Huarte Lain S.A. Agencia en Chile con Fisco de Chile* (2015). Ver también sentencia *Constructora Monteverde Ltda. con I. Municipalidad de la Ligua* (2013), y *Probinco S.A. con Ilustre Municipalidad de Providencia* (2006), sobre condonación de dolo futuro.

## Conclusiones

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

1. Los contratos administrativos entre el Estado y los miembros de la comunidad a la que sirve no revisten una naturaleza contractual. Se trata más bien de actos jurídicos unilaterales de asignación de cargas públicas compensadas o mixtos cuyos efectos están sujetos a la aceptación del destinatario. En efecto, la relación jurídica no se perfecciona en virtud de un acuerdo de voluntades sino del acto administrativo que adjudica de dicha carga.

2. Por tanto, la aceptación del encargo por el particular no tiene por función dar origen a una relación jurídica con la Administración sino simplemente que esta produzca efectos; es, por tanto, condición de ejecutoriedad o eficacia y no de existencia de dicha relación. Podemos sostener así que el acto adjudicatorio de la carga es modal, pues sus efectos están sujetos a la condición suspensiva de aceptación del particular. Las obligaciones recíprocas se hacen exigibles, entonces, ante la convergencia de dos actos jurídicos unilaterales: asignación y aceptación de una carga pública compensada.

3. Esta realidad hunde sus raíces en los atributos de la relación jurídica pública que, a diferencia de la privada, solo puede tener su origen en actos unilaterales de distribución de cargas o beneficios al interior de la comunidad. El Estado no puede mantener relaciones jurídicas de conmutatividad e igualdad con aquellos respecto de los cuales es ontológicamente desigual en relación con sus intereses y fines.

4. Al concebir el contrato administrativo como acto unilateral, aquellos atributos que resultaban excepcionales a la figura contractual pasan a ser inherentes. Nos referimos, especialmente, a las llamadas potestades exorbitantes y a los principios de igualdad ante las cargas públicas, derechos adquiridos y confianza legítima.

5. Los actos unilaterales de administración y término del contrato no consisten en facultades contractuales sino en potestades de derecho público. Su ejercicio está sujeto a los requisitos de legalidad, eficacia o procedencia, debido proceso, proporcionalidad, igualdad ante el Estado, esencialidad de los derechos, derechos adquiridos, confianza legítima, y control, entre otros.

6. La naturaleza del contrato administrativo determina también la justicia que lo rige. Esta no puede ser otra que la distributiva, que es la propia de las relaciones entre el titular del interés del todo y una de sus partes surgidas a partir de actos unilaterales, potestativos y distributivos. Esta justicia explica que el contrato administrativo sea concursable, sujeto a bases estrictas y equilibrado financieramente.

7. Las consecuencias de este postulado son dos. Primero, el contratista tiene derecho a ser compensado por la mayor onerosidad provocada por alteraciones del equilibrio contractual que le sean inimputables. Segundo, la Ad-

ministración puede disponer o solicitar al juez la reducción del precio del contrato ante hechos sobrevinientes que produzcan ganancias injustificadas para el contratista y, por tanto, una onerosidad innecesaria para el interés público.

### Bibliografía citada

- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2014). La autarquía de los actos administrativos en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República. En: SOTO KLOSS, Eduardo [coord.], *Administración y Derecho*. Santiago, Thomson Reuters, pp. 21-33.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2016). Los puntos de prueba en los litigios de impugnación de actos administrativos. En: ARANCIBIA MATTAR, Jaime y ROMERO, Alejandro [coords.] *La Prueba en la Litigación Pública*. Santiago, Librotecnia, pp. 161-192.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1968). *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 428 pp.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2007). El enigma del contrato administrativo. *Revista de Administración Pública*, N° 172, enero/abril, pp. 79-102.
- ARISTÓTELES (1985). *Ética a Nicómaco*, libro V (trad. Julio Pallí Bonet), España, Biblioteca Clásica Gredos, 562 pp.
- ARISTÓTELES (1988). *Política* (trad. de Manuela García Valdés), España, Biblioteca Clásica Gredos, N° 116, 490 pp.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2002). La estabilidad de los contratos administrativos, *Revista de Actualidad Jurídica*, N° 6, julio, pp. 191-201.
- ARROWSMITH, Sue (1990a). Government contracts and Public Law. *Legal Studies*, Vol. 10, N° 3, pp. 231-244
- ARROWSMITH, Sue (1990b). Judicial review and the contractual powers of public authorities. *Law Quarterly Review*, Vol. 106, april, pp. 277-292.
- BACELLAR FILHO, R. F. (2014). A incidencia do direito civil nos contratos administrativos. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, JINESTA, Ernesto [dirs.], PERNAS GARCÍA, Juan José [coord.], *El Derecho Administrativo en perspectiva*, Tomo I. Buenos Aires, Ediciones Rap, pp. 53-66.
- BARRA, Rodolfo (1989). *Los actos administrativos contractuales*. Buenos Aires, Editorial Depalma, 200 pp.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014). *Derecho Administrativo General*. Santiago, Legal Publishing, 794 pp.
- BLOCH, Marc (1968). *La sociedad feudal*, Madrid, Ediciones Akal, 528 pp.
- BOCKSANG HOLA, Gabriel (2015). *El nacimiento del derecho administrativo patrio de Chile (1810-1860)*. Santiago, Thomson Reuters, 904 pp.
- BOQUERA OLIVER, José María (1970). *Poder administrativo y contrato*. Madrid, Escuela de Administración Pública, 109 pp.
- CASSAGNE, Juan Carlos (1999). *El contrato administrativo*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 324 pp.
- CIANFLONE, Antonio (1976). *L'appalto di opere pubbliche*. Milán, Giuffrè, 1097 pp.
- CODINA GARCÍA-ANDRADE, Xavier (2014). Introducción al régimen inglés de los contratos públicos. *Revista de Administración Pública*, N° 194, mayo-agosto, pp. 411-435.
- COMADIRA, Julio Rodolfo (2000). *La licitación pública*. Buenos Aires, Editorial Depalma, 210 pp.
- CORDERO VEGA, Luis (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago, Thomson Reuters, 786 pp.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2010). La raíz histórica del adagio *venire contra factum proprium non valet*. En: CORRAL, Hernán [ed.], *Venire contra Factum Proprium*. Cuadernos de Extensión Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, N° 18, pp. 19-33.
- COVIELLO, Pedro (2011). El contrato administrativo: ¿lex inter partes o ius variandi?. *Revista de la Facultad de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 66, pp. 169-194.
- CUNEO, Gilbert. A., y CROWELL, Eldon H. (1964). Parallel jurisdiction: if the Court of Claims can, why not the administrative boards. *Fordham Law Review* N° 33, N° 2, December, pp. 137-172.

- D'ORS, Álvaro (1980). La ley romana acto de magistrado. *Nuevos papeles del oficio universitario*, Madrid, Ediciones Rialp, pp. 312-330.
- DE AQUINO, Tomás (2014). Suma Teológica, Tratado de la Justicia. Madrid, Edición de Biblioteca de Autores Cristianos, T VIII, 800 pp.
- DELPIAZZO, Carlos (2019). Contratación administrativa. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1ª edición, 776 pp.
- DESPOPOULOS, Constantin (2005). La noción de synallagma en Aristóteles. *Ius Publicum*, N° 14, pp. 11-25.
- DICEY, A. Venn (1915). Introduction to the Study of the Law of the Constitution. Londres, reimpresión, Indianapolis, 8ª edición, 1982, 436 pp.
- DROMI, Roberto (2009). Derecho Administrativo. Buenos Aires, Hispania Libros, 12ª edición, 1315 pp.
- DUCCI CLARO, Carlos (2005). Derecho Civil, Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición, 448 pp.
- ENTRENA CUESTA, Rafael (1957). Consideraciones sobre la teoría general de los contratos administrativos. *Revista de Administración Pública*, Madrid, N° 24, pp. 39-74.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2016). La caducidad de los contratos administrativos. En: BERMÚDEZ SOTO, Jorge [ed.], *Perspectivas para la modernización del derecho de la contratación administrativa*. Santiago, Escuela de Derecho PUCV, pp. 47-78.
- FORSTHOFF, Ernst (1969). *Traité de droit administratif allemand* (trad. Michel Fromont), Bruselas, Etablissements Emile Bruylant, 753 pp.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1950). Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid, N° 2, pp. 83-108.
- GARCÍA PÉREZ, Marta (1997). La naturaleza jurídica de la autorización y la concesión, a propósito de la utilización del dominio público. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 1, pp. 337-352.
- HAMILTON, Alexander (1791). *The Works of Alexander Hamilton*, (Federal Edition), (edit. Henry Cabot Lodge), New York: G.P. Putnam's Sons, 1904, vol 3, 495 pp.
- HAURIU, Maurice (1900). *Précis de droit administratif et de droit public general*. París, P. Larose, 4ª ed., 896 pp.
- HAURIU, Maurice (1916). *Principes de droit public*. París, Librairie de la Société de Recueil Sirey, 2ª ed., 828 pp.
- HAURIU, Maurice (1933). *Précis de droit administratif et de droit public*. París, Dalloz, 12ª ed., 1150 pp.
- HAYNE, The Hon KM (2017). Government contracts and public law. *Melbourne University Law Review*, Vol. N° 41, pp. 155-181.
- HIRSCHFELD, Julius (1902). Status. *Journal of the Society of Comparative Legislation*, vol. 4, N° 2, pp. 168-172.
- HUERGO LORA, Alejandro (1998). *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*. Universidad de Oviedo, Civitas, 469 pp.
- JÈZE, Gaston (1927). *Les contrats administratifs de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics*. París, M. Giard, 257 pp.
- JÈZE, Gaston (1945). Le régime juridique du contrat administratif, *Revue du Droit Publique*, pp. 251-261.
- JÈZE, Gastón (1950). *Principios generales del derecho administrativo*, Tomo V, *Teoría General de los Contratos de la Administración*, 2ª parte, Buenos Aires, Editorial De Palma, 440 pp.
- JURISTO, Rafael (1983). *La ejecución del contrato de obra pública*, Madrid, Hauser y Menet, 431 pp.
- KANEMMAN, Daniel, y TVERSKY, Amos (1974). „Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”, en: *Science*, New Series, Vol. 185, N° 4157, Sep. 27, pp. 1124-1131.
- KELSEN, Hans (1913). Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft. *Archiv des öffentlichen Rechts*, N° 3, pp. 53-98, y 190-249.
- LABAND, Paul (1876). *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tübingen, Laupp, 618 pp.

- LAUBADÈRE, A., MODERNE, F., y DELVOLVÉ, P. (1983). *Traité des contrats administratifs*. París, Librairie generale de droit et de jurisprudence, 2ª ed., 1144 pp.
- LAUBADERE, André de (1956). *Traite théorique et pratique des contrats administratifs*. París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, pp. 1252.
- LOO GUTIÉRREZ, Martín (2018). Posicionamiento dogmático de la actividad contractual de la Administración del Estado. *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1º semestre de 2018, pp. 129-155.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia (2015). El principio de equilibrio contractual en el Código Civil chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 25, pp. 115-181.
- LÓPEZ MUÑIZ, José Luis (1998). Naturaleza de los contratos públicos a la luz del Derecho español, su fundamento y consecuencias. En: CASSAGNE, Juan Carlos [dir.], *Derecho Administrativo (Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 947-970.
- LÓPEZ MUÑIZ, José Luis (2010). La causa jurídico-pública de los contratos públicos. *Revista de Derecho Público de Venezuela*, enero, N° 121, pp. 41-65.
- MAQUIAVELO (1998). El Príncipe. San Juan, Edición de la Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 8ª edición, 490 pp.
- MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (1959). La institución contractual en el derecho administrativo: en torno al problema de igualdad entre las partes. *Revista de Administración Pública*, Madrid, N° 29, pp. 59-102.
- MAYER, Otto (1888). Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage. *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 3, N° 1, pp. 3-86.
- MEILÁN GIL, José Luis (2011). Una concepción iusadministrativista de los contratos públicos. *Derecho PUCP*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 66, pp. 223-245.
- MEILÁN GIL, José Luis (2015). Un *meeting point* de los ordenamientos jurídicos sobre contratación pública. *Revista de Administración Pública*, Madrid, septiembre-diciembre, N° 198, pp. 43-73.
- MEWETT, Alan W. (1958). The theory of government contracts. *McGill Law Journal*, Vol. 5, pp. 222-246.
- MILLER, Arthur S. (1955). Government Contracts and Social Control: A Preliminary Inquiry. *Virginia Law Review*, Vol. 41, N° 1, pp. 27-58.
- MORAGA KLENNER, Claudio (2019). *Contratación Administrativa*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 325 pp.
- MORALES ESPINOZA, Baltazar (1998). Teoría de la imprevisión. *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, año LXVI, N° 203, pp. 421-427.
- OELCKERS CAMUS, Osvaldo (1979). En torno al concepto de contrato administrativo. *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 3, pp. 135-160.
- PANTOJA BAUZÁ, Rolando (1994). *El Derecho Administrativo: Clasicismo y Modernidad*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 280 pp.
- PARADA VÁSQUEZ, Ramón (1963). Los orígenes del contrato administrativo en el derecho español Sevilla, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 232 pp.
- RANELLETTI, Oreste (1945). *Teoria degli atti amministrativi speciali*. Milán, Giuffré, 156 pp.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001). *Diccionario de la lengua española (22.a ed.)*. Disponible en: <http://www.rae.es/rae.html> [fecha de consulta: 28 octubre 2019].
- SAYAGUÉS LASO, Enrique (2005). *La Licitación Pública*. Montevideo, Editorial B de f., 211 pp.
- SERRANO, Enrique (2005). La teoría aristotélica de la justicia. *Isonomía*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, abril, N° 22, pp. 123-160.
- SILVA CIMMA, Enrique (2001). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Actos, Contratos y Bienes*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 336 pp.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2012). *Derecho Administrativo Temas Fundamentales*. Santiago, Thomson Reuters, 3ª edición, 966 pp.

- SUÁREZ, Francisco (1968). *Tratado de las Leyes y de Dios Legislador* (versión en español por José Ramón Eguillor Muniozgueren), Volumen V, Libro VIII, Capítulo 37, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1074 pp.
- TROWBRIDGE VOM BAUR, F. (1967). Differences between Commercial Contracts and Government Contracts. *American Bar Association Journal*, 53, N° 3, March, pp. 247-251.
- VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Santiago, Tirant Lo Blanch, 448 pp.
- VÁSQUEZ DE MENCHACA, Fernando (1932[1564]). *Controversias fundamentales*, Libro Primero (trad. Fidel Rodríguez Alcalde). Valladolid, Talleres Tipográficos Cuesta, 367 pp.
- WEIL, Prosper (2016). La crisis del criterio de contrato administrativo. *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, vol. 1986, N° 39-40, pp. 163-184.
- ZANOBINI, Guido (1958). *Corso di diritto amministrativo*. Milano, Dott. A. Giuffrè, 8ª edición, T VIII, 423 pp.

### Normas citadas

- Constitución Política de la República. *Diario Oficial*, 21 octubre 1980.
- Código Civil. *Diario Oficial*, 16 mayo 2000.
- Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de bases generales de la administración del Estado. *Diario Oficial*, 25 diciembre 1986.
- Ley N° 19.880, establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado. *Diario Oficial*, 29 mayo 2003.
- Ley N° 19.886, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. *Diario Oficial*, 30 julio 2003.

### Jurisprudencia citada

- Francisco Ovalle, sobre construcción de los almacenes fiscales de Valparaíso en 1856, Consejo de Estado, 3 de julio de 1856, en Archivo Nacional Consejo de Estado, Vol. 104, fojas 167 a 180.
- Cooke v. *United States*, 91 U. S. 389 (1875).
- Contributors to *Pennsylvania Hospital v. Philadelphia*, 245 U.S. 20 (1917).
- Rederiaktiebolaget Amphitrite v. The King*, seguido ante la Kings Bench Division, Sentencia de 27 de julio de 1921, *The Law Times*, Vol. 126, p. 65.
- Ministre de la Guerre v. Association Coopérative des Ouvriers Paveurs*, sentencia de 15 de agosto de 1927, R. 966.
- Priebe & Sons., Inc. v. United States*, 332 U.S. 407 (1947).
- Société européenne d'études et d'entreprises v. République Yugoslavie*, *Journal du Droit International*, Tomo N° 86, 1959, p. 1074.
- Dictamen N° 20.165 (1969). Contraloría General de la República, 7 de abril de 1969.
- R. v. Barnsley Metropolitan Borough Council, ex p. Hook*, [1976] 1 W.L.R. 1052 (C.A.).
- Cannock Chase D. C. v. Kelly* [1978] 1 W.L.R. 1 (C.A.).
- R. v. Basildon District Council, ex p. Brown* (1981) 79 L.G.R. 655 (C.A.).
- Dictamen N° 1.752 (1982). Contraloría General de la República, 15 de enero de 1982.
- Dictamen N° 26.538 (1985). Contraloría General de la República, 18 de noviembre de 1985.
- R. v. Wear Valley District Council, ex p. Binks* [1985] 2 All E.R. 699 (Q.B.).
- Dictamen N° 21.990 (1986). Contraloría General de la República, 16 de septiembre de 1986.
- R. v. Lewisham Borough Council, ex p. Shell U.K. Ltd.* [1988] 1 All E.R. 938 (Q.B.).
- R.v. Enfield London Borough Council, ex p. Unwin* [1989] C.O.D. 466.
- Jones v. Swansea City Council* [1990] 1 W.L.R. 54.
- Dictamen N° 46.532 (2000). Contraloría General de la República, 4 de diciembre de 2000.
- Probinco S.A. con Ilustre Municipalidad de Providencia* (2006). Corte Suprema, 30 mayo 2006.
- Dictamen N° 30.070 (2008). Contraloría General de la República, 1 de julio de 2008.
- Sentencia TC Rol N° 1.254 (2009). Tribunal Constitucional, 29 julio 2009.

*Alfredo León Ramírez con Ilustre Municipalidad de Quillota* (2009). Corte Suprema, 8 septiembre 2009.

Dictamen N° 60.656 (2011). Contraloría General de la República, 26 de septiembre de 2011.

Dictamen N° 65.248 (2011). Contraloría General de la República, 17 de octubre de 2011.

Dictamen N° 8.297 (2012). Contraloría General de la República, 10 de febrero de 2012.

Dictamen N° 21.035 (2012). Contraloría General de la República, 12 de abril de 2012.

Dictamen N° 34.523 (2013). Contraloría General de la República, 4 de junio de 2013.

Dictamen N° 47.611 (2013). Contraloría General de la República, 26 de julio de 2013.

*Constructora Monteverde Ltda. con I. Municipalidad de la Ligua* (2013). Corte Suprema, 26 septiembre 2013.

Dictamen N° 30.003 (2014). Contraloría General de la República, 29 de abril 2014.

*Fisco de Chile con Dorr Zegers María Teresa y otros* (2014). Corte Suprema, 30 octubre 2014.

Dictamen N° 1.765 (2015). Contraloría General de la República, 9 de enero 2015.

Dictamen N° 30.871 (2016). Contraloría General de la República, 25 de abril de 2016.

*Obrascon Huarte Lain S.A. Agencia en Chile con Fisco de Chile* (2015). Corte Suprema, 30 agosto 2016.

Dictamen N° 96.251(2015). Contraloría General de la República, 3 de diciembre de 2015.

*Empresa de Servicios Himce Limitada con Municipalidad de Hualqui* (2017). Corte Suprema, 16 de abril de 2018.

*Espacio y Jardín Ltda. con Ilustre Municipalidad de Iquique* (2017). Corte Suprema, 1 febrero de 2017.

*Fisco de Chile con Vicente Aresti López y otros* (2018). Corte Suprema, 15 enero 2018.

Dictamen N° 1.196 (2018). Contraloría General de la República, 10 de mayo de 2018.

Dictamen N° 21.861(2018). Contraloría General de la República, 21 de agosto de 2018.

Sentencia TC Rol N° 4.795 (2018). Tribunal constitucional, 2 agosto 2019.



# El *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* en la tutela cautelar del contencioso administrativo chileno

*Fumus boni iuris* and *periculum in mora* as condition for protective orders in the Chilean administrative process

Andrés Bordalí Salamanca\*

El presente trabajo analiza de un modo general la tutela cautelar en el contencioso administrativo chileno. Su principal objetivo es mostrar cómo funcionan los presupuestos del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*, que tienen una operatividad diferente al proceso civil.

**Palabras clave:** Tutela cautelar, contencioso administrativo, *fumus boni iuris*, *periculum in mora*.

This paper analyses the temporary injunctions in the Chilean administrative justice. Its main objective is to show how do they work a danger budgets in delay and appearance of good right, that have a different operability to the civil process.

**Keywords:** Temporary injunctions, Administrative litigation, *fumus boni iuris*, *periculum in mora*.

RESUMEN / ABSTRACT

## Introducción

Frente a un actuar ilegal de la Administración, con ocasión de las potestades de regulación, fiscalización y sanción que tiene esta, los particulares afectados en sus derechos e intereses legítimos por dicha actuación pueden reclamar ante los tribunales de justicia, ejerciendo el derecho fundamental a la tutela judicial consagrado en la Constitución Política de la República de Chile (en adelante CPR) en los artículos 19 N° 3 inciso 1° y 38 inciso 2°.

Sin embargo, el ejercicio en concreto de ese derecho a la tutela judicial para los administrados chilenos tendrá ciertas particularidades. En muchos casos, será un tribunal civil el que conocerá la pretensión de

\* Abogado, Licenciado en derecho por la Universidad de Chile, Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid, España, Profesor Titular en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Dirección Postal: Casilla 567, Valdivia, Región de Los Ríos, Chile. Correo electrónico: [abordali@uach.cl](mailto:abordali@uach.cl)

Recibido el 4 de noviembre de 2019 y aceptado el 10 de diciembre de 2019.

esos sujetos, pues como sabemos no tenemos con un carácter general tribunales de lo contencioso administrativo. En algunos casos conocerán del referido contencioso algunos tribunales administrativos especiales. Esos tribunales, en algunas ocasiones, tramitarán la pretensión formulada por el actor de acuerdo a un proceso civil y todas las reglas comunes del juicio ordinario civil regulado en el Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC). En algunas situaciones, esos tribunales de lo contencioso administrativo conocerán a través de un procedimiento especial, pero donde se aplicarán supletoriamente las reglas comunes y el juicio ordinario del Código de Procedimiento Civil.

Entre esas reglas aplicables supletoriamente, están aquellas referidas a las medidas precautorias como expresión de la tutela cautelar civil. Ello es así porque de conformidad con el artículo 3° CPC, las reglas del juicio ordinario se aplican supletoriamente a todos aquellos procedimientos que no estén sometidos a una regla especial diversa, cualquiera sea su naturaleza.

De conformidad con lo señalado anteriormente, en aquellos contenciosos administrativos que no tengan una regulación especial aplicable en materia de medidas cautelares, se aplicarán las reglas de las medidas precautorias del Código de Procedimiento Civil.

Entre las medidas precautorias reguladas por el Código de Procedimiento Civil no está la suspensión del acto administrativo mientras se tramita el proceso, que es la medida cautelar básica y quizás mínima en todo contencioso administrativo. Sin embargo, el artículo 298 CPC autoriza al juez civil a decretar medidas atípicas o innominadas. Entre ellas podrá estar la suspensión del acto administrativo.

Señalado lo anterior, surge la duda si la regulación de las medidas precautorias del Código de Procedimiento Civil, con sus presupuestos y requisitos legales y de construcción doctrinal y jurisprudencial, se deben trasladar sin más a los procesos administrativos en que rigen supletoriamente. En concreto, es importante determinar si los presupuestos del *fumus boni iuris* y de *periculum in mora*, según su construcción procesal civil en nuestro derecho, pueden aplicarse al contencioso administrativo.

El presupuesto del *fumus boni iuris* aparece reconocido en el artículo 298 CPC. En efecto, señala el referido precepto que para decretar dichas medidas precautorias, "deberá el demandante acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama".

En relación al *periculum in mora*, es decir, el peligro jurídico derivado del retardo en la dictación de la sentencia definitiva que se pronuncia sobre la pretensión del actor, Este tiene diversas manifestaciones, de conformidad con los artículos 291 al 296 CPC. Consistirá por tanto, de conformidad con esos preceptos jurídicos, en "temor de pérdida de la cosa"; "temor de deterioro de la cosa"; "motivo racional para creer que [el demandado] procurará ocultar sus bienes; "temor que los derechos del demandante queden bur-

lados” o bien, “que las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía”.

¿Se deben por tanto aplicar esos presupuestos al contencioso administrativo chileno? ¿Rige esta idea de una presunción grave del derecho que se reclama? ¿Se trata de los mismos peligros jurídicos antes indicados? Mi hipótesis de trabajo dirá que, por las particularidades del contencioso administrativo, esos presupuestos propios de la tutela cautelar civil deberán tener una comprensión diferente en el contencioso administrativo. Cuando se entienda que rige el presupuesto del *fumus boni iuris*, se deberá considerar, aunque sea superficial y provisoriamente, además de la situación jurídica cautelable del actor, la legalidad o no del acto administrativo. Y respecto del *periculum in mora*, el que siempre deberá existir en toda medida cautelar, y para el caso que se lo considere como un perjuicio irreparable, se deberá considerar siempre aquellos perjuicios que no tengan una dimensión propiamente económica o resarcible.

Este trabajo no tiene por objetivo desarrollar una teoría general de la tutela cautelar en el contencioso administrativo, sino solo abordar dos de los aspectos probablemente menos tratados y considerados por la doctrina y jurisprudencia nacionales. Ellos son los presupuestos del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* en la tutela cautelar ante la justicia administrativa. Por ello, el trabajo no abordará un análisis de cuáles son las medidas cautelares que se pueden decretar en sede de contencioso administrativo; tampoco si debe exigirse caución o no para otorgarse una medida cautelar. Asimismo, no se abordarán las consideraciones que deben tenerse presente en torno al principio de proporcionalidad que debe regir en esta materia, como tampoco se analizará el procedimiento para dictar estas medidas. La mayor parte de esos aspectos ya han sido abordados en un trabajo anterior<sup>1</sup>.

## I. La tutela cautelar en el contencioso administrativo

La posibilidad de adoptar medidas cautelares en el contencioso administrativo es un resorte que funciona como contrapartida a las prerrogativas que suele tener la Administración, referidas a la ejecutoriedad y ejecutividad de los actos de su propia producción<sup>2</sup>. Tales actos, en el derecho chileno, se presumen legales, y desde que están vigentes, la Administración de oficio puede ordenar su ejecución (art. 3° inciso 8° Ley N° 19.880 sobre Bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado).

En una apretada síntesis, se puede señalar que la ejecutoriedad del acto administrativo se refiere a que una vez que está vigente, este es obligatorio o vinculante para los destinatarios del acto y, desde luego, para la propia Administración. Pero además, una vez vigente el acto, la Administración puede

<sup>1</sup> BORDALÍ y FERRADA 2009, 187 y ss.

<sup>2</sup> MOLTÓ 2013, 81.

ordenar su cumplimiento compulsivo, de oficio. Hablaremos en este caso de ejecutividad del acto o de autotutela ejecutiva.

Esta idea de la ejecutividad del acto administrativo no es compartida por toda la doctrina chilena, pues para autores como Eduardo Soto Kloss<sup>3</sup>, ello es algo enteramente excepcional, como en aquellos casos en que la ley expresamente ha previsto la creación de obligaciones de hacer que se imponen a los destinatarios, como sucede, por ejemplo, con las facultades que tiene Carabineros de Chile en materias de orden público. La regla general en el derecho chileno, para este sector de la doctrina, es la no ejecutividad del acto administrativo.

## II. El *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* en el contencioso administrativo comparado

En el proceso civil, se acostumbra a entender que para que el juez pueda decretar una medida cautelar en beneficio del actor, debe existir una apariencia de que a su respecto existe un derecho de su titularidad<sup>4</sup>. No es un derecho enteramente declarado, lo que solo puede ocurrir con la sentencia definitiva, sino que es un derecho que, al comienzo del proceso, pareciera estar del lado de ese actor. Un derecho verosiblemente de titularidad del actor; una apariencia de derecho.

Hay varias situaciones que en un contencioso administrativo diferencian a este *fumus boni iuris* propiamente civil.

Desde luego, no siempre el actor tiene un derecho, sino que en muchas ocasiones se exige invocar un interés legítimo para poder accionar. En otros casos se concede una acción popular. De este modo, ya no se tiene siempre la figura del derecho subjetivo que existe mayoritariamente en el proceso civil.

Pero aún en la hipótesis de que quien demande invoque un derecho subjetivo, no siempre aparece claro que deba analizarse la apariencia de ese derecho para decretar la medida cautelar. O dicho de otra manera, no siempre el *fumus boni iuris* consiste en analizar si en cabeza del actor pareciera que existe un derecho, sino que muchas veces lo que hacen los tribunales del contencioso administrativo es analizar si la pretensión del actor tiene posibilidades de que prospere. En Europa, esta concepción del *fumus boni iuris* tiene sus orígenes en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>5</sup>.

Esta distinta concepción del *fumus boni iuris* en el contencioso administrativo que en el proceso civil, sin duda está influenciada por la tradición del contencioso administrativo de tipo continental, en que se lo ha entendido como un proceso objetivo de control del acto administrativo y en que el actor normalmente tiene un interés legítimo más que un derecho subjetivo.

<sup>3</sup> SOTO KLOSS 2017, 52 y 53.

<sup>4</sup> CALAMANDREI 1996, 77.

<sup>5</sup> JIMÉNEZ 2005, 180.

De este modo, en algunas experiencias comparadas, como en el artículo 55 inciso 9° del Código del Proceso Administrativo italiano, el *fumus boni iuris* consiste en una valoración sumaria sobre el mérito de la pretensión hecha valer por el ciudadano en su recurso.

En Italia, en el pasado, de acuerdo con diversas interpretaciones acogidas por la doctrina y por la jurisprudencia, el *fumus boni iuris* consistía básicamente en un juicio de probabilidad de estimación del recurso. En otros casos, se enjuiciaba si no existía una manifiesta falta de fundamentación del recurso.

Hoy en día, señala un sector de la doctrina italiana, en coherencia con lo expresado con la ley 205/2000, el actual Código del Proceso Administrativo parece acoger sin más la primera interpretación antes esbozada. Esto quiere decir que el juez concede una medida cautelar con base en una valoración sobre la razonable previsión sobre el resultado del recurso<sup>6</sup>. Esta opción por la primera tesis, no implica que la segunda haya decaído completamente, puesto que es bastante claro que si el recurso carece de una mínima fundamentación, la medida cautelar no será concedida<sup>7</sup>.

En España ha existido una larga polémica a nivel sobre todo jurisprudencial y en menor medida doctrinal, sobre si los presupuestos para decretar una medida cautelar en el contencioso administrativo debe basarse solo en el *periculum in mora*, o bien, también debe considerarse al presupuesto del *fumus boni iuris*.

Como destaca Moltó, los tribunales españoles han sido un tanto reacios a aceptar el *fumus boni iuris* en el primer sentido antes esbozado, pues de aceptarla, supondría avanzar la sentencia sobre el fondo o, dicho de otro modo, supondría darle la razón al actor de manera anticipada<sup>8</sup>.

Esta posición algo reacia hacia el *fumus boni iuris* como presupuesto para decretar una medida cautelar en el derecho español, tiene una justificación razonable, pues no tiene reconocimiento en la legislación de la jurisdicción contenciosa administrativa de dicho Estado. Solo desde el año 1998 pasó a tener recepción legal en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para casos de inactividad y vías de hecho de la Administración. De ahí que la exigencia de este requisito, además del *periculum in mora*, no sea en absoluto una cuestión pacífica en la doctrina ni la jurisprudencia españolas<sup>9</sup>.

De este modo, en España, para decretar una medida cautelar en favor del recurrente en el contencioso administrativo, normalmente suele exigirse solo la concurrencia del *periculum in mora*. En ocasiones excepcionales, además de ese peligro, se exige un *fumus boni iuris*.

<sup>6</sup> FOLLIERI 2014, 358; CASETTA y FRACCHIA 2017, 216.

<sup>7</sup> TRAVI 2016, 285.

<sup>8</sup> MOLTÓ 2013, 82.

<sup>9</sup> BUENO y RODRÍGUEZ 2007, 241.

Lo que está claro a este respecto en España, es que en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la exigencia del *fumus boni iuris* no ha tenido el respaldo suficiente para que, al día de hoy, pueda hablarse de un principio básico articulador del incidente. Su uso no está generalizado y su empleo pasa a ser residual<sup>10</sup>.

¿Por qué pese a no tener un expreso reconocimiento la exigencia del *fumus boni iuris* en la ley española, la jurisprudencia de los tribunales de lo contencioso administrativo a veces lo exige? Un sector de la doctrina señala dos tipos de justificaciones para ello.

En primer lugar, para alinearse con la jurisprudencia comunitaria, con especial mención del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (desde el caso *Factortame*). En segundo lugar, se lo ha utilizado, a juicio de Bueno y Rodríguez, para mejorar la situación de la tutela cautelar en el contencioso administrativo español en un doble sentido.

Así, en ocasiones se lo utiliza como un factor importante para dilucidar la prevalencia del interés que podría dar lugar a la procedencia de la suspensión del acto. En otros casos, minoritarios, el *fumus boni iuris* ha adquirido la consistencia necesaria para producir, por sí mismo y sin necesidad de un peligro claro, la adopción de la medida cautelar solicitada<sup>11</sup>.

Lo que queda en evidencia cuando se analiza la doctrina administrativista española con el tema de si debe exigirse el *fumus boni iuris* para otorgar una medida cautelar contra la Administración del Estado, ya sea conjuntamente con el *periculum in mora* o ya sea como único requisito exigible, es un posicionamiento de los autores, algo ideológico por lo demás, en torno a favorecer la posición del particular que litiga contra la Administración, o bien, para fortalecer la posición del fisco como representante del interés público.

Entre los que rechazan una posición referida a obtener una medida cautelar con base exclusiva en un *fumus boni iuris*, destaca Josep María Boquera, quien señala que de adoptarse tal criterio, se subvierte toda la arquitectura del Derecho Administrativo basado en la presunción de legalidad del acto administrativo. Asimismo, agrega, rompería la relación existente entre los poderes constituyente, legislativo y judicial, pues este último impone su impresión a la presunción de los primeros. “El mal humor reinante por el atraso en la resolución de los recursos contencioso-administrativos no debe aprovecharse para subvertir un principio fundamental del Derecho Administrativo”<sup>12</sup>.

En una línea similar, Carmen Chinchilla ha señalado que en España, la base determinante de las medidas cautelares es el *periculum in mora*. Sin este peligro, que debe frenarse para que el objeto del proceso se mantenga íntegro durante el tiempo que dure este, no podría hablarse de medidas cau-

<sup>10</sup> JIMÉNEZ 2005, 178.

<sup>11</sup> BUENO y RODRÍGUEZ 2007, 244.

<sup>12</sup> BOQUERA 1994, 67.

telares. Agrega que no se manifiesta contraria a la exigencia del *fumus boni iuris*, sino que rechaza su protagonismo exclusivo. "No conozco ni una sola resolución judicial que haya adoptado una medida cautelar, que verdaderamente sea tal, sobre la base exclusiva de la apariencia de buen derecho"<sup>13</sup>.

Por el contrario, existe una robusta doctrina que señala que el *fumus boni iuris* debe ser tenido en cuenta junto al *periculum in mora* o inclusive, por sobre este último o por si solo. Como ha señalado Eduardo García de Enterría, no se conoce ningún juez o tribunal que otorgue una suspensión cautelar, menos medidas cautelares positivas, por el simple argumento del daño irreparable, si simultáneamente no aprecia *prima facie* que el recurso pueda tener éxito en el fondo<sup>14</sup>.

Mariano Bacigalupo ha sostenido que solicitada una medida cautelar, se debe realizar una ponderación de los intereses concurrentes. Es decir, se debe proceder a realizar un examen sumario de las expectativas de estimación del recurso en el proceso principal. En definitiva, se debe examinar la legalidad de acto administrativo. Y todo ello debe realizar bajo la fórmula del *fumus boni iuris*<sup>15</sup>.

En el mismo sentido se expresa Bandrés Sánchez-Cruzat, cuando sostiene que el "juez contencioso-administrativo debe enjuiciar la procedencia de la pretensión cautelar, aplicando el criterio de apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), realizando un examen "a primera vista" de la infracción o vicio de legalidad aducido contra el acto o disposición administrativa impugnados, sin prejuzgar la cuestión de fondo"<sup>16</sup>.

En esta misma línea, en el libro de Carmen Jiménez, uno de los trabajos más profundos y especializados en esta materia del derecho español reciente, se señala que la tutela cautelar en el contencioso administrativo se debería dispensar no solo con base en la consideración de los daños, sino sobre la base de la solidez argumental de las pretensiones del recurrente, esto es, sobre el *fumus boni iuris*, cuya seriedad o entidad permitiría paralizar provisionalmente la actuación de la Administración<sup>17</sup>.

Algunos asocian directamente la aplicación de la doctrina del *fumus boni iuris* con el fortalecimiento de la posición del administrado, para así conseguir la necesaria tutela cautelar. En este caso se propicia una flexibilización del *periculum in mora* en caso de una especial cualificación del *fumus boni iuris*<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> CHINCHILLA 1993, 174.

<sup>14</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA 2000, 257.

<sup>15</sup> BACIGALUPO 1992, 434.

<sup>16</sup> BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT 2013, 102.

<sup>17</sup> JIMÉNEZ 2005, 65.

<sup>18</sup> BUENO y RODRÍGUEZ 2007, 245.

### III. El *fumus boni iuris* y *periculum in mora* en el contencioso administrativo chileno

En el caso chileno, al no tener un proceso contencioso administrativo general, sino algunas hipótesis de contenciosos administrativos especiales, ante jueces ordinarios o en algunos casos ante tribunales administrativos especiales, ello obliga a examinar caso a caso la situación de estos presupuestos de la tutela cautelar.

En aquellas situaciones en que se aplica supletoriamente las reglas del juicio ordinario y reglas comunes del Código de Procedimiento Civil, rige con claridad la exigencia de ambos presupuestos, esto es, el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. Un caso de este tipo es el procedimiento de Nulidad de Derecho Público.

En otras ocasiones, la ley regulatoria de específicos contenciosos administrativos, exige expresa y únicamente el presupuesto del *periculum in mora*. En otras, este y además el *fumus boni iuris*.

Muy excepcionalmente en el derecho chileno, producto de la gravedad del daño que sufre el particular frente al acto administrativo, la ley prevé una suspensión automática del acto, por el solo hecho de presentar el recurso. Esto sucede en los casos de expulsión de extranjeros (artículo 89 Decreto ley N° 1094) y de aplicación de una sanción grave a un operador del mercado financiero (artículo 46 del Decreto ley N° 3.538)<sup>19</sup>.

Por último, está la situación del Recurso de Protección cuando mediante él se impugnan actos de la Administración del Estado. En este caso la Constitución no señala nada de cómo opera este mecanismo que en sí es considerado un procedimiento cautelar. Tampoco el Auto Acordado que regula el procedimiento de protección y que reconoce la orden de no innovar que se puede decretar dentro del procedimiento se refiere a los presupuestos del *fumus boni iuris* y *periculum in mora*.

#### 1. Situaciones en que la ley solo exige *periculum in mora*

En algunas hipótesis del derecho chileno en que la ley ha regulado específicamente las medidas cautelares dentro de un proceso contencioso administrativo, el legislador, para que el juez pueda decretar una medida cautelar, solo exige el presupuesto del *periculum in mora* y no el *fumus boni iuris*.

Entre esos casos está la situación del a) Reclamo de Ilegalidad Municipal y el Reclamo de Ilegalidad Regional, así como también, b) los casos de impugnación de actos administrativos que vulneran los derechos fundamentales de los trabajadores.

a) En el caso de los reclamos de ilegalidad tanto municipal como regional, la ley dispone que el tribunal competente, esto es la Corte de Apelacio-

<sup>19</sup> FERRADA y SAGREDO 2015, 362.

nes respectiva, podrá decretar orden de no innovar en la causa, cuando la ejecución del acto impugnado le produzca un daño irreparable al recurrente (artículos 151 e) Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades y 108 e) de la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración).

Esa orden de no innovar tiene por regla general un efecto suspensivo sobre los efectos del acto administrativo<sup>20</sup>. Con más precisión, Oelckers la define como “una medida cautelar consistente en suspender los efectos jurídicos propios del acto administrativo y que la determina el órgano jurisdiccional en prevención a que el necesario curso temporal del proceso pueda originar situaciones que hagan devenir en ineficaz, en la práctica, la resolución judicial que acoja la nulidad y deje sin efecto un acto administrativo, demanda deducida normalmente por el ciudadano afectado”<sup>21</sup>.

La escasa doctrina que se ha referido al concepto de daño irreparable para hacer procedente dictar una orden de no innovar, lo refiere a un daño que afecta valores no materiales, como podría ser la reputación de una persona, la conservación de un edificio histórico o artístico, la preservación de un paisaje o perspectiva de alto valor estético, la preservación del medio ambiente, entre otros<sup>22</sup>. Pero esa misma doctrina no descarta totalmente los daños patrimoniales, cuando su evaluación resulte tan difícil que impida llegar a una indemnización plenamente restitutoria, como podría ser en aquellos casos en se afecte la reputación o clientela de una empresa, o la fama de un producto.

Finalmente, en esta misma hipótesis de daños indemnizables, se incluyen aquellos casos en que se valora el tiempo de las personas como un activo limitado del que disponen. En esta situación se encontraría una decisión administrativa que restringe el derecho a estudiar, la que genera ruidos molestos o molestias graves, entre otros casos<sup>23</sup>.

b) En el caso del procedimiento judicial sobre tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores, de conformidad con el artículo 492 del Código del Trabajo, el juez podrá ordenar la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles.

No es tan evidente que ello opere de ese modo. De acuerdo con la legislación chilena, la situación puede ser todo lo contrario, pues el *fumus boni iuris* tradicionalmente requiere de medios de prueba que lo hagan verosímil, mientras en ninguna parte se exige comprobantes del daño o peligro.

<sup>20</sup> *Ibid.* 353.

<sup>21</sup> OELCKERS 1995, 324.

<sup>22</sup> *Ibid.* 328.

<sup>23</sup> *Ibid.* 329.

En un plano teórico, Gonzalo Cortéz señala que “cuando el legislador no subordina la adopción de una medida cautelar a la acreditación del peligro el peligro actuaría como fundamento; en tanto que si exige su alegación y prueba, estaría actuando a su vez como presupuesto”<sup>24</sup>.

Todo dependerá en definitiva de cómo el legislador haya previsto la concurrencia del peligro en la demora en la obtención de la medida cautelar. Si el legislador ha tipificado las circunstancias reveladoras del peligro, entonces el papel del juez se reduce a verificar la concurrencia o no de las mismas<sup>25</sup>. Si no hay tales circunstancias, entonces no procede tal verificación. Dicho de otro modo, en un caso se requerirá de la comprobación del peligro con algún medio de prueba y en el otro no será necesario.

En los casos del derecho chileno citados, para la obtención de la orden de no innovar o la medida de suspensión del acto administrativo, en principio el solicitante no debería acreditar con pruebas el peligro o daño que invoca, pues el legislador nada ha señalado.

Sin embargo, no escapa a la determinación de la existencia o no del peligro de daño, la propia dialéctica procesal. En efecto, si el demandado se opone a la medida cautelar, sosteniendo entre otras cosas, por ejemplo, que no existe el peligro que invoca, el solicitante de la medida se verá obligado a argumentar y probar, aunque sea tenuemente, que el peligro que él invoca existe.

Ahora bien, al no tener base legal la exigencia de prueba del daño o peligro, el juez tendrá una discrecionalidad bastante amplia para valorar este requisito. En todo caso, lo que no puede faltar de ningún modo, es una adecuada fundamentación de los presupuestos fácticos del daño o peligro de cargo de quien solicita la medida.

Entre las situaciones que deberá valorar el juez, está el determinar cuando un daño es irreparable o cuando los efectos son irreversibles, según las hipótesis del derecho chileno examinadas.

En el derecho comparado, particularmente en España, se ha dicho que se trata de daños o perjuicios que no tienen una naturaleza económica, de modo tal que no podrán ser justamente indemnizados. O bien, aun siendo indemnizables, su determinación pecuniaria presenta gran complejidad<sup>26</sup>.

En Italia se destaca algo similar. Así, en el reciente Código de Proceso Administrativo, la irreparabilidad del peligro ha sido entendida como una situación no susceptible de ser resarcida. Y, se agrega, debe tratarse de un peligro particularmente relevante, como la pérdida de un bien primario y no fungible y de imposible reparación<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> CORTÉZ 2017, 105.

<sup>25</sup> *Ibid*, 106.

<sup>26</sup> ORTELLS y CALDERÓN 1996, 173.

<sup>27</sup> CASETTA y FRACCHIA 2017, 216.

Con más detalle, Aldo Travi señala que el requisito de gravedad e irreparabilidad del perjuicio, según la jurisprudencia italiana, puede ser verificado en un sentido absoluto, es decir, en relación al tipo de intereses perjudicados por la providencia judicial, con independencia de las condiciones subjetivas del recurrente. De este modo, entre distintas hipótesis de perjuicio grave e irreparable, se destacan los casos que implican la destrucción de un bien, la cesación de una actividad, la pérdida de un puesto de trabajo, etcétera.

Pero también este requisito puede ser examinado de un modo relativo, tomando en consideración las condiciones subjetivas del recurrente, como sucede en la hipótesis de una sanción aplicada a él, cuyo monto sea exorbitante en relación a su renta<sup>28</sup>.

La ley italiana habla hoy en día de perjuicio y ya no de daño, lo que ha sido entendido por un sector de la doctrina en el sentido de no tener una cuantificación económica<sup>29</sup>.

Patricio Sammartino ha señalado que el daño irreparable queda configurado con la previsible imposibilidad de la sentencia de mérito de restablecer *in natura* la integridad del ejercicio del derecho lesionado. También habría daño irreparable en aquellos casos que si bien pudiera ser posible reparar o restablecer las cosas a la situación anterior, el mantenimiento de la ejecutividad del acto posee entidad suficiente para provocar las lesiones que, aun con el restablecimiento *in natura* del derecho al momento de dictarse sentencia, devendrían irreversibles<sup>30</sup>.

## 2. Situaciones en que el legislador exige copulativamente *periculum in mora* y *fumus boni iuris*

En otras situaciones de regulación legal de la tutela cautelar en el contencioso administrativo chileno, la ley contempla la clásica exigencia de las medidas cautelares del proceso civil, que tiene como presupuestos el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*. Entre estos casos se puede destacar a) el procedimiento judicial en la ley Antidiscriminación (Ley N° 20.609); b) la tutela cautelar en la ley sobre Tribunales Ambientales (Ley N° 20.600); c) la tutela cautelar en el procedimiento regulado en el D.L. N° 211 sobre protección de la libre competencia de los mercados y d) en la aplicación supletoria de las reglas sobre las medidas precautorias del Código de Procedimiento Civil, como podría ser una suspensión del acto administrativo en un proceso de Nulidad de Derecho Público o la medida de suspensión del procedimiento decretada por el Tribunal de Contratación Pública.

a) En el caso del procedimiento de la Ley Antidiscriminación, se exige, para suspender provisionalmente el acto reclamado, "además de la apariencia de buen derecho, su ejecución haga inútil la acción o muy gra-

<sup>28</sup> TRAVI 2016, 286.

<sup>29</sup> FOLLIERI 2014, 357.

<sup>30</sup> SAMMARTINO 2004, 72 y 73.

vosa o imposible la restitución de la situación a su estado anterior” (art. 7° Ley N° 20.609).

¿Qué se puede entender por apariencia de buen derecho en estos casos? Es poco el trabajo de nuestra doctrina y jurisprudencia sobre este aspecto. Mirando la situación de nuestro entorno, en algunos casos, la jurisprudencia española ha señalado que no debe exigirse una nulidad de un acto de la Administración que sea ostensible y manifiesta, lo cual hace muy restrictiva la procedencia de la medida cautelar, sino que basta que el juzgador intuya que la actuación administrativa no está acorde con la legalidad o que la medida cautelar solicitada venga acompañada de una razón provisional con entidad suficiente como para frenar la eficacia inmediata de los actos, consecuencia de la presunción de validez del acto administrativo<sup>31</sup>.

Como se puede apreciar, la idea de apariencia de buen derecho en el contencioso administrativo avanza mucho más allá de la idea de que aparece verosímil que el actor es titular del derecho que reclama.

Cuando se atiende a la posición activa del recurrente, parece bien expresar la idea de un *fumus boni iuris*, aunque sea en un sentido muy amplio. Pero a veces se pone atención en la posición de la Administración, es decir, se valora si ha actuado ilegalmente, con lo que la apariencia ya no es de buen derecho sino de una actuación fuera de la ley (*fumus mali acti*).

Patricio Sammartino considera que cuando se analiza la apariencia de buen derecho en la tutela cautelar del contencioso administrativo, ello comporta un doble análisis conjuntivo: a) la verosimilitud del derecho del peticionario o *fumus boni iuris*, que debe invocar y demostrar, en grado de probabilidad o apariencia, en el sentido que es portador o beneficiario de una relación de disponibilidad o utilidad sobre bienes jurídicos en litigio, y b) la verosimilitud de la ilegitimidad del acto o *fumus mali acti*. En este caso el tribunal debe analizar si concurren o no indicios razonables de ilegitimidad susceptibles de autorizar, en el estadio procesal pertinente, la procedencia de la pretensión principal invocada<sup>32</sup>.

Como se decía, la doctrina chilena no ha reflexionado mucho sobre el sentido de la apariencia de buen derecho en el contencioso administrativo local. Los pocos trabajos en la materia señalan que “la tendencia en nuestro país, en los casos en que existe regulación legal, es facultar al tribunal para suspender el acto administrativo a solicitud del particular afectado, pero siempre que concurren ciertas circunstancias que así lo ameriten, especialmente los elementos clásicos del “humo de buen derecho” y “peligro en la demora”<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> *Ibid*, 90.

<sup>32</sup> SAMMARTINO 2004, 70 y 71.

<sup>33</sup> FERRADA y SAGREDO 2015, 362.

Mauricio Viñuela habla de los pilares de la tutela cautelar en las cuestiones de naturaleza contencioso administrativas, entre los que destaca el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. Y tratándose de medidas cautelares innominadas, agrega la necesidad de caución. Afirma este autor que la aplicación de estos criterios propios de la tutela cautelar civil al contencioso administrativo, resulta “a todas luces francamente insuficiente”<sup>34</sup>.

Un poco más allá avanza Osvaldo Oelckers cuando sostiene que en el contencioso administrativo, el *fumus boni iuris* o verosimilitud del derecho consiste en los indicios, circunstancias o antecedentes que rodean la pretensión principal, situaciones que dotan al acto administrativo de solo una apariencia probable de legitimidad que justifica que se tome la decisión de suspender los efectos del acto administrativo<sup>35</sup>.

Una verdadera excepción en nuestro medio es el caso de Alejandro Vergara, quien en sintonía con la doctrina española e italiana más autorizada y que se ha citado precedentemente, ha señalado que el *fumus boni iuris* en una medida cautelar del contencioso administrativo local equivale a sostener la probabilidad de éxito en el fondo de la cuestión<sup>36</sup> planteada por un particular ante el tribunal del contencioso administrativo.

b) La tutela cautelar en la reclamación ante los Tribunales Ambientales. La Ley N° 20.600 sobre Tribunales Ambientales (en adelante LTA), en su artículo 24 y dentro a las reglas comunes a todo procedimiento, regula las medidas cautelares que se pueden decretar en los procesos tramitados ante dichos tribunales. La ley en este caso exige tanto *fumus boni iuris* como *periculum in mora*.

Señalado lo anterior, agregaré que en materia de medidas provisionales que puede decretar la Superintendencia del Medio Ambiente (artículo 48 Ley Orgánica Constitucional de la Superintendencia del medio Ambiente), que –según hemos sostenido con Iván Hunter<sup>37</sup>– la jurisprudencia de los tribunales ambientales las considera como un tipo de medidas cautelares<sup>38</sup>, rigen tanto el *fumus boni iuris* como el *periculum in mora*.

Pero el legislador ambiental realiza un cambio a la clásica exigencia en esta materia, pues en el Código de Procedimiento Civil se exige *fumus boni iuris* referido al derecho que se reclama por el actor. En cambio, el artículo 24 LTA refiere a una verosimilitud de la pretensión invocada. Se puede sostener

<sup>34</sup> VIÑUELA 2009, 1173.

<sup>35</sup> OELCKERS 1995, 326.

<sup>36</sup> VERGARA 2016, 370.

<sup>37</sup> BORDALÍ y HUNTER 2017, 355.

<sup>38</sup> Alejandro Romero Seguel es más enfático aún en relación a la naturaleza cautelar de las medidas provisionales que puede decretar la Superintendencia del Medio Ambiente. Señala que “[...] la ley 20.417 también faculta a la Superintendencia del Medio Ambiente, como órgano administrativo, para decretar medidas cautelares para asegurar el cumplimiento de la norma o instrumento de carácter ambiental, o evitar un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, entre las que se incluyen las medidas provisionales y urgentes”. ROMERO SEGUEL 2013, 8.

que la exigencia de verosimilitud referida a la pretensión y no al derecho ampliaría el marco donde se hace procedente una medida cautelar<sup>39</sup>.

Sin embargo, el inciso tercero del artículo 24 LTA vuelve al concepto clásico del *fumus boni iuris*, cuando expresa que “cuando se soliciten estas medidas, el requirente deberá acompañar los antecedentes que constituyan, a lo menos, presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados”. ¿Qué debe tener en consideración el Tribunal? ¿La verosimilitud de la pretensión o la existencia de una presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados?

Pareciera que es más perentorio el inciso tercero, ya que el Tribunal debe examinar si existen antecedentes que constituyan a lo menos, presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados.

Ahora bien, el concepto de verosimilitud de la pretensión utilizado en el inciso primero quizás únicamente tiene un fin práctico de sintetizar en una sola expresión introductoria, el concepto matriz que se refiere a la presunción grave del derecho reclamado o los hechos denunciados. Y lo anterior se hace necesario, pues no estamos frente a temas civiles, sino a aspectos administrativos, incluido el ámbito administrativo infraccional.

Por lo tanto, no parece haber una modificación por parte del legislador ambiental al clásico *fumus boni iuris*. Lo que ocurre es que ahora la situación es más amplia, pues se incorpora una hipótesis semejante a la que existe en materia penal del *fumus commissi delicti*, en este caso reemplazando el término delito por infracción administrativa. El término verosimilitud de la pretensión abarcaría por tanto el *fumus boni iuris* (incluido el *fumus mali acti*) como el *fumus commissi delicti administrativus*.

Alguna jurisprudencia aprecia correctamente este sentido del humo de buen derecho. Cito un caso del Tercer Tribunal Ambiental, que ha entendido en parte la idea de apariencia de buen derecho en el sentido de *fumus mali acti*. Así, en su resolución de fecha 16 de noviembre de 2018, en la causa Rol N° R- 77-2018, el tribunal señaló:

“8°. Que, respecto de la verosimilitud de la pretensión invocada (*fumus boni iuris*), es preciso discernir de forma preliminar sobre la verosimilitud de la hipótesis de ilegalidad de la resolución reclamada, y el riesgo asociado”.

Tratándose de medidas provisionales, el Tercer Tribunal Ambiental ha valorado el *fumus mali acti* del siguiente modo en su sentencia de fecha 10 de diciembre de 2015, causa Rol S - 7- 2015:

“Sexto: Que (i) existiendo una conexión próxima entre las actividades materiales que se realizan para dar ejecución a la Resolución de Calificación Ambiental del proyecto “Construcción camino San Juan –Cabo Froward, tramo Río San Pedro– Punta Árbol, con presumible infracción a esta, y (ii) la

<sup>39</sup> Un análisis similar al que se realiza acá ya consta en el trabajo de Bordalí 2019, 238 y ss.

generación de riesgo constatada –que por la medida cautelar adoptada por este tribunal se encuentra contenida dicha generación–, con probabilidad de que (iii) se produzca un daño irreversible o de costosa recuperación a la especie Canquén Colorado [...]”.

En el mismo caso, por sentencia de fecha 4 de noviembre de 2015, causa Rol S - 7- 2015, el tribunal había señalado:

“Vigésimo Sexto: [...] por lo que ejercerá de oficio la potestad cautelar del artículo 24 de la Ley N° 20.600, y con el fin de resguardar un interés jurídicamente tutelado y teniendo en cuenta la *verosimilitud de los hechos acaecidos y sus efectos*, se procederá a decretar una medida cautelar innovativa según se indicará” (las cursivas son nuestras).

En este caso la verosimilitud es muy amplia, pues aparece referida a los hechos acaecidos y sus efectos, es decir, el supuesto fáctico normativo y su concreción en la realidad.

Expresado lo anterior, se debe mencionar además que existe una especial regulación referida al perjuicio o daño que se quiere conjurar con la medida cautelar. En efecto, el legislador ambiental regula expresamente las medidas cautelares innovativas, que buscan, por definición del legislador, modificar un estado de hecho o de derecho existente al tiempo de la solicitud de la medida (art. 24 LTA). Se trata de una medida algo más agresiva que la más clásica conservativa, pues alteran la situación jurídica o fáctica existente, lo que implica conceder de manera anticipada, aunque provisionalmente, la pretensión del actor.

Al ser la medida innovativa más agresiva que una de tipo conservativa, el legislador la reguló con un carácter excepcional o limitado. En efecto, el tribunal sólo podrá decretarla ante la inminencia de un perjuicio irreparable (art. 24 inciso 6° LTA).

Hay varias cosas que precisar acá. Desde luego se debe aclarar qué es lo irreparable. Creo que ello se refiere tanto a cosas materiales como a derechos o intereses de las personas que reclaman. Evidentemente puede haber conexión entre unas y otras. Por ejemplo, si se autoriza un proyecto minero que implica tronaduras de una determinada zona o la construcción de una represa para un proyecto hidroeléctrico, que eliminará completamente o de un modo que no se pueda recuperar, un cementerio indígena, el daño es respecto al bien cementario que tiene un valor antropológico y, por tanto, de conformidad con el artículo 2° LL) de la Ley N° 19.300, también ambiental; pero de paso también podría implicar la vulneración del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y, más seguramente, de un interés legítimo a vivir en una naturaleza preservada de personas vinculadas a la etnia a la que pertenece el referido cementerio.

Dicho lo anterior, hay que señalar que un sector de la doctrina sostiene que el peligro propio de la tutela cautelar es siempre irreparable, por lo que

el art. 24 LTA no agregaría nada nuevo acá. Así, Gonzalo Cortéz, a propósito del *periculum in mora* en sede civil habla de “daño irreparable”<sup>40</sup>. Algunos autores restringen la idea de daño irreparable sólo al daño en la tardanza y no referido a la infructuosidad<sup>41</sup>. Otros agregan, como ya se ha visto, que la irreparabilidad del daño no se exige en aquellos casos de daños meramente económicos o cuando consista en una falta de satisfacer sumas de dinero<sup>42</sup>.

Como sea, la LTA solo exige ese daño inminente e irreparable tratándose de medidas innovativas. Tratándose de medidas conservativas, el peligro de daño no deberá reunir las características de inminencia e irreparabilidad. Se trataría de un peligro de daño menos exigente.

Un interesante caso judicial donde se relaciona el riesgo que puede producir una actividad humana con la producción de un daño irreparable al medio ambiente, se dio a propósito de la construcción de una carretera en la Región de Magallanes, donde se pidió una medida provisional por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente al Tercer Tribunal Ambiental, con el fin de proteger una especie de ave endémica como lo es el Canquén Colorado. Por sentencia de 10 de diciembre de 2015, causa Rol N° S - 7 - 2015, el referido tribunal señaló:

“Cuarto: generalmente se tiende a asumir que existe solo un concepto de riesgo, sin embargo esto no es así. La estructura del riesgo en un sistema dado puede tener dramáticos efectos en relación a qué tipo de acciones son aceptables y cuáles no. En el caso descrito en esta solicitud estamos ante un problema que puede ser: (i) de posible ruina o catástrofe para esta especie –que ya está en peligro de extinción–, donde el riesgo existente tiene probabilidades de causar daños irreparables, o (ii) de posible daño significativo, donde el riesgo existente también puede resultar en daños a esta especie, pero estos son recuperables a un altísimo costo”.

Distingue esta sentencia entre daño irreparable y daño significativo. Parece ser que para este tribunal ambos tipos de daños pueden ser fundamento para una medida provisional o una cautelar innovativa.

Vemos de esta manera que deben acompañarse antecedentes. A diferencia del artículo 298 CPC en que se habla de comprobantes, podría entenderse que el legislador ambiental quiso ampliar la posibilidad de acreditación del derecho o de los hechos denunciados. Sin embargo, el inciso 5° del mismo precepto restringe radicalmente la situación, pues expresa que en las controversias cautelares ambientales sólo se admite la prueba documental.

Interpretando ambos incisos, se llega a la conclusión que quien solicita la medida cautelar, debe acompañar documentos que acrediten su derecho, la ilegalidad de la actuación administrativa o los hechos denunciados.

<sup>40</sup> CORTÉZ 2017, 101.

<sup>41</sup> ORTELLS 2007, 937.

<sup>42</sup> CASSETTA y FRACCHIA 2017, 215

c) La tutela cautelar en el D.L. N° 211 sobre protección de la libre competencia en los mercados. Esta norma, en su artículo 25, se refiere explícitamente a que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) podrá dictar todas las medidas cautelares que sean necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas sometidas a su conocimiento y para resguardar el interés común. A ese particular *periculum in mora*, el mismo precepto agrega que se deben acompañar antecedentes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados (*fumus boni iuris* y *fumus commissi delicti administrativus*). En este caso rigen supletoria y puntualmente algunas disposiciones sobre las medidas precautorias del Código de Procedimiento Civil (artículo 25 inciso final).

Destaca en esta normativa la referencia a medidas cautelares y ya no precautorias, denominación que se ha ido imponiendo en los distintos procedimientos judiciales chilenos desde la reforma procesal penal del año 2000.

En relación al *periculum in mora*, este se refiere a impedir los efectos negativos de las conductas sometidas al conocimiento del tribunal y para cautelar el interés común. "Aparece la idea del *periculum in mora* no solo referido al interés privado del solicitante, sino, también, una protección del interés común ligado a la libre competencia, sobre todo cuando el requirente es la FNE [Fiscalía Nacional Económica]<sup>43</sup>.

Ese interés común parece ser el interés público a la libre competencia en el mercado<sup>44</sup>, lo que no parece ser un fin en sí mismo, sino un medio para asegurar determinados resultados económicos y sociales<sup>45</sup>. En concordancia con lo aseverado, y como ha señalado el TDLC, en Chile y en el derecho comparado, la preocupación del derecho de la competencia no es proteger a determinados competidores, sino el proceso competitivo (Sentencia de fecha 30 de julio de 2014, Rol N° 138-14).

Como sostienen Ortells y Bellido en España, los daños a aquél interés público concurrencial son irreparables con el medio de reparación consistente en la responsabilidad indemnizatoria, de ahí que el único camino adecuado sea el de impedir que esos daños se actualicen<sup>46</sup>. Esa es la vital importancia de las medidas cautelares en estos procedimientos. Esta explicación casi pedagógica de la tutela cautelar en el proceso sobre libre competencia la han ratificado los Ministros del TDLC María de la Luz Domper y Jaime Arancibia, quienes en un voto de minoría han señalado que "[...] cabe sostener que la suspensión de la licitación es el medio más idóneo y proporcionado de impedir los efectos negativos de las conductas aparentemente anticompetitivas y de resguardar el interés común, pues la mera reparación de los daños a las empresas excluidas por una licitación declarada eventualmente anticompeti-

<sup>43</sup> MARÍN 2015, 609.

<sup>44</sup> ARANCIBIA 2017, 307.

<sup>45</sup> PRADO 2018, 244.

<sup>46</sup> ORTELLS y BELLIDO 1999, 28.

tiva en una sentencia definitiva, sugerida por el recurrente, solo permitiría indemnizar los daños al interés privado causados por tal atentado, impidiendo una adecuada satisfacción del interés público comprometido" (Sentencia de fecha 13 de marzo de 2018, Rol C - 341-2018).

En la jurisprudencia de nuestro TDLC, se ha entendido en un caso que al decretar una medida cautelar, con ello el tribunal entiende que está previniendo eventuales riesgos de colusión, sin que precise si con ello está impidiendo los efectos negativos de las conductas denunciadas o se trata de resguardar el bien común. En este caso, si bien el tribunal no accedió a la petición de suspender una licitación por parte del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones para la operación de plantas de revisión técnica, sí estimó que la exigencia a cada proponente de presentar, a más tardar dos días hábiles administrativos antes de la entrega de las ofertas técnicas y económicas, una boleta de garantía en la que se señale la región a la que corresponde la licitación, la concesión específica a la que postula y el nombre del proponente, ello podría generar las condiciones de una eventual colusión entre los oferentes, por lo que ordenó cautelarmente al ministerio a modificar las bases de la licitación.

En el voto de minoría de la sentencia de dos Ministros del tribunal, se señala que la medida cautelar de modificación de las bases de licitación no debió ser decretada, al no estar acreditado el *fumus boni iuris*, ya que en el proceso no constaban antecedentes graves que permitan suponer que el número y procedencia de las referidas boletas de garantía podían ser conocidas por el resto de los proponentes, que era lo único que podía crear el riesgo detectado por la decisión de mayoría (Sentencia de fecha 30 de julio de 2014, Rol N° C-256-13).

El *fumus*, como se puede apreciar en este caso, asume con claridad una idea de *fumus commissi delicti administrativus*.

d) Casos en que los presupuestos del *fumus boni iuris* y *periculum in mora* rigen por la aplicación supletoria de las reglas del Código de Procedimiento Civil. En algunos casos la ley no hace ninguna referencia a los presupuestos de la medida cautelar que puede adoptar el juez. Este es el caso de la medida cautelar de suspensión del procedimiento administrativo que puede decretar el Tribunal de Contratación Pública, según lo regulado por el artículo 25 de la Ley N° 19.886 sobre Contratos de suministro y prestación de servicios. "El tribunal podrá decretar, por resolución fundada, la suspensión del procedimiento administrativo en el que recae la acción de impugnación".

La escasa doctrina que se ha referido al procedimiento que se tramita ante el Tribunal de Contratación Pública, sostiene que respecto a la medida cautelar de suspensión del procedimiento administrativo, debe estar informada por los presupuestos del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* o humo

de buen derecho, que en este caso se entiende como probabilidad de éxito en el fondo de la cuestión deducida por el reclamante ante el tribunal<sup>47</sup>.

En sus ya catorce años de funcionamiento, el Tribunal de Contratación Pública se ha mostrado reacio a decretar la medida cautelar de suspensión de los procedimientos administrativos en que recae la reclamación formulada por los particulares. Por regla general rechaza la medida de suspensión que, junto al reclamo, suelen solicitar los particulares.

El tribunal suele decretar una resolución tipo para desechar la referida suspensión. Así, es común que resuelva de la siguiente manera: "Resolviendo la solicitud de suspensión del procedimiento licitatorio efectuada en el primer otrosí de la demanda de fojas 1 y siguientes: Atendido el mérito de los antecedentes hasta ahora reunidos, los cuales no producen en el tribunal la convicción necesaria como para decidir favorablemente la petición de suspensión solicitada, no ha lugar, sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva" (Sentencia de fecha 6 de diciembre de 2019, Rol N° 261-2019).

En algunos casos el rechazo por parte del tribunal se debe a que el procedimiento administrativo donde debe incidir la suspensión, ya se encuentra terminado. En este caso, la medida cautelar pierde toda utilidad. Así, ha dicho el Tribunal que: "Teniendo únicamente presente que el procedimiento administrativo cuya suspensión se solicita se encuentra terminado por haberse dictado Resolución Adjudicatoria N° 219 de fecha 17 de abril de 2009, y conforme, además, a lo previsto en los artículos 25 inciso 2° de la Ley N° 19.886, y 18 y 40 de la Ley N° 19.880, no ha lugar a la suspensión solicitada" (Sentencia de fecha 26 de mayo de 2009, Rol N° 23-2009).

Llama la atención que en los pocos casos en que el tribunal decreta la medida de suspensión del procedimiento administrativo, no fundamente mayormente por qué procede a decretarla. En general, suele señalar el Tribunal que atendido a los antecedentes del proceso y lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley N° 19.886, decreta la medida de suspensión, generalmente por 15 o 20 días. Así, en una resolución casi tipo señala: "Atendido el mérito de los antecedentes, lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 25 de la ley N° 19.886, ha lugar a la suspensión del procedimiento administrativo denominado Badofeno 10 mg CM ID N° 621-327-LR19, por un plazo de 15 días hábiles a contar de esta fecha, debiendo en consecuencia, la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, abstenerse de ejecutar o celebrar cualquier acto administrativo o contrato, según sea el caso, dirigido a la prosecución del proceso licitatorio previamente singularizado" (Sentencia de fecha 30 de agosto de 2019. Rol N° 241-2019).

No suele argumentar mayormente el Tribunal de Contratación Pública con base a los presupuestos del *fumus boni iuris* y *periculum in mora* que

---

<sup>47</sup> VERGARA 2016, 370.

tienen aplicación supletoria en este procedimiento en virtud del artículo 3° del CPC.

### 3. El caso especial del Recurso de Protección

En la concepción mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia nacionales, el Recurso de Protección es una acción o procedimiento cautelar<sup>48</sup>. Una vez iniciado el procedimiento de protección, la Corte de Apelaciones que conoce de él puede decretar como medida cautelar una orden de no innovar (art. 3° inciso 5° Auto Acordado sobre el Recurso de Protección). En el primer caso, es decir en el procedimiento de protección, estamos ante una hipótesis de tutela cautelar autónoma y en el segundo (orden de no innovar) en una clásica comprensión instrumental de la tutela cautelar, para asegurar el resultado de un proceso principal.

Las medidas cautelares autónomas y las propiamente instrumentales que puede decretar la Corte de Apelaciones en el Recurso de Protección no tienen presupuestos fijados en la Constitución ni en el Auto Acordado. Respecto de la orden de no innovar, el Auto Acordado se limita a señalar que ella puede ser decretada por el tribunal "cuando lo juzgue conveniente para los fines del recurso" (art. N° 3 inciso 5° Auto Acordado). Respecto a la tutela cautelar principal que puede dictarse en el procedimiento de protección, se ha dicho que se le reconoció por la Constitución al tribunal de protección en términos muy amplios<sup>49</sup>. Ello por cuanto el artículo 20 CPR señala la Corte de Apelaciones competente "adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado". Como se ve, la Constitución confiere plena discrecionalidad a la Corte de Apelaciones que conoce de la pretensión de protección para dictar la medida que estime oportuna, sin que restrinja esa facultada algún presupuesto o requisito<sup>50</sup>.

Ahora bien, como esa inexistencia de presupuestos normativos para dictar las medidas cautelares, ya seas las autónomas o las instrumentales, produce una cierta inseguridad jurídica y un amplio despliegue de la discrecionalidad judicial, las Cortes de Apelaciones han ido delineando algunos requisitos para su dictación. Esos requisitos son los del derecho indiscutido y asunto debatido no complejo.

En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia de las Cortes, para decretar una medida cautelar autónoma o una orden de no innovar, el derecho tiene que ser indiscutido. Es decir, el Recurso de Protección como procedimiento cautelar no puede dar tutela a un derecho en la medida que este sea discutido o incierto; tampoco cuando el asunto sea complejo.

<sup>48</sup> Un análisis de la doctrina y jurisprudencia sobre la concepción del Recurso de Protección puede verse en BORDALÍ 2019, 149 y ss.

<sup>49</sup> VIÑUELA 2009, 1171.

<sup>50</sup> OELCKERS 1995, 324.

Así, las Cortes han construido un término semejante al *fumus boni iuris*, propio de la tradicional cautela civil, que se lo denomina existencia de un derecho indubitado o indiscutido.

Este término requiere de ciertas precisiones<sup>51</sup>. En primer lugar, si se trata de derechos fundamentales, estos en esencia son indiscutidos o indubitados. A diferencia de los derechos subjetivos privados que surgen de la autonomía privada mediante actos negociales como contratos, donaciones, testamentos, o bien de sentencias y de decisiones administrativas, los derechos fundamentales tienen su título y origen inmediatamente en la ley, esto es, son conferidos a través de reglas jurídicas, de rango habitualmente constitucional.

Esto quiere decir que lo discutido no puede versar sobre el derecho fundamental mismo, pues éste es inherente a la persona humana. Lo que sucede es que el Recurso de Protección se utiliza en muchas ocasiones para derechos que pueden ser considerados más como derechos patrimoniales que derechos fundamentales, como sucede con la propiedad, sin perjuicio de que en nuestra dogmática constitucional no exista duda alguna que la propiedad es un derecho fundamental.

Esta es la situación que hace un tiempo falló la Corte de Apelaciones de Concepción por sentencia de 23 de octubre de 2014, rol, 3311-2014, que fue confirmada posteriormente por la Corte Suprema. Sostuvo la Corte de Concepción en Recurso de Protección interpuesto por usuarios o consumidores de gas ciudad contra la empresa Gas Sur S.A., en un tema básicamente referido a tarifas, lo siguiente:

7°. “Que de lo expuesto aparece que la recurrente no ha demostrado en estos autos ser titular de un derecho indiscutido y preexistente de aquellos cuyo imperio esta Corte debe proteger por mandato constitucional. El Recurso no es la vía para declarar, constituir o extinguir derechos y solo opera cuando los derechos amagados son indiscutidos”.

Los recurrentes en este caso invocaron la afectación del derecho a la igualdad ante la ley y el derecho de propiedad. Este último derecho fundamental tiene la estructura de un derecho patrimonial y, como tal, no consta *a priori* su existencia la que debe ser demostrada.

Un poco antes, el Tribunal Constitucional, por sentencia de 9 de septiembre de 2014, Rol 2538-14, había sostenido algo semejante:

“[...] su naturaleza jurídica [la del Recurso de Protección] es la de una acción cautelar, para la defensa de derechos subjetivos concretos, que no es idónea para declarar derechos controvertidos, sino tan solo para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, en presencia de una acción u omisión arbitraria o ilegal, que amerita una solución urgente”.

<sup>51</sup> Este análisis puede ser visto en BORDALÍ 2019, 169 y ss.

Pero tratándose de derechos no patrimoniales, como el derecho a la vida, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, entre otros, lo indubitado no puede ser referido al derecho, que todas las personas que habitan este país por mandato constitucional tienen y pueden gozar de él, sino que lo indubitado estará referido a si el derecho ha sido vulnerado o no, por acciones u omisiones imputables a otro sujeto.

Esto quiere decir que en el procedimiento de protección, para que se proceda a decretar medidas de protección, debe ser indiscutido que el derecho fundamental de un sujeto ha sido privado, perturbado, amenazado o afectado, mediante acciones u omisiones arbitrarias o ilegales, y que por lo demás exista una necesidad manifiesta y urgente de tutela jurisdiccional.

Así lo ha reconocido la Corte de Apelaciones de Temuco por sentencia de 16 de octubre de 2014, rol 2355-14, la que ha sostenido que:

“4°. Es indispensable que quien lo intente [el Recurso de Protección] acredite la existencia de un derecho actual que lo favorezca, que esté claramente establecido y determinado [...]”.

5° “[...] para que el recurso de protección sea acogido, es necesario que los hechos en que se hace consistir la arbitrariedad o ilegalidad, estén comprobados y que con estos hechos se haya sufrido perturbación, privación o amenaza en el ejercicio legítimo de las garantías y derechos que la Constitución asegura y que son los enumerados taxativamente en el artículo 20 de este cuerpo legal”.

Como se trata de un procedimiento cautelar sin contradictorio ni período de prueba, el procedimiento de protección tampoco es la sede para resolver asuntos complejos. Un buen ejemplo de esto son los temas ambientales. Los conflictos ambientales cada día más constituyen un intrincado complejo de derechos e intereses contrapuestos entre empresas, ciudadanos, comunidades indígenas y la Administración del Estado. La jurisprudencia se ha ido inclinando por la tesis de que estos conflictos no pueden ser conocidos vía Recurso de Protección. Esto lo ha sostenido la Excelentísima Corte Suprema por sentencia de fecha 29 de abril de 2014 en los autos rol 2892-2014. En este caso, los recurrentes de protección alegaban que un determinado proyecto generaba los efectos señalados en el artículo 11 de la ley 19.300 y por tanto la evaluación del proyecto debió haberse realizado por un Estudio de Impacto Ambiental y no por una Declaración de Impacto Ambiental. La Corte Suprema señaló:

Sexto: “Que dicho lo anterior, esta Corte estima necesario dejar anotado que lo pretendido a través de esta acción cautelar es que se analice la validez de un acto administrativo ambiental terminal y ejecutoriado, que como tal goza de presunción de legalidad según lo reconoce la Ley N° 19.880, arguyéndose que un determinado proyecto debió ser examinado mediante un Estudio de Impacto Ambiental y no por una Declaración de Impacto Ambiental.

Como es posible inferir, determinar si es procedente uno u otro mecanismo de evaluación ambiental luego de que ya la autoridad administrativa con competencia técnica resolvió aprobar y, por ende, otorgar el permiso ambiental a través de una Declaración de Impacto Ambiental, corresponde a una cuestión en extremo compleja que, por regla general, va a exceder el ámbito propio de esta acción constitucional.

En efecto, decidir si se producen los efectos previstos en el artículo 11 de la Ley de Bases del Medio Ambiente luego de que las autoridades ambientales ponderaron y resolvieron en la materia exige apreciar proyectos o actividades sobre la base de evaluaciones técnicas, labor que en principio resulta ajena a este procedimiento cautelar.

Séptimo: Que si bien la jurisprudencia de esta Corte ha validado un intenso control sustantivo de las resoluciones de calificación ambiental, no restringiéndose únicamente a aquellos casos en que éstas habían incurrido en una manifiesta ilegalidad –oportunidad en que evidentemente es procedente la acción de protección– no es posible obviar que ello pudo justificarse hasta antes de que nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley N° 20.600 de 2012 creara los tribunales ambientales, pues desde que estos se instalaron y ejercen su jurisdicción constituyen la sede natural para discutir este asunto dados los términos en que se ha planteado”.

## Conclusiones

1. Al no existir en Chile un régimen unitario de contencioso administrativo, ello repercute en un régimen variable de la tutela cautelar en los diversos contenciosos administrativos que existen.

2. La medida cautelar por excelencia de los contenciosos administrativos chilenos es la suspensión del acto administrativo. Por disposición de la ley, a veces funciona como suspensión de los efectos del acto administrativo, pero en otras ocasiones adopta la fisonomía de una orden de no innovar con efectos suspensivos.

3. Los presupuestos de la tutela cautelar en sede de contencioso administrativo no son los mismos que en sede procesal civil. En la justicia civil se exige siempre *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. En cambio, en materia de contencioso administrativo, a veces solo se exige un *periculum in mora* (Reclamo de ilegalidad municipal y regional; procedimiento de tutela laboral del Código del Trabajo). En los demás casos se exige por disposición directa de la ley o por aplicación supletoria del Código de Procedimiento civil, ambos presupuestos, como en sede civil, aunque con una diversa intelección.

4. Cuando en el contencioso administrativo se entiende que rige el presupuesto de la apariencia de buen derecho, se deberá considerar, aunque sea superficial y provisoriamente, la situación jurídica cautelable del actor, esto es, si es verosímil que es titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo (*fumus boni iuris*). Pero también, se debe realizar un análisis sobre la

aparición de ilegalidad del acto administrativo (*fumus mali acti*). Y respecto del *periculum in mora*, el que siempre deberá existir en toda medida cautelar, se deberá considerar siempre aquellos perjuicios que no tengan una dimensión propiamente económica o que pueda traducirse en una indemnización de perjuicios.

5. En aquellos contenciosos administrativos donde se exige exclusivamente un presupuesto de *periculum in mora* y no de *fumus boni iuris*, la carga para el solicitante de la medida solo consistirá en argumentar sobre la posibilidad de un daño irreparable (*periculum in mora*) si se mantienen los efectos del acto administrativo. En los casos examinados en este trabajo, la ley no exige comprobar de ningún modo la existencia de ese daño. Sin embargo, si el sujeto pasivo de la medida cautelar la impugna, el solicitante de la misma, por exigencias propias de la dialéctica del proceso, además de argumentar, se verá sujeto a la carga de acompañar comprobantes que justifiquen, aunque someramente, la posibilidad de ese daño.

6. En el Recurso de Protección, para que la Corte de Apelaciones pueda decretar una orden de no innovar o ya la medida cautelar autónoma, tendrá que tratarse de una situación fáctica referida al derecho fundamental necesitado de amparo, de carácter indiscutida. Asimismo, la medida a decretar no podrá recaer en un asunto complejo que necesite un proceso judicial con todas las garantías.

### Bibliografía Citada

- ARANCIBIA, Jaime (2017). Control de actos licitatorios ante el Tribunal de la Libre Competencia. *Revista de Derecho, Valdivia*, Vol XXX - N° 2, pp. 301-316.
- BACIGALUPO, Mariano (1992). El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991. *Revista de Administración Pública*, N° 128, mayo-agosto, pp. 413-452.
- BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel (2013). *Los desafíos de la justicia contencioso-administrativa del siglo XXI*. Valencia, Tirant lo Blanch, 351 pp.
- BOQUERA, Josep María (1994). Insusceptibilidad de la suspensión de la eficacia del acto administrativo. *Revista de Administración Pública*, N° 135, septiembre-diciembre, pp. 37-76.
- BORDALÍ, Andrés (2019). *Litigación ambiental*. Santiago de Chile, Thomson Reuters, 275 pp.
- BORDALÍ, Andrés y FERRADA, Juan Carlos (2009). *Estudios de Justicia Administrativa*. Santiago de Chile, Legal Publishing, 233 pp.
- BORDALÍ, Andrés y HUNTER, Iván (2017). *Contencioso administrativo ambiental*. Santiago de Chile, Librotecnia, 408 pp.
- BUENO, Antonio y RODRÍGUEZ, Manuel Antonio (2007). *El fumus boni iuris como criterio contrario al solicitante de medidas cautelares. ¿Un traidor entre los aliados?*. *Revista de Administración Pública*, N° 172, enero-abril, pp. 227-253.
- CALAMANDREI, Piero (1996). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires, Librería El Foro, 232 pp.
- CASSETTA, Elio y FRACCHIA, Fabrizio (2017). *Giustizia Amministrativa*. Turín, Giuffrè, 392 pp.
- CHINCHILLA, Carmen (1993). El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales. *Revista de Administración Pública*, N° 131, mayo-agosto, pp. 165-190.
- CORTÉZ, Gonzalo (2017). *La tutela cautelar en el proceso civil*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 474 pp.

- FERRADA, Juan Carlos y SAGREDO, Pablo (2015). La tutela cautelar en la justicia administrativa chilena: fundamentos, regulación, limitaciones y desafíos. *Revista de Derecho*, XLIV, primer semestre, Valparaíso, pp. 337-367.
- FOLLIERI, Enrico (2014). La fase cautelare. *Giustizia Amministrativa*, Scoca, Franco Gaetano (editor), Turín, Giappichelli, pp. 342-370.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2000). Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. ¿Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional. *Revista de Administración Pública*, N° 151, enero-abril, pp. 251-280.
- JIMÉNEZ, Carmen (2005). *El fumus boni iuris: un análisis jurisprudencial*, Madrid, Iustel, 248 pp.
- MARÍN, Juan Carlos (2015). *Tratado de las medidas cautelares. Doctrina, jurisprudencia, antecedentes históricos y derecho comparado*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 680 pp.
- MOLTÓ, José María (2013). *Litigación administrativa*. Barcelona, Bosch, 281 pp.
- NIVARRA, Luca, RICCIUTO, Vincenzo y SCONAMIGLIO, Claudio (2016). *Istituzioni di Diritto Privato*, Turín, Giappichelli, 553 pp.
- OELCKERS, Osvaldo (1995). La suspensión de los efectos del acto administrativo debido a la orden de no innovar. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVI, pp. 323-331.
- ORTELLS, Manuel (2007). *Derecho procesal civil*, séptima edición, Navarra, Thomson Aranzadi, 1114 pp.
- ORTELLS, Manuel y CALDERÓN, María Pía (1996). *La tutela judicial cautelar en el derecho español*, Granada, Comares, 187 pp.
- ORTELLS, Manuel y BELLIDO, Rafael (1999). *Las medidas cautelares en derecho de la competencia*. Valencia, Tirant lo Blanch, 175 pp.
- PRADO, Gabriela (2018). Comentario a la sentencia Rol N° 47. 555/2016 de la Corte Suprema, de 4 de octubre de 2017, Empresa WSP Servicios Postales S.A. con Superintendencia de Salud. *Revista de Derecho* N° 51, segundo semestre, Valparaíso, pp. 233-246.
- QUEZADA, José (1988). *Medidas prejudiciales y precautorias*. Santiago de Chile, Editorial Ediar-Conosur, 272 pp.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2013). Informe en Derecho: Distinción entre el sistema cautelar administrativo y jurisdiccional. Disponible en: [tribunalambiental.cl/wp-content/uploads/2014/07/R-07-2013-Informe – en – derecho – de – dpn – Alejandro – Romero – Seguel1. Pdf](http://tribunalambiental.cl/wp-content/uploads/2014/07/R-07-2013-Informe-de-derecho-de-dpn-Alejandro-Romero-Seguel1.Pdf).
- SAMMARTINO, Patricio (2004). Medidas cautelares frente a autoridades públicas. *Documentación Administrativa*, N° 269-270, mayo-diciembre, pp. 55-87.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2017). La aplicación del acto administrativo. *Ius Publicum*, N° 39, pp. 41-53.
- TRAVI, Aldo (2016). *Lezioni di Giustizia Amministrativa*, Turín, Giappichelli, 401 pp.
- VALDIVIA, José Miguel (2015). Contenido y efectos de las sentencias de los tribunales ambientales. En: *La nueva justicia ambiental*, Ferrada, Juan Carlos, et al., Santiago de Chile, Thomson Reuters, pp. 253-276.
- VERGARA, Alejandro (2011). Esquema del contencioso administrativo: su tendencia hacia un modelo mixto y situación actual del Recurso de Protección. En: *Litigación Pública*, Arancibia, Jaime, et al., Santiago de Chile, Abeledo Perrot Thomson Reuters, pp. 37-63.
- VERGARA, Alejandro (2016). Tribunal de Contratación Pública: bases institucionales, organización, competencia y procedimiento. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, XLVI, primer semestre, pp. 347-378.
- VIÑUELA, Mauricio (2009). La tutela cautelar de derechos ante la Administración: la realidad chilena. En *La primacía de la persona. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*, Arancibia, Jaime y Martínez, José Ignacio (coordinadores), Santiago de Chile, Legal Publishing, pp. 1159-1178.

## Normativa citada

Auto Acordado sobre tramitación del Recurso de Protección.

- Código de Procedimiento Civil.  
 Código del Proceso Administrativo italiano.  
 Ley N° 18.695, Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. Diario Oficial, 26 de julio de 2006.  
 Ley N° 19.175, Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional. Diario Oficial, 8 de noviembre de 2005.  
 Ley N° 19.880, que Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. Diario Oficial, 29 de mayo de 2003.  
 Ley N° 19.886, Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Diario Oficial, 30 de julio de 2003.  
 Ley N° 20.600, Crea los Tribunales Ambientales. Diario Oficial, 28 de junio de 2012.  
 Ley N° 20.609, Establece medidas contra la discriminación. Diario Oficial, 24 de julio de 2012.  
 Decreto Ley N° 211, Establece normas sobre libre competencia en los mercados.  
 Decreto Ley N° 1.094, Establece normas sobre extranjeros en Chile. Diario Oficial, 19 de julio de 1975.  
 Decreto Ley N° 3.538, Crea la Comisión para el Mercado Financiero. Diario Oficial, 23 de diciembre de 1980.

### Jurisprudencia citada

- Solicitud Superintendencia del Medio Ambiente (2015): Tercer Tribunal Ambiental, 10 de diciembre de 2015.  
 Solicitud Superintendencia del Medio Ambiente (2015): Tercer Tribunal Ambiental, 4 de noviembre de 2015.  
 Simonetti con Servicio de Evaluación Ambiental (2018): Tercer Tribunal Ambiental, 11 de noviembre de 2018.  
 Ramírez con Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (2014): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 30 de julio de 2014 (acumulada).  
 Ramírez con Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (2014): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 30 de julio de 2014.  
 Transaber con Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (2018): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 13 de marzo de 2018.  
 Vertex con Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales de la Región de Coquimbo (2009): Tribunal de Contratación Pública, 26 de mayo de 2009.  
 Pharmamerica con CENABAST (2019): Tribunal de Contratación Pública, 30 de agosto de 2019.  
 Sur Social Consultora con SERVIU VI Región (2019): Tribunal de Contratación Pública, 6 de diciembre de 2019.  
 Corte Suprema (2014): 29 de abril de 2014.  
 Corte de Apelaciones de Concepción (2014): 23 de octubre de 2014.  
 Tribunal Constitucional (2014): 9 de septiembre de 2014.  
 Corte de Apelaciones de Temuco (2014): de 16 de octubre de 2014.

# Los principios rectores de las ayudas públicas en el sector pesquero artesanal

## The guiding principles of public aid in the artisanal fisheries sector

Juan Ignacio Trincado Rivadeneira\*

El presente trabajo tiene por objeto formular y reseñar los principios jurídicos que gobiernan la actividad dispensadora de ayudas públicas que despliega la Administración del Estado, tomando como base la ley N° 21.069, que crea una nueva institucionalidad respecto del sector pesquero artesanal y acuícola de pequeña escala.

**Palabras clave:** Fomento, Ayudas Públicas, Principios de las ayudas públicas.

The purpose of this paper is to formulate and outline the legal principles that govern the dispensing activity of public aids deployed by the State Administration, based on Law N° 21.069, which creates a new institutional framework for the artisanal and aquaculture small-scale fishing sector.

**Keywords:** Support, Public Aid, Principles of public aid.

RESUMEN / ABSTRACT

### Introducción

El 15 de febrero del año 2018 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 21.069, que Crea el Instituto Nacional de Desarrollo Sustentable de la Pesca Artesanal y de la Acuicultura de Pequeña Escala, INDESPA, cuyo objeto, según lo dispuesto en el artículo 2, es *fomentar y promover el desarrollo de la pesca artesanal, de la acuicultura de pequeña escala y sus beneficiarios*.

Esta nueva institucionalidad ha sido creada con la finalidad de contar con una entidad con cobertura nacional que "contribuya a mejorar la capacidad productiva y/o comercial de los sectores de la pesca

\* Abogado, Magíster en Derecho, con mención en Derecho Público, Abogado, Pontificia Universidad Católica Valparaíso. Dirección Postal: De Veer 1369, Quilpué, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: juantrincador@gmail.com.

Recibido el 22 de febrero de 2019 y aceptado el 26 de noviembre de 2019.

artesanal y de la acuicultura de pequeña escala, otorgando apoyo a éstos en casos de catástrofe e impulsando a su vez, obras de desarrollo de infraestructura con el fin de fomentar y promover el desarrollo productivo de sus beneficiarios<sup>1</sup>, para lo cual, el INDESPA podrá “gestionar de manera directa, fondos a los pescadores artesanales para su fomento productivo”<sup>2</sup>. Así, con esta nueva institucionalidad, se pretende aunar los esfuerzos que en la materia se encontraban antes radicados en dos instrumentos distintos, a saber, el Fondo de Fomento para la Pesca Artesanal (FFPA) y el Fondo de Administración Pesquero (FAP).

En este contexto legislativo, el funcionamiento de la nueva institucionalidad requiere del desarrollo de una normativa infralegal que regule los aspectos de detalle para la operación del INDESPA<sup>3</sup>. De esta manera, el presente trabajo tiene por objetivo establecer, a partir de la doctrina, jurisprudencia y la ley, los principios jurídicos que deben regir la actividad dispensadora de ayudas públicas regulada por la Ley N° 21.069, de manera que esta formulación contribuya a la discusión para la dictación y aplicación de la normativa reglamentaria de ejecución. Asimismo, estos principios deben considerarse por la nueva entidad al momento de desplegar la actividad de fomento que le ha sido encomendada, en cuanto a ella corresponderá la formulación de los distintos proyectos y programas destinados al otorgamiento de las distintas ayudas públicas.

Junto con lo anterior, este trabajo, si bien nace y tiene por objeto una ley particular de fomento, pretende exceder los límites de ésta, dado que la formulación de los principios que aquí se haga tiene la vocación de ser extrapolada a todos aquellos ámbitos en los cuales la Administración interviene entregando ayudas públicas, de modo de sustentar una base de principios generales de la actividad de fomento.

Finalmente, se debe precisar una limitación propia de este trabajo: si bien el INDESPA ha entrado en funcionamiento en el mes de agosto de 2019<sup>4</sup>, en la práctica éste se ha limitado a mantener los mismos mecanismos de operación del FFPA y del FAP, a pesar de que la normativa que regula estos fondos se encuentra formalmente derogada por mandato expreso del artículo 14 de la ley N° 21.069. Lo anterior se reafirma en el proyecto de ley

<sup>1</sup> Mensaje N° 737-362, de fecha 3 de noviembre de 2014, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 4.

<sup>2</sup> Mensaje N° 737-362, cit. (N° 1), 4.

<sup>3</sup> Las materias cuya regulación la ley remite expresamente a la potestad reglamentaria se encuentran enunciadas en los artículos 5, 11, 12 y 13 de la ley.

<sup>4</sup> Conforme a lo dispuesto en el numeral 7, del artículo primero transitorio de la ley N° 21.069, la fecha de iniciación de actividades del INDESPA la determinaría el Presidente de la República, lo que tendría como plazo máximo dos meses contados desde la publicación en el Diario Oficial del primero de los decretos de fuerza de ley referidos en dicho precepto, lo que se cumplió con la publicación del D.F.L. N° 1, de 2019, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, el día 12 de julio de 2019.

de presupuesto para el año 2020<sup>5</sup>, ya que la glosa N° 02 del presupuesto del Instituto, dispone que éste, en tanto no entre vigencia el reglamento al que alude el artículo 5 de la ley que lo crea, continuará aplicando las normas, instrumentos técnicos, requisitos, parámetros y procedimientos que hayan regulado, durante el año 2019, la postulación y entrega de beneficios correspondientes a los aludidos fondos. Lo mismo se dispone respecto de las normas respecto de los sistemas de control, evaluación y rendición de cuentas.

De esta manera, el INDESPA, al no contar con la normativa reglamentaria de ejecución de la ley N° 21.069, no ha ingresado al tráfico jurídico-administrativo ejerciendo las funciones que le son propias, lo que imposibilita que este trabajo considere la aplicación práctica de la ley en comento.

## I. Las ayudas públicas en el sector pesquero artesanal

### 1. Las ayudas públicas

Tradicionalmente se ha sostenido que la actividad de la Administración del Estado puede clasificarse en servicio público, policía y fomento<sup>6</sup>, a las cuales se han agregado, con el tiempo, otras categorías a fin de encasillar las distintas formas de intervención de la Administración en la vida jurídica<sup>7</sup>. Siendo así, como se ha dicho, el presente trabajo versa sobre la tercera categoría de la aquí denominada clasificación tradicional, esto es, la actividad de fomento<sup>8</sup>.

Conviene, al efecto, comenzar por una definición, tomando para ello aquella que ha logrado mayor repercusión entre los autores<sup>9</sup>, cual es la propuesta por Jordana de Pozas, por la cual se sostiene que la actividad de fomento se trata de una "acción encaminada a proteger o promover aquellas

<sup>5</sup> Mensaje N° 189-367, de fecha 27 de septiembre de 2019.

<sup>6</sup> Quien primeramente hace esta distinción es JORDANA DE POZAS 1949, 41-54. Esta clasificación, tal como lo afirma GARCÍA MACHMAR, ha tenido aceptación en la doctrina general del derecho administrativo. Sobre el punto: GARCÍA MACHMAR 2012b, 66.

<sup>7</sup> Tal es el caso de RAMÓN PARADA, quien, además de las tres categorías indicadas, agrega la *actividad sancionadora* y la *actividad arbitral*. Sobre el tema se puede consultar PARADA 1995, 415 y ss. Enfocado solamente en el ámbito económico, ARIÑO ORTIZ indica que las modalidades de intervención de la Administración en la vida económica pueden clasificarse en: *policía y regulación económica, fomento, servicio público, gestión económica, planificación y actuación arbitral*. ARIÑO ORTIZ 2004, 331.

<sup>8</sup> Con todo, cabe hacer presente que, dado los procesos de cooperación e integración económica internacional, la actividad de fomento se ha visto contraída. En efecto, lo que estos procesos buscan, en general, es la existencia de un mercado común libre, el cual se puede ver afectado tanto por la actuación de los agentes económicos como por la intervención de los Estados miembro. Dentro de estas últimas, especial preocupación generan las ayudas públicas, a tal punto que el artículo 87.1 del Tratado de la Comunidad Europea establecía la incompatibilidad de las ayudas estatales con el mercado común, disposición que se ha replicado en el artículo 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Para un estudio sobre el régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea, se puede consultar DE LA RIVA 2004, 303 y ss.

<sup>9</sup> Esto no quiere decir que el asunto de la definición de la actividad de fomento sea una cuestión pacífica. Sobre el punto, se puede consultar la obra de DE LA RIVA 2004, 104-110, en la cual se exponen las distintas críticas que la doctrina ha planteado respecto a la postura de JORDANA DE POZAS.

actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos”<sup>10</sup>. Desde que esta formulación salió a la luz, ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina, cuestión que no es del caso tratar en este trabajo, salvo algunas referencias que se indican a continuación.

Por un lado, en esta definición de fomento el enfoque está puesto en la finalidad de *protección o promoción de actividades, establecimientos o riquezas* que satisfacen necesidades públicas o bien sean de utilidad general. Sin embargo, cuando se refiere a los mecanismos por los cuales la Administración busca el cumplimiento de estos fines, no se aporta ningún elemento definitorio, dando solo una referencia residual, en cuanto se afirma que fomento es aquello que no es coacción (actividad de policía) ni creación de servicios públicos<sup>11</sup>.

Lo anterior ya permite formular una crítica, dado que la protección o promoción de ciertas actividades que se estimen valiosas desde el punto de vista del bien común, son una finalidad que también se puede lograr mediante la coacción o bien a través de la asunción, por parte de la Administración, de la satisfacción de necesidades públicas mediante la creación de servicios públicos. De esta manera, para salvar lo anterior, así como otras críticas, se ha propuesto una definición estructural<sup>12</sup> de este tipo de actuación, por la cual se afirma que es aquella “actividad administrativa consistente en la dispensación mediata o inmediata de bienes a determinados administrados, de forma directa o indirecta, con carácter no devolutivo y en razón de ciertas actividades que les son propias, a cuya realización dichos bienes quedan afectados”<sup>13</sup>. Como se puede apreciar, con esta formulación se recogen los elementos propios de esta actividad administrativa, de modo que la definición no atiende al *fomento* como finalidad última y definitoria, dado que esta, como se dijo, puede ser compartida por otras modalidades de actuación de la Administración. Sin embargo, cabe precisar que la finalidad de la actuación sí es un elemento que forma parte de la estructura de esta especial forma de intervención administrativa, tal como se verá más adelante.

Como se puede advertir, la definición que se tomará como base para este trabajo, es aquella denominada como estructural, debiendo realizarse, además, la siguiente precisión terminológica: para el desarrollo de este estudio se utilizarán indistintamente las expresiones *actividad dispensadora de ayudas públicas* –o simplemente *ayudas públicas*– y *actividad de fomento*, las cuales deberán ser entendidas en el sentido indicado. En el mismo orden de ideas, se excluirá la utilización de los términos *subvención* o *relación subven-*

<sup>10</sup> JORDANA DE POZAS 1949, 46.

<sup>11</sup> Corresponde al denominado contenido negativo del concepto. ARIÑO ORTIZ 2004, 379.

<sup>12</sup> DE LA RIVA 2004, 113-118.

<sup>13</sup> *Ibidem*, 122 y ss.

*cional*, dado que, como se explicará más adelante, éstos denotan una de las modalidades para llevar a cabo las ayudas públicas<sup>14</sup>.

## 2. Los elementos estructurales de las ayudas públicas

La actividad de entrega de ayudas públicas genera una relación entre la Administración otorgante y el beneficiario de aquellas. Este vínculo supone la concurrencia de tres elementos: a) subjetivo; b) objetivo; y, c) teleológico, los cuales se pasarán a desarrollar a continuación<sup>15</sup>.

### a) Elemento subjetivo

Esta relación jurídica pública supone la existencia de dos sujetos, distinguiéndose aquel que adopta una postura activa, de otro que asume una posición pasiva. El primero de ellos (elemento subjetivo activo) consiste siempre en una Administración Pública otorgante<sup>16</sup>, respecto de la cual el principio de legalidad exige dos condiciones: que tenga atribuida la potestad de otorgar ayudas públicas y que cuente con una asignación presupuestaria para asumir el gasto público que representa el ejercicio de dicha potestad (legalidad presupuestaria).

En este elemento subjetivo activo se ha planteado la posibilidad de que particulares participen de la gestión de las ayudas públicas. En este sentido, se ha afirmado que el elemento determinante es el origen público de los recursos con los cuales se realiza esta actividad, de modo que la sola circunstancia que sea un particular quien gestione un beneficio financiado con fondos públicos no lo torna en una donación<sup>17</sup>.

Luego, dentro de este elemento en estudio se distingue la vertiente pasiva, que corresponde a aquella que asume la carga de cumplir con la finalidad o actividad a la cual está afectada la ayuda. Quien detente esta calidad de sujeto pasivo será, generalmente, una persona natural o jurídica de de-

<sup>14</sup> Dada la centralidad de la subvención en el ámbito de las ayudas públicas es que éstas han tenido un mayor desarrollo doctrinario tal como lo evidencian, en nuestro entorno, los trabajos de GARCÍA MACHMAR 2012b y de FLORES RIVAS 2011. Esta asimilación ha llevado a que, DE LA RIVA hable de *relación jurídica subvencional* cuando se refiere a la relación que surge con la concesión de ayudas públicas, realizando la precisión que la utilización de la expresión *subvencional* se hace un sentido laxo, comprensiva de cualquier técnica de fomento, es decir, sin limitarla exclusivamente al caso de la subvención. DE LA RIVA 2004, 111, nota al pie N° 24 y 143, nota al pie N° 1.

<sup>15</sup> El desarrollo de esta parte del trabajo está basado en DE LA RIVA 2004, 143 y ss. y en GARCÍA MACHMAR 2012b, 68 y ss.

<sup>16</sup> MARTÍN-RETORTILLO 1991, 484.

<sup>17</sup> DE LA RIVA 2004, 146 y ss. En la jurisprudencia administrativa nacional, el argumento del origen de los recursos y la asunción por parte un particular de una función pública ha sido de recurrente utilización. Un caso reciente es el contenido en el dictamen N° 11.781, de 2018, respecto del Protocolo para la manifestación de objeción de conciencia en el caso de aborto en tres causales, en el cual el Ente Contralor razonó que le estaba vedado invocar la objeción de conciencia a las entidades privadas de salud que hubieren suscrito un convenio con algún Servicio de Salud para la ejecución de acciones de salud, dado que en tal caso asumen una función pública con recursos del mismo carácter.

recho privado. Con todo, se ha planteado la discusión en torno a considerar como ayuda pública aquella que se dispensa a favor de otro órgano público, cuestión que excede la naturaleza de este trabajo. Cabe solo mencionar que, siguiendo a De la Riva<sup>18</sup>, los entes públicos, por sí mismos, deben orientar su actuación hacia el cumplimiento del interés público, de modo que resulta, por decir lo menos, cuestionable pensar que un organismo deba motivar o fomentar en otro la consecución de dicha finalidad. Con todo, parte de la doctrina es partidaria de calificar como sujeto pasivo de ayudas públicas a entes públicos<sup>19</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, catalogar una transferencia entre entes públicos como ayuda pública debe estar guiada por la propia definición de este concepto, tomando como base su elemento esencial, cual es la afectación de la ayuda a un fin o actividad, de modo que, cuando pueda advertirse la presencia de esta característica se podrá calificar dicha relación como de fomento<sup>20</sup>.

#### b) Elemento objetivo

El elemento objetivo es el que caracteriza la actividad dispensadora de ayudas públicas, teniendo para estos efectos un carácter compuesto, dado que no se refiere solamente al *beneficio*, sino que éste queda *afectado*<sup>21</sup> al cumplimiento de un fin que la Administración otorgante define en un momento dado como relevante<sup>22</sup>. De esta manera, todo beneficio que es entregado en virtud de esta actividad dispensadora de ayudas no constituye una liberalidad cuya disposición queda entregada al arbitrio del beneficiario, sino que este asume la carga de destinar la ayuda al fin público definido por la Administración.

Sin perjuicio de lo anterior, se plantea en la doctrina la posibilidad que se otorguen beneficios sin que concurra el elemento de la afectación, lo cual se dará en el caso de ayudas de carácter asistencial. Ejemplo de lo anterior se encuentra en los beneficios otorgados por el Estado a quienes han sufrido pérdidas como consecuencia de catástrofes naturales. En estos casos el concepto que los autores han utilizado es el de *subsidios*<sup>23</sup>. Respecto de estos beneficios se ha cuestionado su calificación como ayudas públicas, dado que respecto de ellos no existe una confluencia del interés público y privado,

<sup>18</sup> *Ibidem*, 149 y ss.

<sup>19</sup> La referencia de los autores se puede encontrar en DE LA RIVA 2004, 150, nota al pie 15.

<sup>20</sup> En este caso, DE LA RIVA propone el concepto de *ayudas públicas interadministrativas* para aquellos casos en los cuales pueda advertirse que el sujeto pasivo es un órgano público, de modo de distinguirlos de aquellas en las que el sujeto pasivo es un particular. *Ibidem*, 153 y ss.

<sup>21</sup> MARTÍN-RETORTILLO 1991, 487.

<sup>22</sup> Con todo, debe hacerse presente que la definición de este *fin* no es tarea exclusiva de la Administración otorgante dado que la ley, en algunos casos establece, al menos de un modo general, el fin al que se debe afectar la ayuda pública, como es el caso de la Ley N° 21.069. Sin embargo, este puede ser un ámbito de mayor discrecionalidad, según sea la habilitación legal de que se trate, tal como se indicará más adelante.

<sup>23</sup> DE LA RIVA 2004, 164 y ss. En el mismo sentido, FLORES RIVAS 2011, 343.

sino que nace de la sola iniciativa pública<sup>24</sup>. Asimismo, se señala que en el caso de los beneficios asistenciales éstos se entregan en consideración de la persona del beneficiario, no en atención de una actividad o fin, tal como sucede con las ayudas públicas propiamente tal, siendo indiferente la persona del beneficiario<sup>25</sup>.

Con todo, en el presente trabajo se adoptará la posición de incluir dentro de la noción de actividad de fomento o de dispensación de ayudas públicas a los subsidios o ayudas públicas no afectadas, dado que la Constitución realiza un tratamiento conjunto de estos dos mecanismos de intervención administrativa en el artículo 19 N° 22, inciso segundo, al referirse a los *beneficios directos*. Asimismo, la ley objeto de este trabajo considera este tipo de ayudas en el artículo 3 letra i). Finalmente, el origen público de los recursos demanda mayor control sobre la correcta utilización de éstos, de modo que allegar este tipo de beneficios a la noción de ayuda pública permite aplicar sus consecuencias jurídicas y marco normativo, del cual versa este trabajo.

### c) *Elemento teleológico*

Se ha sostenido que con el otorgamiento de ayudas públicas la Administración busca convencer a los particulares para realizar una actividad que se ha definido como de interés público<sup>26</sup>. En términos más específicos, la finalidad que con la ayuda se persigue es el estímulo de una actividad, sector o región geográfica<sup>27</sup>.

Es en este elemento en donde puede advertirse un grado variable de discrecionalidad para el ente público otorgante, en cuanto a la definición de la finalidad o actividad específica que se quiere fomentar con la ayuda<sup>28</sup>, ya que si dicho fin está definido en la ley el grado de discrecionalidad será menor, mientras que si dicha definición queda entregada al ente otorgante de la ayuda el grado de discrecionalidad será mayor. Así, un ejemplo de mayor discrecionalidad lo encontramos en el artículo 5° letra g) de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, el cual establece como atribución esencial de los municipios *otorgar subvenciones y aportes para fines específicos*, quedando la definición del fin en manos de la entidad edilicia.

La finalidad objeto de la ayuda pública, una vez definida, tiene una relevancia gravitante dentro de esta modalidad de actuación. Así, dado que

<sup>24</sup> DE LA RIVA 2004, 165.

<sup>25</sup> FLORES RIVAS 2011, 345.

<sup>26</sup> ARIÑO ORTIZ 2004, 379.

<sup>27</sup> DE LA RIVA 2004, 191.

<sup>28</sup> La definición de los fines que persigue el Estado es una cuestión que, según los autores, es anterior y externa al derecho administrativo. En efecto, la asunción o no de un determinado fin tiene que ver con un momento histórico determinado, siendo dicha definición de carácter político, entregando el derecho las herramientas necesarias para su regulación. Sobre el punto se puede consultar ARIÑO ORTIZ 2004, 331 y ss. En el mismo sentido, MARTÍN RETORTILLO 1991, 441, quien afirma que la actividad de fomento implica una elección por parte del Estado por promover una actividad concreta, lo cual es manifestación de una opción política concreta.

el beneficio queda afectado a ésta, ella se transforma en el título habilitante para intervenir, ordenar y controlar<sup>29</sup>. En efecto, seleccionado el fin, la Administración opta por una de sus modalidades de intervención; si la seleccionada es la ayuda pública, aquella tendrá la potestad de ordenar, esto es, establecer las condiciones y requisitos para la obtención y mantención del beneficio; finalmente, tendrá la atribución de controlar que éstos se cumplan, de modo de verificar que la ayuda se aplique al fin público perseguido.

### 3. Mecanismos de otorgamiento de ayudas públicas

Dentro de la doctrina tradicional se ha sostenido que la actividad de fomento se ejecuta a través de tres medios: honoríficos, jurídicos y económicos<sup>30</sup>, de los cuales el de mayor tratamiento, por su relevancia, ha sido el económico, categoría dentro de la que Jordana de Pozas ubica, a modo ejemplar, las subvenciones, primas, premios en metálico, anticipos y préstamos, garantías de interés y las exenciones y demás privilegios de carácter fiscal<sup>31</sup>.

Para efectos de este trabajo, a fin de exponer los mecanismos de otorgamiento de ayudas públicas, se distinguirán dos momentos distintos dentro del *iter* de las ayudas públicas: el momento de la selección y el de la asignación<sup>32</sup>. La etapa que aquí se denomina de la *selección* corresponde a aquella en la que se establecen y aplican los requisitos de selección, de modo que en esta etapa se determina de manera precisa la persona del beneficiario; luego, la aquí denominada etapa de la *asignación* es aquella en la que se hace efectiva la atribución patrimonial, es decir, se otorga la ayuda<sup>33</sup>.

Considerando lo anterior, dentro de cada una de estas etapas, la Administración cuenta con técnicas o mecanismos para llevar a cabo su cometido, y que, sin un afán de agotar el horizonte de posibilidades, serán expuestas a continuación.

#### a) *Técnicas de selección*

Corresponde a aquellos mecanismos con los cuales cuenta la Administración para seleccionar a los beneficiarios de una ayuda pública determinada. Para

<sup>29</sup> *Ibidem*, 443.

<sup>30</sup> La distinción proviene desde JORDANA DE POZAS 1949, la cual ha sido recogida por diversos autores, tales como PARADA 1995 o BERMÚDEZ SOTO 2014, en el entorno nacional. El Tribunal Constitucional también ha recogido esta distinción, tal como consta en la sentencia pronunciada en la causa rol N° 1.295, considerando 90.

<sup>31</sup> JORDANA DE POZAS 1949, 53.

<sup>32</sup> Aparte de estos dos momentos dentro del *iter* que siguen las ayudas públicas, se puede distinguir uno de carácter previo, correspondiente al diseño de la ayuda.

<sup>33</sup> DE LA RIVA 2004, 144. Este autor separa la etapa de selección en dos: la primera, correspondiente al establecimiento de los requisitos de adjudicación de la ayuda y la otra, aquella en que se selecciona a la persona del beneficiario. Si bien en la práctica estos momentos son claramente distinguibles, dado que estarán marcados por la dictación de actos administrativos diversos, para efectos de este trabajo la distinción es irrelevante para la definición del mecanismo de selección, así como para la aplicación de los principios jurídicos que se tratarán más adelante.

estos efectos, García Machmar<sup>34</sup>, propone una clasificación que es la que se seguirá en este trabajo<sup>35</sup>.

Siguiendo al autor en comento, en el derecho nacional pueden encontrarse 3 formas de selección de beneficiarios que tienen como elemento central el grado de discrecionalidad que ellas entregan a la Administración, las cuales se exponen en el siguiente cuadro en un grado creciente de discrecionalidad:

Mecanismo	Definición
Asignación Reglada	Es aquella en la que la ley establece a quién se debe realizar la transferencia. Esto se hace fijando una determinada condición jurídica que habilita a ser beneficiario de la ayuda. En este caso, la Administración otorgante no elige al beneficiario, sino que éste viene dado por la ley.
Concurso público	Se trata de un modelo que tiene como nota distintiva la elección competitiva de los beneficiarios. Las ayudas que se entregan mediante esta modalidad suponen un procedimiento administrativo de publicación, postulación, evaluación y posterior selección.  García Machmar distingue en este tipo los fondos concursables y los subsidios mediante títulos transferibles. Sin embargo, ello no es relevante para efectos del mecanismo, en cuanto atiende a la naturaleza de la ayuda y no a la forma en que se selecciona a los beneficiarios de ésta.
Asignación directa	Es la técnica en la que la Administración no debe sujetarse a criterios legales para la selección. García Machmar distingue dos situaciones en las cuales procede este tipo de asignación: cuando la potestad de otorgar beneficios no trae consigo criterios de selección o bien cuando han fracasado los procedimientos anteriores.

Fuente: *Elaboración propia.*

#### b) Técnicas de asignación

Como ya se señaló, una vez seleccionados los beneficiarios, la Administración otorgante debe realizar la atribución patrimonial de la ayuda. Para estos efectos, siguiendo la definición de ayudas públicas y la explicación que de este concepto hace De la Riva<sup>36</sup>, es posible realizar la clasificación que se resume a continuación:

<sup>34</sup> GARCÍA MACHMAR 2012a, 131-152.

<sup>35</sup> Este aserto debe tomarse con la siguiente prevención: el trabajo GARCÍA MACHMAR tiene por objeto de estudio la *subvención*, la cual, como se ha indicado, no es equivalente a *ayuda pública*, por tratarse aquella de una especie de ésta. Sin embargo, el desarrollo seguido por GARCÍA MACHMAR puede ser generalizado a cualquier forma de otorgamiento de ayudas dada la amplitud normativo que se considera en el estudio. Asimismo, maneja un criterio al cual ya se ha referido en este trabajo, el cual dice relación con el grado de discrecionalidad con el cual cuenta la Administración para seleccionar al beneficiario de la ayuda.

<sup>36</sup> DE LA RIVA 2004, 122-128.

Criterio de distinción	Tipos	Definición
Existencia o no de transferencia al beneficiario	Directos	Aquellas que implican una transferencia al beneficiario
	Indirectos	Corresponde a medidas que no conllevan una transferencia al destinatario de la ayuda, pero que, de todas maneras, le producen a este un efecto económico favorable.
Existencia o no de un tercero que mediatiza la entrega	Inmediatos	Mecanismo por el cual la Administración entrega por sí misma la ayuda.
	Mediatos	Modalidad por la cual la entrega del beneficio se mediatiza a través de un tercero, público o privado.

Fuente: *Elaboración propia.*

Pues bien, considerando esta clasificación, es posible referirse a algunos mecanismos específicos. Uno de ellos, ejemplo paradigmático de transferencia directa de los recursos, es la *subvención*, la que ha sido definida como la "atribución patrimonial, básicamente de carácter dinerario, que se recibe a fondo perdido con el fin de llevar a cabo la realización de determinados comportamientos –de hacer o de abstenerse– que han sido considerados de interés general y a cuya plena y efectiva realización aquella queda vinculada"<sup>37</sup>. Como se dijo, esta figura, si bien similar, no es idéntica a la de los *subsidios*, los cuales corresponden a beneficios no afectados a un fin. Sin embargo, por las razones ya expresadas en este trabajo, se las ha considerado como un mecanismo de asignación de ayudas públicas.

Por otra parte, cabe la posibilidad que la normativa disponga que la Administración otorgante deba, para efectos de la asignación de los recursos, realizar una compra de bienes o contratación de servicios con los cuales se pretende beneficiar a los destinatarios de ésta. Eso es lo que sucedía con el FFPA<sup>38</sup>, el cual debía aplicar en estos casos las disposiciones de la Ley N° 19.886 y su reglamento, contenido en el D.S. N° 250 de 2004, del Ministerio de Hacienda. En estos casos, la Administración se vale de un tercero –contratista– quien es el que provee al beneficiario de la ayuda, financiada con los recursos públicos respectivos.

Esta opción normativa plantea la interrogante sobre la naturaleza jurídica de dicho mecanismo, pudiendo concluirse que, por aplicación del mismo artículo 1° de la Ley N° 19.886, el cual dispone la aplicación supletoria del derecho público y del derecho privado en materia de compras públicas, nos

<sup>37</sup> MARTÍN RETORTILLO 1991, 480. Cabe precisar que este autor decanta en este concepto, que él denomina como estricto, previa distinción del concepto de subvención en sentido amplio, el cual es comprensivo de todo beneficio económico percibido por parte de la Administración.

<sup>38</sup> Artículo 16° del D.S. N° 456, de 1992, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, actual Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, Reglamento del Fondo de Fomento para la Pesca Artesanal.

encontrábamos frente a una estipulación a favor de tercero, contemplada en el artículo 1.449 del Código Civil.

#### 4. Fundamento de las ayudas públicas y su proyección en la actividad pesquera artesanal

El otorgamiento de una ayuda pública específica puede tener múltiples fundamentos. Así, en general, un Estado puede adoptar esta medida para: a) que un sector de la economía alcance niveles de desarrollo que, por sí solo, no puede lograr; b) para socorrer a una empresa o industria que atraviesa dificultades temporales, corriendo el riesgo de cesar su actividad, con el consecuente efecto social que ello puede acarrear; o, c) para propender a la consecución de objetivos de protección ambiental<sup>39</sup>.

En el mismo sentido, los motivos que justifican el establecimiento de una determinada ayuda en el ámbito pesquero pueden ser también diversos, quedando su definición reservada al ámbito de las políticas públicas, considerando las necesidades de un determinado momento histórico, sin perjuicio que el derecho entregue herramientas para encausar dicha labor por un cauce jurídico, como acontece, por ejemplo, con el artículo 19 N° 22 de la Carta Fundamental, que define las condiciones que deben cumplirse para el otorgamiento de una ayuda pública.

En nuestro país, la actividad pesquera artesanal, desde hace algunos años, viene siendo objeto de intervención económica por parte del Estado, mediante el otorgamiento de ayudas públicas. Así, el año 1991, mediante la dictación de la Ley N° 19.079, se introdujeron en la ley general de pesca y acuicultura los artículos 38 bis a) a 38 bis f) –que pasaron luego a ser los artículos 56 a 62– por los cuales se creó el FFFPA, el cual estaba destinado a *fomentar y promover* distintos aspectos de la pesca artesanal<sup>40</sup>. Luego, mediante la dictación de la Ley N° 19.849, del año 2002, se creó el FAP –regulado en el actual artículo 173 de la ley general de pesca y acuicultura– el cual tenía entre sus objetivos financiar *Programas y proyectos de fomento y desarrollo a la pesca artesanal* (letra c) del artículo 173).

Pues bien, es en este contexto que se dicta la Ley N° 21.069, la que tiene la pretensión de reunir estos dos fondos en una institucionalidad que tenga presencia regional y mayores recursos para el fomento y desarrollo sustentable, tanto de la pesca artesanal, como de la acuicultura de pequeña escala.

Con todo, sin perjuicio de lo señalado precedentemente, cabe señalar que las ayudas públicas a la pesca, en general, tienen una mirada más bien restringida en el contexto internacional, dado que a través de ellas se puede afectar, precisamente, el manejo sustentable de los recursos pesqueros, en

<sup>39</sup> SCHRANK 2004, 6 y ss.

<sup>40</sup> Infraestructura, capacitación y asistencia técnica, repoblamiento de recursos hidrobiológicos y la comercialización de los productos pesqueros.

cuanto pueden terminar promoviendo la sobrecapacidad y la sobrepesca<sup>41</sup>. En el mismo sentido, dentro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, el número 14 consiste en “Conservar y utilizar en forma sostenible los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible”, fijándose como una de las metas de éste, al año 2020, la prohibición de ciertas formas de subvenciones a la pesca, que contribuyan a la sobrecapacidad y a la pesca excesiva.

Sin embargo, la actividad de otorgamiento de ayudas públicas existe, muestra de lo cual es la dictación de la Ley N° 21.069 y la creación de una nueva institucionalidad de fomento a la pesca artesanal y a la acuicultura de pequeña escala, motivo que justifica estudiar los fundamentos generales de este tipo de intervención administrativa y la proyección de ésta en la ley en estudio.

a) *Fundamento constitucional de la actividad de fomento en Chile*

Tal como se indicó anteriormente, la actividad dispensadora de ayudas públicas en nuestro ordenamiento jurídico tiene fundamento constitucional en el artículo 19 N° 22, el cual, luego de establecer el derecho a la no discriminación arbitraria en materia económica dispone que, mediante una ley se podrán autorizar beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica. La ubicación de esta norma expresa el carácter excepcional de esta actividad, en cuanto ella supone el establecimiento de grupos, dispensándose, por parte del Estado, una ayuda en favor de unos por sobre otros.

En esta línea, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha considerado a la actividad de fomento como una excepción al derecho a la no discriminación, estableciéndose requisitos para que el Estado pueda llevar a cabo esta modalidad de intervención: no debe ser arbitraria, requiere habilitación legal y no establece una medida específica de intervención, admitiéndose “beneficios directos o indirectos” y “gravámenes especiales”<sup>42</sup>. En cuanto a quiénes pueden ser sujetos pasivos de estos beneficios, la Constitución se refiere a *sector, actividad o zona geográfica*, los cuales han sido definidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia pronunciada en la ya aludida causa rol N° 1.295<sup>43</sup>.

Este carácter excepcional de la actividad dispensadora de ayudas tiene también relación con el principio de subsidiariedad el que ha sido predicado respecto de la intervención del Estado en materia económica, ámbito en el

<sup>41</sup> Sobre el punto se puede consultar OECD, *Support to fisheries: Levels and impacts*, en *OECD Food, Agriculture and Fisheries Papers*, N° 103, OECD, 2017.

<sup>42</sup> Sentencia TC Rol N° 1.295 (2008).

<sup>43</sup> Sector: parte de la actividad productiva o económica del país, como los agricultores o los acuicultores; *Actividad*: emprendimientos determinados, con características operativas específicas, como los productores lecheros; y, *Zona geográfica*: lugar del territorio nacional, que puede o no corresponder con la división político-administrativa del país (Considerando 92).

cual se encuentra la actividad de fomento. Baste acá decir que este principio, en su formulación, supone que el Estado debe asumir aquellas tareas que: i) estén fuera del alcance de los particulares; ii) no sea conveniente que queden en manos de pocos particulares; y, iii) no puedan ser realizadas por éstos<sup>44</sup>, no encontrándose habilitado para actuar siempre y a todo evento.

b) *La Ley N° 21.069 como expresión de la actividad dispensadora de ayudas públicas*

Llegado a este punto, corresponde hacerse cargo, brevemente, de la ley objeto de este estudio. Para estos efectos se recurrirá a los distintos elementos que, hasta acá, se han estudiado respecto de las ayudas públicas.

Así, respecto de los elementos estructurales de las ayudas, el sujeto activo ha sido creado por la propia Ley N° 21.069 y corresponde al INDESPA, servicio público descentralizado sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. Los sujetos pasivos también han sido definidos por la propia ley, en el artículo 11, siendo ellos los pescadores artesanales inscritos en el Registro Pesquero Artesanal; los acuicultores de pequeña escala que cuenten con inscripción vigente en el registro que llevara el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (SERNAPESCA) y las organizaciones o personas jurídicas conformadas exclusivamente por pescadores artesanales o acuicultores de pequeña escala, legalmente constituidas.

Esta definición de los beneficiarios no llega a constituir una asignación reglada en los términos indicados más arriba, en cuanto dentro el universo de posibles beneficiarios, el Instituto podrá –o más bien, deberá– establecer focalizaciones o discriminaciones a fin de atender a un grupo o grupos dentro del público definido por la ley<sup>45</sup>, lo cual otorga un grado de discrecionalidad a la institución en este ámbito.

Respecto del elemento objetivo, tal como se indicó, este corresponde al beneficio y su afectación al fin público. Pues bien, la ley en comento no define un específico tipo de ayuda, sino que ello queda entregado al reglamento y a las bases de los distintos programas o concursos que el Instituto apruebe. Así se desprende del artículo 12 inciso primero, en relación con el artículo 5 de la ley.

Luego, la ley considera una finalidad para el Instituto –elemento teleológico– consistente en fomentar y promover el desarrollo de la pesca artesanal, de la acuicultura de pequeña escala y sus beneficiarios (artículo 2 de la ley). Esta finalidad general, busca aumentar la productividad del sector pesquero, mediante la creación de valor agregado y la facilitación de la línea de pro-

<sup>44</sup> GUERRERO BECAR 2018, 318.

<sup>45</sup> Por ejemplo, el artículo 7, letra a) establece que es atribución del Consejo Directivo del INDESPA aprobar las líneas estratégicas de financiamiento de éste, lo cual puede suponer que existan proyectos o programas dirigidos a grupos específicos de pescadores artesanales.

ducción de manera de hacer más expedita la entrada de los productos a los distintos mercados<sup>46</sup>. La generalidad de esta formulación deberá ser actualizada al caso concreto por el INDESPA, en particular por su Consejo Directivo, ya que a éste corresponde aprobar las líneas estratégicas de financiamiento, lo cual supone la definición de fines públicos específicos, alineados con el fin general declarado por la ley.

Ahora bien, esta labor de definición del fin en el caso concreto tiene algunos parámetros establecidos en la propia ley y que dicen relación con atender el cumplimiento normativo de la regulación sectorial y de las obligaciones contraídas por el beneficiario con la Administración del Estado. Así se desprende del artículo 13, que en general regula los casos en que el otorgamiento de beneficios es improcedente. De la lectura de este precepto queda claro que la calidad de beneficiario requiere que el postulante esté comprendido en la hipótesis del artículo 11, ya citado, pero, además: i) que el proyecto postulado cumpla con la normativa sectorial de pesca artesanal; y, ii) el postulante cumpla las obligaciones contraídas con el SERNAPESCA u otra institución pública que gestione proyectos dirigidos a los beneficiarios del INDESPA.

De lo anterior se puede concluir que, si bien la finalidad general de la actividad de fomento establecida por esta ley es desarrollar este especial sector de la economía, ello supone como condición la sustentabilidad de dicho desarrollo, cuestión que, al parecer, la ley pretende lograr con el cumplimiento normativo y de obligaciones administrativas por parte del beneficiario, a efectos de que éste pueda tener dicha calidad.

Finalmente, en cuanto al mecanismo de selección de los beneficiarios, la ley contiene una marcada preferencia por el concurso público. Al efecto, cabe mencionar que, si bien el artículo 5 N° 1 remite esta materia al reglamento, esto debe interpretarse en armonía con las restantes disposiciones de la ley, las cuales mandatan el concurso como regla general. Así, el mismo artículo 5 inciso final, establece un reconocimiento general de esta modalidad de selección de beneficiarios, estableciendo el contenido mínimo de las bases, así como consagra principios que las deben inspirar. Luego, el artículo 12 inciso final exige el concurso público, en el caso específico de la entrega de aportes no reembolsables.

## II. Los principios rectores de las ayudas públicas en el marco de la Ley N° 21.069

La actividad dispensadora de ayudas públicas, como toda otra forma de actuación de la Administración del Estado, está sometida a reglas, lo cual no es más que manifestación del principio de juridicidad que impera en la materia. Bajo esta premisa, en el presente capítulo se enunciarán los principios rec-

<sup>46</sup> Mensaje N° 737-362, cit. (N° 1), 3.

tores de las ayudas públicas –con especial referencia a la Ley N° 21.069– los cuales deben orientar la actividad y regulación de la nueva institucionalidad, a fin de encausarla dentro de los márgenes de juridicidad.

En este punto cabe precisar que el *iter* de la actividad de fomento tiene un desarrollo relativamente delimitado, comenzando en una etapa que se podría denominar de *diseño de la intervención pública*, momento entregado en parte al legislador, único que a través de su producto –la ley– puede establecer una ayuda pública, y por otra, a la Administración otorgante, la cual, en atención a las limitaciones presupuestarias, deberá establecer los lineamientos y parámetros para focalizar los beneficios. Luego del diseño se encuentra la etapa de implementación de la actividad de fomento, la cual se despliega en dos etapas, de *selección* y de *asignación*, las que ya han sido definidas en este trabajo<sup>47</sup>.

Pues bien, lo anterior tiene sentido dado que los principios que en este acápite se enunciarán tendrán, en algunos casos, una marcada influencia en algunas de las etapas del *iter* de ayuda pública, sin perjuicio de su presencia transversal en esta actividad.

1. Principio general de la actividad de dispensación de ayudas públicas: la afectación al fin público

Las ayudas públicas suponen la presencia de dos sujetos, uno activo –la Administración otorgante– y otro pasivo –el beneficiario–, entre los cuales surge una relación jurídica por la cual el primero otorga un beneficio al segundo, el cual queda *afectado* a la realización de una actividad o cumplimiento de un objetivo<sup>48</sup>.

En efecto, una nota esencial de toda la actividad de fomento está dada porque con esta modalidad de intervención la Administración Pública pretende la consecución de una serie de objetivos, lo cual se transforma en el título que habilita la actuación. Esto es lo que Martín-Retortillo ha denominado como el carácter teleológico de este tipo de actuación<sup>49</sup>, de manera que, en virtud de este principio, el beneficiario se encuentra obligado a realizar la actividad o cumplir el fin por el cual éste le fue conferido. Con todo, se debe precisar que la sujeción del beneficiario respecto de la Administración otorgante no es absoluta: en este sentido, certero es el ejemplo de Martín-Retortillo quien indica que el otorgamiento de una subvención a un establecimiento educacional no habilita a imponer una ideología política<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Apartado I, numeral 3.

<sup>48</sup> DE LA RIVA 2004, 162 y ss.; PARADA 1995, 456; y MARTÍN-RETORTILLO 1991, 443. Al respecto, algunos autores han llegado a afirmar que, incluso, nos encontramos frente a una relación de sujeción especial, dado que esta técnica de intervención acentúa las facultades de intervención y ordenación de la Administración. Sobre lo anterior, *Ibidem*, 448.

<sup>49</sup> *Ibidem*, 443.

<sup>50</sup> *Ibidem*, 444.

Este carácter de afectado de las ayudas públicas ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el rol 1.295, cuando se afirma en el considerando nonagésimo que “Al otorgar estos beneficios, el legislador puede perfectamente establecer condiciones o requisitos para su obtención o para su mantención, para lograr la finalidad pública que se busca obtener con la transferencia”<sup>51</sup>.

En consecuencia, dada la finalidad pública que se persigue con las ayudas públicas, éstas quedan afectadas a aquella, lo cual habilita al legislador a establecer condiciones o requisitos para su obtención o mantención, tal como lo expresa la judicatura constitucional, facultando, además, a la Administración otorgante del beneficio, a ejercer un control respecto del destino que el beneficiario da a la ayuda, de lo cual se concluye la íntima relación de este principio de afectación con los principios de control y eficacia.

## 2. Subsidiariedad

El principio de subsidiariedad puede formularse como aquel por el cual las sociedades mayores (entre ellas el Estado) se forman para satisfacer fines que las sociedades menores no pueden alcanzar por sí solas, de modo que, allí donde éstas son suficientes, no pueden entrar aquellas, dado que esto afectaría la autonomía de la sociedad menor<sup>52</sup>. Dicho así, existen varias dimensiones en las cuales se proyecta este principio, tales como en la distribución de competencias en el ámbito de las relaciones interinstitucionales o en asuntos económicos<sup>53</sup>.

Pues bien, el principio de subsidiariedad tiene una clara incidencia en materia de ayudas públicas, dado que este tipo de actuación del Estado supone la intervención de éste en sectores de la economía, convirtiéndose en un elemento modulador de dicha actividad.

Sin embargo, lo anterior supone haber adoptado una postura en torno a la problemática sobre si, al amparo de nuestro texto constitucional, es posible afirmar la vigencia de este principio. Pues bien, sin entrar a dicha discusión ni mucho menos pretender resolverla, y para el solo efecto de exponer la incidencia que puede tener el principio en comento en materia de ayudas públicas, es que se tomará como premisa que éste sí tiene asidero.

En este orden de ideas, en nuestro entorno se suele afirmar que el principio de subsidiariedad se desprende del artículo 1 de la Constitución, en cuanto declara que el Estado está al servicio de la persona humana y reconoce y

<sup>51</sup> Surge en este punto la interrogante si estas condiciones o requisitos pueden, en algún grado, afectar derechos fundamentales del beneficiario, tornando, en consecuencia, dichas condiciones en inconstitucionales. Sobre el punto se puede consultar SOTO VELASCO 2009, 115-141, trabajo en el que se sostiene que dichas condiciones no pueden ser llegar a afectar derechos fundamentales, debiendo ser rechazadas por inconstitucionales. En contrario se manifiesta GARCÍA MACHMAR 2012b, 81 s.

<sup>52</sup> GUERRERO BECAR 2018, 318; en el mismo sentido DE LA RIVA 2004, 198.

<sup>53</sup> DE LA RIVA 2004, 199 y BASSA MERCADO y VIERA ÁLVAREZ 2017, 187.

ampara a los grupos intermedios, los cuales están dotados de autonomía<sup>54</sup>. Esta formulación, en clave de fomento, implica afirmar que el Estado se deberá abstener cuando advierta que el bien común se pueda satisfacer sin ser necesaria su intervención, mientras que deberá actuar cuando se vislumbre que solo así el cumplimiento del interés general podrá ser alcanzado<sup>55</sup>.

Teniendo este punto de partida, cabe entonces cuestionarse sobre el alcance de este principio en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, tal como lo exponen Bassa y Viera, en nuestro país se ha dado una interpretación neoliberal, por la cual se realza el rol abstencionista que debe tener el Estado, sobre todo en materia económica, desconociendo la vertiente de intervención –principio de solidaridad– por la cual se habilita la actuación estatal<sup>56</sup>.

Con estas consideraciones, se puede sostener, en primer lugar, que la actividad de entrega de ayudas públicas se trata más bien de una manifestación del principio subsidiariedad, en su rol de habilitante para la intervención estatal. Por otra parte, su aplicación debe considerarse al momento de ejecutar la actividad específica de fomento de que se trate, como guía para decidir la focalización de los beneficios o proyectos a financiar<sup>57</sup>. Finalmente, la formulación del principio de subsidiariedad puede convertirse en una herramienta útil de evaluación del impacto de la política pública, en cuanto, si en virtud del principio en comento lo que se pretende es ir en apoyo de aquellas áreas en donde las sociedades menores tienen un desarrollo deficiente, éstas, por aplicación del principio de eficacia y de afectación de la ayuda al fin público, debieran ser capaces de superarlas, de modo que, si en caso contrario, dichas falencias se mantienen, ello evidenciaría la escasa o nula incidencia de la ayuda pública respectiva.

### 3. Igualdad y no discriminación

Al igual que el principio de subsidiariedad, este principio tiene especial aplicación en la etapa de diseño, como mandato tanto para el legislador como para la Administración que ejecuta esta actividad de fomento.

La igualdad encuentra un amplio reconocimiento en la Constitución, en diversas disposiciones de ésta. Así, a modo ejemplar, el artículo 1° contempla la igualdad de las personas en dignidad y derechos; luego, el artículo 19 N° 2, consagra la igualdad ante la ley. Sin embargo, en lo que interesa a este trabajo, la proyección de la igualdad que se quiere destacar es aquella que se da en materia económica, consagrada en el artículo 19 N° 22.

Sobre el punto, se ha cuestionado la necesidad de reconocer de manera específica esta veta de la igualdad, afirmándose que ello se debe a la impor-

<sup>54</sup> GUERRERO BECAR 2018, 318.

<sup>55</sup> DE LA RIVA 2004, 198.

<sup>56</sup> BASSA MERCADO y VIERA ÁLVAREZ 2017, 191 y ss.

<sup>57</sup> En el caso del INDESPA, definir, por ejemplo, grupos y respecto de cuáles desarrollarán programas o proyectos.

tancia de la economía en la vida cotidiana de las personas, en cuanto a través de ella obtienen desarrollo, siendo necesario reforzar la igualdad en esta materia a fin de evitar los favoritismos del Estado<sup>58</sup>. En el mismo sentido, Guerrero Becar indica que con este derecho se extiende el principio general de igualdad ante la ley al ámbito económico, a fin de evitar que el Estado pueda discriminar de manera ilegal o sin los fundamentos necesarios que expliquen un trato diferenciado. Agrega que este derecho complementa la libertad de empresa, dado que ésta, para su ejercicio, requiere de un mercado en igualdad de condiciones sobre todo respecto del Estado dado el gran poder económico con que éste cuenta<sup>59</sup>.

Así, el Tribunal Constitucional ha entendido que el derecho constitucional consagrado en el artículo 19 N° 22 consiste en una explicitación de la igualdad ante la ley, la que se traduce en una prohibición para el Estado de discriminar arbitrariamente en el trato que éste debe dar en materia económica<sup>60</sup>. En este contexto, la actividad dispensadora de ayudas públicas se encuentra amparada en esta disposición constitucional, en particular en su inciso segundo, el cual habilita al Estado a realizar diferenciaciones, siempre que éstas no revistan el carácter de discriminación arbitraria, a favor o en perjuicio de un sector, actividad o zona geográfica<sup>61</sup>.

Pues bien, considerando lo anterior, la premisa esencial en materia de ayudas públicas es reconocer que éstas implican una diferenciación, por parte del Estado, en materia económica, dado que su despliegue importa seleccionar a un grupo en desmedro de otro, para otorgarle un beneficio. De esta manera, en armonía con la regulación constitucional reseñada, el legislador debe, al momento de normar una ayuda pública específica, contar con un fundamento o justificación racional o razonable<sup>62</sup> que legitime el establecimiento de dicha diferenciación, lo cual supone el establecimiento de grupos respecto de los cuales se reconocen diferencias innatas, asumiendo, luego, la necesidad de facilitar los medios necesarios para que los grupos peor posicionados puedan desarrollar adecuadamente ciertas tareas que se estiman valiosas para el bien común<sup>63</sup>.

Ahora bien, esta prohibición de realizar discriminaciones arbitrarias obliga al Estado y todos sus organismos, de modo que se configura en un mandato que, en primera línea, vincula al legislador, pero que también se pro-

<sup>58</sup> FERMANDOIS VÖHRINGER 2001, 264 y 265.

<sup>59</sup> GUERRERO BECAR 2018, 347 y ss.

<sup>60</sup> Sentencia TC Rol N° 312 (2000). En el mismo sentido, Sentencia TC Rol N° 467 (2006), considerando 55, Sentencia TC Rol N° 1.153 (2008), considerandos 62 y 63.

<sup>61</sup> La jurisprudencia constitucional ha reconocido la actividad de fomento y su amparo en el artículo 19 N° 22, inciso segundo de la Constitución. En este sentido se encuentra la Sentencia TC Rol N° 2.066 (2011), la cual reconoce que el crédito universitario como manifestación del sistema de ayudas públicas, enmarcado en la actividad de fomento que puede desplegar el Estado, de conformidad con lo establecido en la disposición ya aludida (considerando 9).

<sup>62</sup> Sentencia TC Rol N° 312 (2000).

<sup>63</sup> DE LA RIVA 2004, 201.

yecta respecto de las autoridades administrativas, de modo que el INDESPA deberá considerar este principio al momento de realizar el diseño de sus programas y proyectos. De esta manera, el Instituto no podrá establecer diferenciaciones arbitrarias, debiendo existir un fundamento razonable detrás de toda construcción de grupos de beneficiarios destinatarios de proyectos o programas. Así, siguiendo a De la Riva<sup>64</sup>, y a fin de propender al respeto de este principio, es posible formular las siguientes reglas:

a) Las normas reglamentarias que regulen los distintos aspectos de la actividad de fomento en particular deben contener los parámetros precisos sobre la base de los cuales se deberá realizar la selección de los beneficiarios.

b) El acto administrativo que conceda una ayuda debe estar suficientemente motivado, explicitando el razonamiento con arreglo al cual se ha realizado la comparación para decidir la selección.

c) Se deben establecer los mecanismos necesarios para que todos los potenciales beneficiarios puedan acceder a las ayudas. Esto implica una preferencia por la regla del concurso público como mecanismo o técnica de selección de beneficiarios.

#### 4. Intercambiabilidad de las técnicas de intervención

Este principio tiene un grado de incidencia al momento de formulación de la normativa que crea una ayuda pública, dado que, para su cumplimiento, la ley debe evitar definir, a priori, un mecanismo específico de otorgamiento de la ayuda pública, debiendo solo establecer los parámetros generales para la determinación. Consecuencia de esto es que será la Administración otorgante la que deba fijar dichas técnicas en atención al programa y proyecto a financiar.

Lo anterior, por cuanto con este principio se quiere indicar que el resultado perseguido por la ayuda pública puede ser alcanzado mediante distintas fórmulas, intercambiables y no excluyentes entre sí<sup>65</sup>. Así, Martín-Retortillo ejemplifica esta situación señalando que “el fomento de la producción de unos determinados bienes puede alcanzarse, por ejemplo, subvencionando su fabricación, eximiendo a ésta del pago de impuestos, o desgravando la importación de materias primas que a tal fin puedan ser necesarias”<sup>66</sup>.

Relacionado con la formulación anterior se encuentra la afirmación realizada por Jordana de Pozas, para quien la selección de los medios de fomento no es una cuestión jurídica, sino que está ligada a la experiencia y a la psicología colectiva<sup>67</sup>. Con todo, esta afirmación debe tomarse con resguardos, dado que, en materia de fomento pesquero y al amparo de la ley en

<sup>64</sup> DE LA RIVA 2004, 205 y ss.

<sup>65</sup> MARTÍN-RETORTILLO 1991, 442 y ss.

<sup>66</sup> MARTÍN-RETORTILLO 1991, 442.

<sup>67</sup> JORDANA DE POZAS 1949, 50.

cuestión, la selección y regulación del mecanismo de otorgamiento de ayudas públicas debe considerar los principios que en este capítulo se enuncian. En otras palabras, la elección del mecanismo de fomento no es una decisión enteramente discrecional de la Administración.

¿Cómo se manifiesta este principio en la Ley N° 21.069? La respuesta está dada por la inexistencia de un precepto que establezca el mecanismo preciso de asignación de las ayudas públicas. Al efecto, cabe recordar que para el caso del FFPA, antecesor del INDESPA en la materia, el D.S. N° 456, de 1992, del Ministerio de Economía, disponía, en su artículo 16, que la ejecución de los proyectos y programas debe regirse por las disposiciones de la Ley N° 19.886 y su reglamento.

En consecuencia, la respuesta respecto del mecanismo de otorgamiento de la ayuda aún se encuentra pendiente, dado que ella estará determinada por el reglamento que se dicte para la ejecución de la Ley N° 21.069, el cual, tal como en el caso del FFPA, puede disponer sobre la materia. Sin embargo, debe hacerse presente que esta determinación también puede venir establecida anualmente en la respectiva ley de presupuesto, dado que ésta, por la vía de las glosas presupuestarias, puede establecer condiciones para la disposición de recursos públicos<sup>68</sup>.

## 5. Publicidad y transparencia

Los principios de publicidad y transparencia tuvieron una primera consagración positiva en nuestro ordenamiento jurídico con la dictación de la Ley N° 19.653, la cual estableció normas sobre probidad administrativa aplicables a los órganos de la Administración, a través de los cuales se busca una apertura “natural, espontánea y permanente” de ésta frente a la sociedad<sup>69</sup>.

De esta manera, el principio de transparencia quedó formulado en el artículo 13 de la Ley N° 18.575, Orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en términos que, en virtud de este principio, se debe propender el *conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de ella* (función pública).

Una forma de desarrollar este principio de transparencia es a través del principio de publicidad de los actos administrativos y de los documentos que

<sup>68</sup> A modo ejemplar, la ley de presupuesto del sector público del año 2011 –Ley N° 20.481– estableció, para el caso del Fondo de Fomento para la Pesca Artesanal (Subtítulo 33-Ítem 01-Asignación 008-Glosa 04, del presupuesto del SERNAPESCA), que la asignación de los recursos considerados en ese ítem debía asignarse mediante licitación pública. En el contexto de la misma ley, pero tratándose del presupuesto de la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica –CONICYT– se estableció, en el Subtítulo 24-Ítem 03-Asignación 161-Glosa 11, que los recursos considerados para el Fondo de Fomento Ciencia y Tecnología –FONDEF– debían adjudicarse mediante concurso, a personas jurídicas nacionales, sin fines de lucro, que realizaran actividades científicas y tecnológicas.

<sup>69</sup> ROJAS LLANOS 2005, 131.

le sirven de fundamento<sup>70</sup>, tal como queda de manifiesto en la consagración legal contenida en la Ley N° 19.880 en su artículo 16, en el cual, dada la transparencia que rige la actuación administrativa, tanto los actos administrativos como sus fundamentos y documentos en que se contengan y los procedimientos para la expedición de aquellos son públicos salvo excepciones.

En el marco de la ley en estudio, estos principios tienen un expreso reconocimiento, en ámbitos específicos propios de la actividad de fomento. Por una parte, el principio de publicidad se consagra en el artículo 3 inciso final, el cual dispone que *El reglamento establecerá los parámetros de objetividad y publicidad de dichos instrumentos [nuevos programas o reformulaciones de los existentes] o beneficios, con excepción de situaciones de emergencia reguladas por ley*. Enseguida, el principio de transparencia se encuentra recogido en el artículo 5 inciso final en los siguientes términos: *Asimismo deberán contener [las bases de programas o concursos] las normas y criterios que permitan que dicha asignación se realice de manera imparcial, transparente y objetiva*.

De todos los principios que se formulan en este trabajo, los de publicidad y transparencia fueron aquellos que tuvieron discusión durante la tramitación de la ley. Así, en el segundo trámite constitucional en el Senado, al seno de la Comisión de Intereses Marítimos y a consecuencia de dos indicaciones parlamentarias, el Ejecutivo incorporó el texto que en definitiva se transformó en el artículo 3 inciso final ya citado. En este sentido, la referencia a estos principios pretende facilitar el acceso y el conocimiento por parte de los potenciales beneficiarios, de los programas y beneficios del Instituto<sup>71</sup>.

Pues bien, considerando lo anterior, hay ciertas reglas que se pueden esbozar y que debieran ser consideradas para la aplicación de la actividad de fomento amparada en la Ley N° 21.069, en particular en la etapa o momento de la selección:

a) Los actos administrativos que otorguen ayudas públicas junto con sus fundamentos y antecedentes de respaldo deben ser públicos. Dentro de estos se consideran, entre otros, los siguientes: programas, bases de concurso, resoluciones que excluyen de certamen a postulaciones, resoluciones que adjudican un beneficio y actas de evaluación.

<sup>70</sup> *Ídem*.

<sup>71</sup> Boletín N° 9689-21. Historia de la ley disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7495/> (última visita 28 de septiembre de 2018). Al respecto, cabe agregar que otro de los temas discutidos fue la remisión al reglamento de los *parámetros de publicidad*, sosteniéndose por algunos senadores que ello debilitaba la garantía de los potenciales beneficiarios, debiendo, en consecuencia, fijarse dichos estándares en la propia ley. Prevalció sobre el punto la postura del Ejecutivo, bajo el argumento que la transparencia que rige respecto de la actuación de la Administración es un mandato incluso de carácter constitucional, de modo que, en el caso en estudio, se trataría de la consagración de un derecho que tiene cualquier persona que postula a un programa estatal.

b) Los fines u objetivos perseguidos por un determinado programa o concurso, así como los requisitos que debe cumplir el postulante deben ser transparentados y enunciados con precisión en los actos administrativos que los formalizan<sup>72</sup>.

c) Los criterios y mecanismos de evaluación de las postulaciones a los respectivos concursos deben ser enunciados de manera clara y precisa, así como su respectiva ponderación, de manera de reducir los niveles de discrecionalidad y eventual arbitrariedad en la selección.

## 6. Objetividad e imparcialidad

En términos generales, estos principios tienen una consagración de manera conjunta en el artículo 11 de la Ley N° 19.880, en la cual se considera la objetividad como un atributo de la imparcialidad, agregando el legislador el deber de respeto de la probidad como un respaldo de aquella<sup>73</sup>. Por su parte, en la Ley N° 21.069 el principio de objetividad está reconocido en el ya referido artículo 3 inciso final, mientras que el de imparcialidad se encuentra en el artículo 5 inciso final.

Respecto de estos principios y su vigencia al amparo de la ley en estudio, resulta interesante la vinculación con el principio de probidad que rige el ejercicio de la función pública dada la participación a nivel de consejos consultivos regionales de representantes de los pescadores artesanales en la formulación de programas a nivel local<sup>74</sup>. En este sentido, la Contraloría ya se ha pronunciado sobre la aplicación del principio de probidad a personas que, a pesar de no tener la calidad de funcionarios públicos, ejercen una función pública, como sería en el caso de los pescadores artesanales que formen parte de los consejos consultivos regionales<sup>75</sup>.

A la luz de lo anterior, es posible formular algunas reglas particulares de aplicación de estos principios, aplicables especialmente, como en el caso anterior, en la etapa de selección:

<sup>72</sup> Sostiene la Contraloría al respecto: "...en lo sucesivo, el SENAME deberá explicitar con mayor claridad los requisitos de postulación que establece en sus pliegos de condiciones, a fin de evitar posibles dudas de interpretación en relación con el trato igualitario que le exige la normativa legal y reglamentaria citadas" (Dictamen N° 28.081 (2016)).

<sup>73</sup> BERMÚDEZ SOTO 2014, 187.

<sup>74</sup> La Ley N° 21.069 crea, en su artículo 9, la figura de los consejos consultivos regionales, los cuales tienen una composición público-privada, ya que forman parte de éstos 7 representantes del sector pesquero artesanal. Estos consejos tienen una función consultiva, dado que a ellos corresponde entregar propuestas e información al Consejo Directivo del INDESPA para la formulación de programas locales.

<sup>75</sup> Dictamen N° 68.302 (2016), el cual se pronuncia sobre los miembros pescadores artesanales del Consejo de Fomento de la Pesca Artesanal, entidad reemplazada por el INDESPA. Al efecto, la Contraloría entiende que estos consejeros no se encuentran impedidos de postular y adjudicarse proyectos, sin embargo, deben abstenerse de intervenir en situaciones en las que se configure un conflicto de interés que pueda alterar la imparcialidad, todo ello como manifestación del principio de probidad administrativa.

a) Se debe establecer en las bases de concurso criterios objetivos de selección de beneficiarios de modo de reducir el campo de la discrecionalidad. Esta regla implica que en la evaluación de las postulaciones se debe considerar información pública, sea de la propia institución o de otras entidades públicas. Asimismo, se debe individualizar, a priori, los medios de corroboración de la información que se considerará para la evaluación.

b) Los criterios de evaluación no deben contener elementos que atenten contra la igualdad de trato que se debe dispensarse a los postulantes. Para estos efectos, la asignación de puntaje debe estar establecida, preferencialmente, en función de rangos preestablecidos y no de manera comparativa entre competidores, de manera de establecer criterios de previsibilidad a los postulantes<sup>76</sup>.

c) Las bases de concurso deben establecer criterios de desempate objetivos, que no consideren elementos arbitrarios o que impliquen una discriminación arbitraria.

## 7. Eficacia

El principio de eficacia, así como el de control que se tratará más adelante, tienen una íntima relación con la definición de las ayudas públicas y con el principio general de afectación.

En este contexto, el principio de eficacia demanda de la Administración otorgante adecuar su actuación a fin de que el beneficiario cumpla con los objetivos, finalidad o actividad a la cual se encuentra afectada el beneficio. En el mismo sentido, en virtud de este principio, el particular ve condicionado su comportamiento al logro del fin previsto<sup>77</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, no se debe confundir eficacia con control, dado que, de lo que aquí se trata es del logro de los fines u objetivos de interés general<sup>78</sup>, mientras que control corresponde a la herramienta para verificar el cumplimiento del fin y, eventualmente, imponer un castigo respecto de quien haya incurrido en incumplimiento.

Así, el principio de eficacia pretende resguardar la realización del interés general, concretizado en objetivos puntuales que faciliten la evaluación de la actuación de la Administración otorgante de la ayuda pública<sup>79</sup>. En este punto, la doctrina ha señalado que el problema que representa este principio radica en la falta de indicadores idóneos de medición de eficacia,

<sup>76</sup> Al respecto, resulta interesante el planteamiento que la Contraloría ha emitido en materia de contratación pública –el cual podría utilizarse en la materia en estudio– al pronunciarse sobre el criterio de evaluación “experiencia”. Al respecto se ha dictaminado que “la fórmula de asignación de puntaje para este rubro, en función del proponente que presenta mayor experiencia, importa un establecimiento de una diferencia arbitraria en desmedro de los restantes oferentes, cuyos puntajes en esta materia quedarán determinados por un elemento ajeno a su propia experiencia” Dictamen N° 65.449 (2015).

<sup>77</sup> MARTÍN-RETORTILLO 1991, 443.

<sup>78</sup> DE LA RIVA 2004, 214.

<sup>79</sup> *Ibidem*, 212.

dado que ésta no puede reducirse a indicadores meramente económicos sino que se debe incorporar los costes sociales, generalmente no susceptibles de cuantificar<sup>80</sup>. De esta manera, se concluye que la aplicación del principio de eficacia se da en aquellos ámbitos en donde el actuar de la Administración goza de mayor discrecionalidad, esto es, allí donde ésta puede elegir entre distintas opciones<sup>81</sup>.

El principio de eficacia, tal como aquí se ha reseñado, no tiene un reconocimiento expreso en la Ley N° 21.069, sin perjuicio de encontrar manifestaciones de éste, tal como sucede en el artículo 12 inciso segundo el cual dispone que “En el caso que el INDESPA entregue cofinanciamiento para un determinado proyecto, éste sólo podrá otorgarse si considera como requisito previo el otorgamiento y ejecución de asesoría técnica o capacitación a los beneficiarios cuando la calificación de los mismos lo requiera”. Este precepto debe entenderse como un mandato para el Instituto de resguardar el efectivo cumplimiento del fin perseguido mediante la inversión pública<sup>82</sup> mediante el otorgamiento previo de asesoría y capacitación cuando ello fuere necesario, lo cual tiene especial relevancia cuando la ayuda está orientada a la entrega de bienes para el desarrollo de la actividad pesquera artesanal dado que en muchos casos se requerirá de un entrenamiento previo del beneficiario a fin de que éste tenga el conocimiento necesario para la utilización de estos recursos.

En este contexto, considerando lo expuesto respecto del principio de eficacia, cabe esbozar algunas reglas de aplicación:

a) La calificación del beneficiario, en el marco de los concursos para acceder a la ayuda de que se trate, sea realizada por comités de expertos y técnicos que verifiquen el cumplimiento de los requisitos establecidos<sup>83</sup>. Lo anterior, a objeto que los beneficiarios seleccionados sean aquellos más idóneos para el cumplimiento del fin perseguido por la Administración otorgante.

b) Los programas deben establecer los indicadores que permitan evaluar los resultados de las ayudas entregadas, los cuales deben tener relación con el fin perseguido por la Administración.

c) Se deben ejecutar acciones de evaluación ex post de los distintos programas o proyectos que confieren beneficios.

<sup>80</sup> *Ibidem*, 213.

<sup>81</sup> *Ídem*.

<sup>82</sup> Al respecto, la Contraloría General de la República ha fiscalizado la eficacia del gasto público en materia de ayudas al sector pesquero artesanal, la cual ha sido entendida en términos de uso o funcionamiento de los bienes e infraestructura entregados. Sobre el punto pueden consultarse el Informe Final de auditoría N° 449/2017 y el Informe de Investigación Especial N° 732/2015, disponibles en el portal [www.contraloria.cl](http://www.contraloria.cl), en los cuales se observa el incumplimiento de este principio dado el no uso de bienes por parte de los beneficiarios o la falta de funcionamiento de infraestructura de apoyo a las labores pesqueras artesanales.

<sup>83</sup> VERGARA BLANCO 2018, 57.

## 8. Control

Respecto del principio de control, De la Riva distingue entre el control de la actividad administrativa dispensadora de ayudas públicas y el control del cumplimiento regular de la actividad a la que está afectada la ayuda pública<sup>84</sup>. El primero de ellos corresponde a aquel que se ejerce respecto de la Administración otorgante, cuestión que no será objeto de este trabajo.

El enfoque, en consecuencia, está orientado al control de la afectación como principio rector de las ayudas públicas, el cual es efectuado por la propia entidad otorgante. Lo anterior dado que, en este aspecto, la afectación constituye el título habilitante para que la Administración adopte las medidas de control destinadas a vigilar el correcto destino y aplicación de los beneficios por parte de sus destinatarios. Cabe destacar, además, que este control administrativo también encuentra un fundamento en la jurisprudencia constitucional, la cual ha reconocido al legislador la facultad de establecer condiciones o requisitos frente al otorgamiento de ayudas, cuestión que sería estéril si la Administración encargada de ejecutar el beneficio no pudiera controlar su aplicación.

Pues bien, reconocida la facultad de control con que cuenta la Administración que concede un beneficio, el corolario necesario es determinar las consecuencias que se siguen de dicho control, en particular frente a las situaciones de incumplimiento. En este punto, a la luz de la ley cabe hacer una distinción entre aquella potestad sancionadora que la ley atribuye al Instituto y aquellas otras medidas desfavorables que éste pueda adoptar frente a situaciones que importen un incumplimiento del fin público perseguido.

En efecto, el artículo 13 incisos tercero y cuarto de la ley, establece una potestad sancionatoria<sup>85</sup> específica de INDESPA. Así, se considera una infracción, cual es, el incumplimiento de obligaciones adquiridas con el SERNAPESCA u otras instituciones públicas a través de las cuales se gestionen proyectos dirigidos a los beneficiarios del Instituto. Luego, se contempla la sanción: la inhabilitación para solicitar nuevos beneficios por hasta dos años.

La forma de proceder de la ley en este aspecto es criticable. Por una parte, la descripción de la infracción es de un contenido indeterminado, dado que remite a las obligaciones con cualquier institución pública de fomento pesquero artesanal. Además, de la redacción parece incluirse el incumplimiento de obligaciones con otros servicios, pero no con INDESPA, de modo que el Instituto no podría inhabilitar a potenciales beneficiarios cuando estos incumplan obligaciones impuestas por éste, las cuales claramente pueden estar vinculadas al cumplimiento del fin público.

<sup>84</sup> DE LA RIVA 2004, 231-251.

<sup>85</sup> Se debe distinguir aquello que es sanción administrativa respecto de otras medidas administrativas desfavorables. En este punto, siguiendo el trabajo de CORDERO QUINZACARA, son sanciones administrativas aquellas en las cuales: i) existe una conducta ilícita o infracción; y, ii) la sanción administrativa tiene una finalidad represiva. CORDERO QUINZACARA 2013, 84.

Frente a este panorama, cabe entonces cuestionarse sobre las alternativas que le quedan al Instituto. Si se recurre a las normas generales del derecho público, se debe desechar, desde ya, la posibilidad de la revocación del beneficio, dado que proceder de dicha manera vulneraría los límites de dicha potestad establecidos en el artículo 61 de la Ley N° 19.880. Enseguida, la posibilidad de invalidar supone que el incumplimiento del beneficiario implique necesariamente un vicio de legalidad del acto que concedió la ayuda. Sin embargo, frente a situaciones en las cuales no exista un vicio de tal entidad, por ejemplo, cuando se incumplan requisitos o condiciones de uso de los bienes entregados, establecidas en las propias bases de programa o concurso, cabe la duda de la medida que INDESPA pueda adoptar.

Ante la situación descrita, se debe reafirmar la potestad del Instituto de controlar el cumplimiento del fin público perseguido, y en caso de advertir incumplimientos a éste, disponer las medidas correctivas que procedan. En este caso, no nos encontraremos frente a una manifestación de potestad sancionatoria, sino que, frente a actos administrativos de contenido desfavorable, que no pretenden reprimir, sino solamente recuperar la inversión pública aplicada a una finalidad distinta.

La solución sobre este punto viene dada por la caducidad, modo de extinción anormal del acto administrativo que opera en razón del incumplimiento por parte del interesado de las obligaciones que este acto le impone<sup>86</sup>. Esta salida se aviene con el concepto estructural de las ayudas públicas que se ha seguido en este trabajo, el cual supone el nacimiento de una relación entre el sujeto activo –Administración otorgante– y el sujeto pasivo –beneficiario– por la cual aquella se obliga a entregar un beneficio a cambio de que éste sea destinado al fin público establecido. Pues bien, en este sentido, la caducidad, en términos generales, es una forma de extinción de actos favorables, “que amplían el patrimonio del destinatario, pero que a su vez, imponen una carga jurídica que condiciona el ejercicio de la situación jurídica favorable y sus efectos”<sup>87</sup>.

Luego, habiéndose dispuesto la caducidad, el Instituto deberá disponer de los mecanismos necesarios para obtener la restitución de los recursos mal aplicados. En el caso español, tiene competencias en la materia el Tribunal de Cuentas, dado que el artículo 4.2 de la ley orgánica 2/1982 dispone que a éste “corresponde la fiscalización de las subvenciones, créditos, avales u otras ayudas del sector público percibidas por personas físicas o jurídicas”, lo cual, al decir de Martín Retortillo, se funda en que la transferencia de recursos públicos “publica” la actividad, siendo procedente el control del tribunal<sup>88</sup>.

En nuestro país, al amparo de la Contraloría General de la República existe el Juzgado de Cuentas y el Tribunal de Cuentas –primera y segunda

<sup>86</sup> FLORES RIVAS 2017, 226.

<sup>87</sup> FLORES RIVAS 2011, 226.

<sup>88</sup> MARTÍN RETORTILLO 1991, 446.

instancia respectivamente— sin embargo, su ámbito de acción abarca solamente a cuentadantes que sean funcionarios públicos<sup>89</sup>, de manera que la persecución por parte del INDESPA de aquellos beneficiarios que hubieren aplicado malamente el beneficio no podría ser llevada ante esta instancia jurisdiccional. De esta manera, la opción que tiene el Instituto es el ejercicio de las acciones judiciales ante los tribunales ordinarios que sean competentes. Para estos efectos, en cuanto servicio público descentralizado, cuenta con personalidad jurídica propia, correspondiéndole al Director Ejecutivo la representación judicial de la entidad (artículo 8, letra m) de la ley).

Finalmente, en lo que respecta al control de la actividad de fomento en general, cabe señalar aquí que también existe una protección penal de ésta. Así, el artículo 470, N° 8, del Código Penal tipifica el delito de obtención fraudulenta de prestaciones estatales. Asimismo, fuera del cuerpo normativo citado, existen supuestos especiales de fraudes de subvenciones, los cuales castigan la presentación de datos falsos para la obtención de éstas o el ocultamiento de información, sin considerar la afectación del patrimonio fiscal para entenderlos consumados<sup>90</sup>. Respecto de estos delitos se ha suscitado una interesante discusión en torno al bien jurídico protegido<sup>91</sup>, sosteniéndose por algunos que estas figuras típicas protegen el patrimonio estatal, en su vertiente de gasto, mientras que otros autores afirman que la protección apunta al fin del programa subvencional, esto es, el “interés en la aplicación adecuada de las partidas presupuestarias que se afectan a los fines que inspiran los programas de ayudas instauradas por las Administraciones competentes”<sup>92</sup>, con lo cual se busca que el dinero público puesto en manos de particulares sea entregado a quienes cumplen las condiciones, así como que sea empleado en la obtención de los fines para los que fue otorgado<sup>93</sup>.

## Conclusiones

El concepto de la actividad de fomento no es indiferente al momento de emprender el estudio de una de sus manifestaciones específicas, como es el caso del presente trabajo, dado que constituye una premisa básica a través de la cual ésta se analiza, siendo posible extraer importantes consecuencias. Así, en esta oportunidad se ha dejado de lado el concepto tradicional aportado por la doctrina en la primera mitad del siglo XX, para adoptar uno de carácter estructural, que atiende a los distintos elementos que componen la figura del fomento que, por dicha razón, prefiere denominarse *ayudas públicas*.

<sup>89</sup> Si bien el artículo 85 de la Ley N° 10.336, de Organización y atribuciones de la Contraloría General de la República, establece que todo funcionario, persona o entidad que reciba, custodie, administre o pague fondos públicos debe rendir cuenta a la Contraloría, en caso de generarse un reparo o irregularidad, el órgano jurisdiccional competente para obtener el reintegro de los recursos es distinto según sea el cuentadante funcionario público o un particular.

<sup>90</sup> MAYER LUX 2009, 285.

<sup>91</sup> Para el detalle y conclusiones del tema se puede consultar *Ibidem*, 290 y ss.

<sup>92</sup> ASÚA BATARRITA, *El delito de fraude de subvenciones*, citada por MAYER LUX 2009, 292.

<sup>93</sup> MAYER LUX 2009, 292.

Pues bien, considerando lo anterior, del desarrollo del presente trabajo es posible arribar a las siguientes conclusiones:

En primer lugar, la actividad de fomento de la Administración supone la existencia de una relación jurídico-pública, por la cual quien se ve beneficiado por ella asume obligaciones, lo que es manifestación de la afectación de la ayuda pública al fin público perseguido con su otorgamiento. En consecuencia, este fin público se constituye en el origen de la ayuda, pero también en el título habilitante que dota a la Administración de los poderes de ordenación y control a fin de verificar su correcto cumplimiento.

En segundo lugar, esta actividad propia de la Administración no es de carácter discrecional, sino que, por el contrario, se encuentra gobernada por diversos principios jurídicos que se proyectan en las diversas etapas del *iter* de fomento, siendo, en consecuencia, vinculantes tanto para el legislador al momento de crear instrumentos de ayuda pública, así como para la entidad que debe otorgar los beneficios.

Finalmente, uno de los principios fundamentales de la actividad dispensadora de ayudas es el de la afectación del beneficio al fin público. La necesidad de verificación de dicha afectación obliga a reconocer otros principios, instrumentales a dicha afectación, destacando el control, en su vertiente de corroboración, por parte de la Administración, de la correcta aplicación del beneficio concedido.

### Bibliografía citada

- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2004). *Principios de Derecho Público Económico*. Lima. ARA Editores, 1.069 pp.
- BASSA MERCADO Jaime y VIERA ÁLVAREZ Christian (2017). *Elementos de teoría e interpretación constitucional para el proceso constituyente*. Santiago: Thomson Reuters, 229 pp.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014). *Derecho Administrativo General*. Santiago: Thomson Reuters, 794 pp.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2013). Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Vol. 20, N° 1, pp. 79-103.
- DE LA RIVA, Ignacio (2004). *Ayudas Públicas*. Buenos Aires: Hammurabi, 655 pp.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2001). *Derecho Constitucional Económico*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 333 pp.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2011). Concepto y naturaleza de la subvención en el Derecho chileno. El caso de la concesión de obra pública. *RDPUCV*, N° 37, pp. 329-367.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2017). La caducidad de los actos administrativos. *Revista de Derecho*. Valdivia, Vol. 30, N° 2, pp. 225-249.
- GARCÍA MACHMAR, William (2012). Clasificación de los procedimientos para otorgar subvenciones. *Revista de Derecho Administrativo* N° 7, pp. 131-152.
- GARCÍA MACHMAR, William (2012). La subvención administrativa: concepto y régimen jurídico. *Revista de Derecho*, Escuela de Postgrado, Universidad de Chile, N° 2, pp. 61-92.
- GUERRERO BECAR, José Luis (2018). *La Constitución Económica Chilena*. Santiago: DER Ediciones, 566 pp.
- JORDANA DE POZAS, Luis (1949). Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos* N° 48, pp. 41-54.

- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (1988). *Derecho Administrativo Económico*. Madrid: Ed. La Ley, reimpresión de 1991, 504 pp.
- MAYER LUX, Laura (2009). Obtención fraudulenta de prestaciones estatales. *RDPUCV*, N° 32, pp. 283-325.
- OECD (2017). Support to fisheries: Levels and impacts. OECD Food, Agriculture and Fisheries Papers. Disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/00287855-en> [fecha de consulta: 6 septiembre 2018].
- PARADA, Ramón (1995). *Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons, T I, 795 pp.
- ROJAS LLANOS, Noemí (2005). Transparencia y función pública. *Revista Española de Control Externo* N° 20, pp. 119-144.
- SCHRANK, William E. (2004). Introducción a las subvenciones pesqueras. Documento Técnico de Pesca 437, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. Disponible en <http://www.fao.org/tempref/docrep/fao/006/y4647s/y4647s01.pdf> [fecha de consulta: 8 de octubre de 2019].
- SOTO VELASCO, Sebastián (2009). Subsidios, permisos y condiciones: la doctrina de las condiciones inconstitucionales en Estados Unidos y su aplicación en Chile. *Revista Chilena de Derecho* Vol. 36, N° 1, pp. 115-141.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2018). *Derecho Administrativo Económico*. Santiago: Thomson Reuters, 595 pp.

## Normativa citada

- Código Penal de Chile.
- Constitución Política de la República.
- Decreto Supremo N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que aprueba Reglamento de la Ley N° 19.886, de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Diario Oficial, 24 septiembre 2004.
- Decreto Supremo N° 456, de 1992, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que aprueba el Reglamento del Fondo de Fomento para la Pesca Artesanal. Diario Oficial, 3 de septiembre de 1992.
- Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Diario Oficial, 29 de noviembre de 1986.
- Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Diario Oficial, 16 de noviembre de 2007.
- Ley N° 19.079, que Introduce modificaciones a la ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura. Diario Oficial, 6 de septiembre de 1991.
- Ley N° 19.653, sobre Probidad administrativa aplicable a los órganos de la Administración del Estado. Diario Oficial, 14 de diciembre de 1999.
- Ley N° 19.849, que Prorroga la vigencia de la ley N° 19.713, establece un nuevo nivel de patente pesquera industrial e introduce modificaciones a la Ley General de Pesca. Diario Oficial, 26 de diciembre de 2002.
- Ley N° 19.880, que Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. Diario Oficial, 29 de mayo de 2003.
- Ley N° 19.886, de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Diario Oficial, 30 de julio de 2003.
- Ley N° 21.069, que Crea el Instituto Nacional de Desarrollo Sustentable de la Pesca Artesanal y de la Acuicultura de Pequeña Escala, INDESPA. Diario Oficial, 15 de febrero de 2018.
- Ley orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas, de 12 de mayo de 1982.

## Jurisprudencia citada

- Sentencia TC Rol N° 312 (2000): Tribunal Constitucional, 3 de octubre de 2000.
- Sentencia TC Rol N° 467 (2006): Tribunal Constitucional, 14 de noviembre de 2006.

Sentencia TC Rol N° 1.153 (2008): Tribunal Constitucional, 30 de septiembre de 2008.  
Sentencia TC Rol N° 1.295 (2008): Tribunal Constitucional, 6 de octubre de 2009.  
Sentencia TC Rol N° 2.066 (2011): Tribunal Constitucional, 5 de junio de 2012.  
Dictamen N° 65.449 (2015): Contraloría General de la República, 17 de agosto de 2015.  
Dictamen N° 28.081 (2016): Contraloría General de la República, 14 de abril de 2016.  
Dictamen N° 68.302 (2016): Contraloría General de la República, 16 de septiembre de 2016.  
Dictamen N° 11.781 (2018): Contraloría General de la República, 9 de mayo de 2018.

# Los recursos naturales en la Constitución Nacional argentina: La cuestión del dominio originario

## Natural Resources in the Argentine national Constitution: The original domain question

Estela B. Sacristán\*

Después de la reforma constitucional de 1994, la Constitución nacional argentina incluyó a los recursos naturales, y consagró la regla de que el dominio originario de los recursos naturales, ubicados dentro de una provincia, corresponden a ésta. Sin embargo, 25 años después de esa reforma constitucional, y ante distintas voces académicas escuchadas, podemos indagar en qué se quiso significar en el texto constitucional mediante esa modificación. En ese marco, en el presente se indaga, en especial en el marco de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina y las actas de los debates de la Convención Constituyente de 1994, en la posibilidad de equiparar el dominio originario de las provincias con la figura del dominio eminente.

**Palabras clave:** recursos naturales, dominio originario, dominio eminente.

After the 1994 constitutional amendment, the Argentine Constitution included the natural resources, and set forth the rule by which the original domain, of the natural resources located within a province, corresponds to the province. Nevertheless, 25 years after that constitutional amendment, and after hearing various academic voices, we can inquire into what was meant by that amendment. Within this framework, the possibility of equating it to that of eminent domain is analysed, especially on the bases of the Argentine Supreme Court of Justice case law and the minutes of the deliberation held within the 1994 Constituent Convention.

**Keywords:** natural resources, original domain, eminent domain.

RESUMEN / ABSTRACT

\* Abogada (UMSA, 1992), especialista en Derecho Administrativo-Económico (UCA, 1998). Doctora en Derecho (UBA, 2006). Directora ejecutiva de las Diplomaturas en Derecho Constitucional Profundizado y Especializado y Codirectora de la Diplomatura en Ambiente, Energía, Minería e Hidrocarburos (Universidad Austral). Profesora de Derecho Administrativo (Universidad Católica Argentina). Dirección Postal: Av. Callao 1243, 2°, Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: es@bgcv.com.ar

Recibido el 16 de octubre de 2019 y aceptado el 4 de diciembre de 2019.

## Introducción

En 2019, se conmemoran en Argentina los 25 años de la reforma constitucional de 1994. Dicha reforma continúa siendo, después de tantos años, un filón de interrogantes, de interpretaciones, y algunos puntos a develar todavía subsisten. Uno de los aspectos que redundó en la alimentación de la categoría denominada “derechos de tercera generación” se halla en la regulación de los recursos naturales y ello bien justifica estas líneas. Es que, desde la perspectiva de la cadena de valor, dichos recursos se hallan en el inicio de todos los procesos económicos; su trascendencia económica, sin duda, es innegable. Pero más importantes aun –entendemos– lo son en el plano de la hermenéutica constitucional, en esa labor de permanente interpretación que interactúa con la doctrina.

En la Constitución Nacional argentina a la cual nos referiremos, en lo general, los recursos naturales aparecen previstos, después de esa enmienda constitucional, en tres ocasiones: en el art. 41, segundo párrafo, al establecerse que las autoridades “proveerán (...) a la utilización racional de los recursos naturales”; en el art. 75, inc. 17, segundo párrafo, al consagrarse la atribución del Congreso de “asegurar” la “participación” de los pueblos indígenas argentinos “en la gestión referida a sus recursos naturales”; y en el art. 124, segundo párrafo, al prescribirse que “corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”. En otras palabras, desde la reforma constitucional de 1994, los recursos naturales se hallan dentro de las preocupaciones de las autoridades (cualquiera sea la rama del poder en que se hallen alojadas), las cuales –dado el carácter obligatorio del ejercicio de la competencia– deben proveer o facilitar lo necesario o conveniente para su utilización o empleo conforme a la razón, es decir, con orden y método o con justicia o rectitud. Además, desde dicha reforma constitucional, la rama legislativa nacional tiene el deber –dado aquel carácter obligatorio ya aludido– de asegurar que los pueblos indígenas argentinos participen en la gestión o manejo referido a sus recursos naturales. Más importante aun, desde la citada reforma constitucional, las provincias ven consagrado, en la Norma Fundamental, una específica clase de dominio denominado “dominio originario”, extremo que impide que una norma infraconstitucional se lo sustraiga.

A los fines de alcanzar una terminología “segura” sobre la cual trabajar<sup>1</sup>, y dado que conocemos una experiencia constitucional argentina pasada, por la cual se adjudicó a la Nación la propiedad de los recursos naturales, podemos adentrarnos en la cuestión de la opción ejercida por el Constituyente de 1994 al adoptar la expresión “dominio originario” sobre los recursos naturales en ocasión de adjudicarle dicho dominio a las provincias en tanto aquéllos se hallen dentro de su territorio. Ello, en especial, atento a que la calificación de “dominio originario” hace, liminarmente, a las relaciones entre

---

<sup>1</sup> VERGARA 1990, 135.

las Provincias y el Estado Nacional (típicas relaciones de Derecho Público)<sup>2</sup>, en un escenario en el que los alcances de aquél podrían ser materia de debate y al momento no ha habido una decisión de la Corte Suprema que brinde contenido a la expresión.

Así las cosas, la pregunta que naturalmente surge al encarar la cláusula de dominio originario provincial es la de qué puede entenderse por “dominio originario” y si el mismo puede ser equiparado a otra figura jurídica con la que estamos familiarizados desde antaño: la de “dominio eminente”. A ello se dedican estas líneas.

### I. Qué puede entenderse por “dominio originario”

El interrogante planteado involucra adentrarnos en qué se entiende por dominio originario en el segundo párrafo del art. 124, Const. Nac., párrafo que integra ese conjunto de medidas favorables al reconocimiento de poderes provinciales, medidas adoptadas por el Constituyente de 1994 generando un cúmulo que se integra con otras cláusulas –federalizantes también– fruto de la Reforma Constitucional de 1994<sup>3</sup>.

El segundo párrafo citado, en tanto establece que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales ubicados en su territorio, devino una muy celebrada “reivindicación federal de los estados locales”<sup>4</sup>. Mas cierto es que, entre 1994 y 2019, no parece haberse suscitado un caso que instara a la Corte Suprema a precisar qué se entiende por “dominio originario” en ese segundo párrafo, o cuáles son sus alcances o contenido<sup>5</sup>. Es por ello que bien podemos indagar en su significado.

<sup>2</sup> Por ende, lo relativo a los alcances semánticos de la expresión “dominio originario”, en la Constitución argentina, no involucrará, *prima facie*, cuestiones de límites a la intervención del Estado frente a los particulares (como podría ser el caso en el contexto constitucional chileno, agudamente estudiado por VERGARA 1992, 207 y ss.), sino lo relativo a los alcances de las competencias o potestades de la Nación frente a las competencias o potestades de las provincias. Aclaremos *prima facie* pues, ulteriormente, ese dominio originario, de cada provincia, va a ser esgrimido ante los particulares. Pero, metodológicamente, se impone estudiar sus alcances en las relaciones nación-provincias, y sólo ulteriormente –tal vez en una futura publicación– sería conveniente estudiar los efectos del dominio originario, de cada provincia, en sus relaciones con los particulares.

<sup>3</sup> Se incluyen las modificaciones al régimen financiero del art. 75, inc. 2º, Const. Nac.; la consagración de los poderes compartidos en los establecimientos de utilidad nacional del art. 75, inc. 30, Const. Nac.; la fijación del órgano competente para disponer la intervención federal a una provincia o a la Ciudad de Buenos Aires del art. 75, inc. 31, Const. Nac.; el rol provincial en el aseguramiento de la autonomía municipal del art. 123, Const. Nac.; las competencias provinciales para crear regiones, celebrar ciertos tratados parciales y ciertos tratados internacionales de los arts. 124 y 125, Const. Nac.; la cláusula del progreso provincial del art. 125, 2º párr., Const. Nac.; la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires –con abandono de la tesis de la autarquía– del art. 129, Const. Nac.; entre otras.

<sup>4</sup> La ilustrativa frase es de GELLI 2018, 733.

<sup>5</sup> En C.S.J.N., “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos: 342: 917 (2019), la Provincia de San Juan alegaba que el dictado de la Ley 26.639, de Glaciares, violaba su dominio originario sobre los recursos naturales

## 1. Dominio no implica jurisdicción

Como aclaración previa, tengamos presente, a todo evento, que resulta claro, a partir del texto constitucional, que el Constituyente colocó el “dominio” (originario) de los recursos naturales ubicados en el territorio de cada provincia, en cabeza de cada provincia. Ello excluye, claramente, a la “jurisdicción”, que permanece en cabeza de la Nación.

Tengamos presente, en este sentido, dos extremos: Primero, ya la antigua obra de Grocio<sup>6</sup> enseñaba que dominio no es jurisdicción. Segundo, la Corte Suprema argentina adoptó idéntico temperamento al sostener, en *Marconetti*, que: “dominio y jurisdicción no son conceptos equivalentes ni correlativos, pues bien pueden existir uno sin la otra o vice-versa”<sup>7</sup>. Asimismo, en los fallos *Franck*<sup>8</sup>, de 1969, y *Provincia de Buenos Aires*<sup>9</sup>, de 1977, citados por Bianchi<sup>10</sup> se establece la regla de que dominio no necesariamente conlleva jurisdicción. La doctrina también enseña que dominio y jurisdicción pueden ser de diferentes titulares<sup>11</sup>.

---

que se encuentran en su territorio pues la citada L. 26639 configuraban un exceso en el ejercicio de las competencias federales de regulación de los presupuestos mínimos de protección del ambiente. Recordemos que el art. 6° de dicha ley, por ejemplo, establece actividades prohibidas en los glaciares, lo cual era mucho más que fijar un presupuesto mínimo. Pues bien, la Corte Suprema, en el marco de la acción declarativa de inconstitucionalidad incoada, por mayoría, y en punto al agravio reseñado, entendió que no había “acto en ciernes” de la autoridad de aplicación de la ley (cons. 13).

De otra parte, en C.S.J.N., “Recurso Queja N° 1. Telefónica Móviles Argentina S.A. Telefónica Argentina S.A. c/ Municipalidad de Gral Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos: 342: 1061 (2019), el voto del Dr. Lorenzetti (cons. 13) aludió a la “propiedad” de las provincias sobre sus recursos naturales, eludiendo caracterizarlo como “dominio” y alejando, a la respectiva relación, de la noción de “dominio originario” –e, hipotéticamente, de la de “dominio eminente”– para otorgarle un tinte civilista: “En materia ambiental, existe un claro reconocimiento del federalismo, de la propiedad de las provincias sobre los recursos naturales, pero es necesario el reconocimiento de presupuestos mínimos (...)”.

<sup>6</sup> GROTIUS 2004, 129-130: “Pero, como comencé a decir, nuestra controversia es sobre la propiedad del mar y la prohibición de pesca. Ahora, la cuestión de la jurisdicción es extraña a esto” (traducción propia).

Compárese la experiencia que narra Huapaya Tapia respecto a la jurisprudencia en Perú, Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0048-2004-PI/TC. Fundamento jurídico 29, en la cual se considerara que “[e]l dominio estatal sobre dichos recursos es eminente, es decir, el cuerpo político tiene la capacidad jurisdiccional para legislar, administrar y resolver las controversias que se susciten en torno a su mejor aprovechamiento”; conf. HUAPAYA 2014, 330.

<sup>7</sup> C.S.J.N., “Marconetti, Boglione y Cía. c/ Municipalidad de Santa Fe s/ juicio contencioso administrativo”, Fallos: 154: 312 (1929), esp. 317, cit. en NONNA 2017, 48.

<sup>8</sup> C.S.J.N., “Franck, Roberto Ángel c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 257: 357 (1969).

<sup>9</sup> C.S.J.N., “Provincia de Buenos Aires c/ Nación Argentina”, Fallos: 297: 236 (1977).

<sup>10</sup> BIANCHI 1990, 215.

<sup>11</sup> BADENI 2010, 560: “El dominio conlleva jurisdicción, aunque no necesariamente exista unidad en sus titulares”; *Ibidem*, 561: “El reconocimiento del dominio originario, reiteramos, no siempre queda equiparado con la potestad jurisdiccional”. En igual sentido, DE SIMONE 2007, 75, también en *El Dial.com*, DC1D68: “Hemos adelantado que la reforma constitucional de 1994 reconoció a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio. Sin embargo, hemos tenido oportunidad de señalar que este reconocimiento no implica sustraer a estos bienes de la jurisdicción exclusiva del Congreso Nacional”.

A su vez, ese dominio provincial permite, como puntualiza Gelli, que la provincia pueda establecer tributos sobre todas las cosas que forman parte de su riqueza general<sup>12</sup>. Ello, ciertamente, con las limitaciones fundadas en razones constitucionales o de nuda racionalidad<sup>13</sup>.

## 2. Acerca de dominio y propiedad

Respecto de si "dominio" (originario), en el segundo párrafo del art. 124, Const. Nac., significa lo mismo que "propiedad", la sistematización de opiniones doctrinarias al respecto ya ha sido objeto de cuidadoso y paciente análisis<sup>14</sup> en la literatura jurídica argentina, con lo cual al mismo cabe remitir a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

## 3. Los antecedentes jurisprudenciales relevantes anteriores a la reforma constitucional de 1994

Resulta de elevado interés la opción por la expresión "dominio originario", adoptada por el Constituyente, a la luz de la jurisprudencia existente hacia

<sup>12</sup> QUIROGA LAVIÉ, 2000, 765-766: "El dominio originario de los recursos naturales que les reconoce la Constitución a las provincias, implica, como no puede ser de otro modo, la atribución del dominio patrimonial sobre los mismos. (...) El dominio de las provincias sobre sus recursos naturales es el originario, debido a que, como no rige en nuestro país el sistema colectivista, donde toda la propiedad es del Estado, aquello que es originariamente de propiedad provincial luego se transmite a los particulares, a través de cualquiera de los modos de transmisión del dominio existentes. ¿Qué les quedará a las provincias de ese dominio originario? No la fijación de la política sobre el manejo de cada recurso, en la medida en que ello impacte en la economía de todo el país, pues ello será facultad preeminente del Congreso (...). Si los recursos son provinciales no se les podrá negar a los titulares de dicho dominio la potestad impositiva sobre ellos (...)". En igual sentido, GELLI 2018, 732.

Ver, asimismo, sobre potestades tributarias provinciales, C.S.J.N., "Dinel SA. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos: 315: 660 (1992); C.S.J.N., "COMENSA (Cía. Mendocina S.A.) c/ Pcia. de Mendoza s/ A.P.A.", Fallos: 311: 1148 (1988); C.S.J.N., "Schuchard S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos: 305: 1672 (1983); C.S.J.N., "Urrutia Hnos. S.C.A. y otros c/ Provincia de Misiones", Fallos: 298: 341 (1977); C.S.J.N., "Lusardi, Manuel suc.", Fallos: 251: 350 (1961); C.S.J.N., "Larralde, Lorenzo, y otros", Fallos: 243: 9 (1959); C.S.J.N., "Alegre, Argentino Victoriano y otros - Demanda de inconstitucionalidad", Fallos: 234: 568 (1956), voto del Dr. Orgaz, esp. p. 600; C.S.J.N., "Liberti, Atilio César Suc.", Fallos: 235: 571 (1956), disidencia del Dr. Orgaz, esp. p. 588; entre otros.

<sup>13</sup> Sagüés brinda este ejemplo: no podría obligarse a la provincia a dividir sus regalías mediante una ley convenio de coparticipación; ampliar en SAGÜÉS 2017, 187, con cita de MARTELLI y MANILI 2010, 898. Ver, asimismo, las posibilidades en el Derecho comparado que plantea YOLIS 2015. Los límites a la potestad recaudatoria provincial también pueden provenir de una ley federal: tal el supuesto del art. 56, inc. a, L. 17319 de hidrocarburos; ampliar en DE GYARFAS y LANARDONNE 2015, 269.

Otro ejemplo de las mentadas limitaciones surgiría de las relaciones entre provincia y municipio: un municipio no podría prohibir una actividad extractiva cuyo objeto sea un recurso natural del dominio originario de la provincia cuya regulación está excluida de la jurisdicción municipal ya que produciría, entre otros efectos, el de privar a la provincia de los respectivos recursos financieros, que están destinados a atender "las necesidades e intereses comunes a la ciudadanía" de toda la provincia; ver TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL NEUQUÉN, "Fiscalía de Estado de la provincia del Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad", expediente 6840/2017, fallo N° 8/2017 (2017).

<sup>14</sup> Ver, con provecho, LEGÓN 2008, 1084-1087.

1994. Así, puede ponerse de resalto *Yacimientos Petrolíferos Fiscales*<sup>15</sup>, de 1979, en especial el respectivo dictamen de la Procuración General de la Nación, que opinó: “[E]l dominio de las provincias sobre las minas no es el dominio del Código Civil con los atributos que le son inherentes. Aquel dominio, tal como lo legisló el Código de Minería, es el dominio eminente o radical propio de un sistema regalista. (...)”<sup>16</sup>.

En el mismo fallo, la opinión mayoritaria del Tribunal advertía que: “[T]anto en el Derecho argentino como en el comparado, invariablemente, ha sido preciso ocuparse del llamado dominio originario de las minas”<sup>17</sup>.

Y, en el mismo pronunciamiento, la disidencia del Juez Frías –quien tanto bregara por el federalismo, en especial de concertación<sup>18</sup>– señalaba que la provincia: “no puede fundar su legitimación en la existencia de alguna forma de dominio privado, sino en la reivindicación para sí del dominio eminente de la mina (...)”<sup>19</sup> y, más importante aún, aludía al: “dominio eminente o institucional de las provincias”<sup>20</sup>.

Sin perjuicio de otros fallos existentes hacia 1994, se aprecia que es a partir de los pasajes transcriptos que puede colegirse que la expresión “dominio originario” era bien conocida por el Constituyente de 1994. También puede colegirse que la adopción de aquella expresión –desplazando la de “propiedad”, empleada, por ej., en el art. 40 de la Constitución de 1949, que rigió hasta 1956– pudo razonablemente corresponderse con un criterio de conveniencia, que, como legislador constituyente, le asistió.

Más importante –y aún cuando no sabemos si para la época del precitado *Yacimientos Petrolíferos Fiscales*, de 1979 el máximo Tribunal sabía claramente a qué se refería por la expresión “dominio eminente”<sup>21</sup>–, la muestra jurisprudencial reseñada alude tanto a dominio originario como a dominio eminente. Este último extremo permite que nos adentremos en la hipótesis de que “dominio originario”, en la cláusula que nos ocupa, sea sinónimo de “dominio eminente”, y a tal propuesta académica –y práctica– se enderezan los párrafos que siguen.

<sup>15</sup> C.S.J.N., “Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, Fallos: 301: 341 (1979).

<sup>16</sup> *Ídem*.

<sup>17</sup> *Ídem*.

<sup>18</sup> Ver, con provecho, FRÍAS 1974; FRÍAS 2011.

<sup>19</sup> *Ídem*.

<sup>20</sup> *Ídem*.

<sup>21</sup> Compartimos aquí las expresiones de VERGARA 1992, 209 en cuanto a que el instituto denominado “dominio eminente” tiene caracteres de mito jurídico, de figura ambigua, de pervivencia histórica; no obstante lo cual, como veremos más adelante, fue parcialmente desentrañado en ocasión de la reforma constitucional de 1994 en Argentina y, de tal modo, “normalizó” las diferentes figuras que las constituciones provinciales, hacia esa época, habían adoptado para calificar su *status* ante las minas existentes dentro de su territorio provincial.

#### 4. La tesis del dominio originario de los recursos naturales como dominio eminente sobre los mismos

Para indagar en la hipótesis planteada<sup>22</sup>, podemos reparar en la primigenia cuestión del dominio privado o estatal de los recursos naturales tanto en la experiencia comparada como argentina (sección a)), para luego ver si ese dominio será provincial o nacional (sección b)). Luego podremos adentrarnos en la noción de dominio originario para esbozar las razones para su equiparación con la de dominio eminente (sección c)).

##### a) *La cuestión de la propiedad y el dominio*

Si bien en un plano general, subjetivo, los derechos de propiedad pueden ser ejercidos por una persona privada, o por una persona estatal<sup>23</sup>, en materia de recursos naturales se ha destacado la insuficiencia de la clasificación clásica de Derecho romano que diferencia, sobre aquéllos: (i) propiedad estadual o estatal; (ii) propiedad privada; tal que lo que no la integra es (iii) *res communis* ó propiedad privada del grupo; que puede degenerar en (iv) acceso abierto ó *res nullius* ó no-propiedad, pasible de captura<sup>24</sup>. A su vez, y en materia específica de recursos naturales, no puede dejar de mencionarse la teoría de la acción común o colectiva<sup>25</sup>, que, siguiendo a distinguida doctrina, consideramos insuficiente al ser confrontada con los actores y proyectos concretos<sup>26</sup>.

Dando un vistazo al Derecho comparado, se advierte que, en los Estados Unidos, existen recursos naturales que son de propiedad del estado federal (un parque nacional) o de toda la población (el aire); el dominio privado de los minerales es el que surge de la legislación estadual y hay al menos tres regímenes federales que gobiernan la propiedad de aquéllos en tierras federales; existen bosques en tierras privadas y en tierras federales; el agua no se halla sujeta a un régimen de propiedad sino de derechos al uso de la misma y predomina la legislación estadual; y las empresas de energía son primordialmente privadas<sup>27</sup>. A modo de ejemplo, la propiedad de las plantas hidroeléctricas estadounidenses es privada en un 69%; pero el sector público federal y no-federal –dueño de sólo el 16% de la cantidad total de plantas hidroeléctricas– posee más de la mitad de toda la capacidad hidroeléctrica<sup>28</sup> instalada. Los derechos al gas y petróleo hallados en una parcela pueden ser de particulares, sociedades, tribus, o del municipio, estado o del estado fe-

<sup>22</sup> Esta sección se basa en la interpretación que se propiciara en SACRISTÁN, 2017.

<sup>23</sup> DEMSETZ 1998, 154.

<sup>24</sup> Puede ampliarse, sobre la insuficiencia de la clasificación apuntada, en: BROMLEY y CERNEA 1989, 11-20 (donde se reseñan los planteos ínsitos en los regímenes de propiedad estatal, de propiedad privada, de propiedad común y de acceso abierto u *open access*).

<sup>25</sup> Pueden verse críticas a esos modelos en OSTROM 2015; así como en AGUILERA-KLINK 1994; entre otros.

<sup>26</sup> Por ej., CLEAVER 2014.

<sup>27</sup> LAITOS y TOMAIN 1992, 64, 246-247, 312-313, 356-357 y 408.

<sup>28</sup> Se trata de 2388 plantas generadoras hidroeléctricas, conf. HALL y REEVES 2006, 18. Ver, asimismo, BRACMORT et al. 2015, 4.

deral, y si la compañía de petróleo y gas, que no es dueña del suelo, contrata con el dueño de éste para llevar adelante sus actividades, por cierto término, pagará por ello<sup>29</sup>, sin perjuicio de otros contratos posibles<sup>30</sup>; la mayoría de las acciones en empresas petroleras y de gas natural que hacen oferta pública de sus acciones son de familias norteamericanas de clase media<sup>31</sup>.

En Argentina, la Constitución histórica de 1853 nada previó sobre el dominio privado o estatal de los recursos naturales<sup>32</sup>. El Código Civil de 1871, cuyo redactor fue Vélez Sársfield, consagró el derecho real de dominio<sup>33</sup>, y estableció que con la expropiación se pierde la propiedad<sup>34</sup>. En 1886, el Código de Minería fijó la naturaleza de bienes (estatales) privados de las minas<sup>35</sup>, la regla general de que el Estado no podía explotarlas<sup>36</sup>, e instituyó la concesión legal como medio de adquisición de la propiedad de la mina<sup>37</sup> por parte de los particulares. La Constitución de 1949<sup>38</sup>, que rigió hasta 1956<sup>39</sup>, estableció la propiedad de la Nación sobre los diversos recursos naturales que enumeraba. La Ley de Hidrocarburos de 1967 estableció que pertenecen al patrimonio nacional o provincial los hidrocarburos<sup>40</sup>, reservándose, el Estado nacional, áreas<sup>41</sup>, pero permite el otorgamiento de permisos y concesiones<sup>42</sup>, asegurando los derechos de propiedad del permisionario o con-

<sup>29</sup> Por ej., *Oil and Gas Leases*, Pennsylvania Statutes, vol 58, § 33.

<sup>30</sup> Puede verse CASAL 2014.

<sup>31</sup> SHAPIRO y PHAM 2014.

<sup>32</sup> Pero Alberdi supo explayarse acerca de diversos recursos naturales; distinguió entre tierra públicas y privadas; y rechazó la idea de una industria pública por absurda y falsa en su base económica; conf. ALBERDI 1979, 149 y 56, respectivamente.

<sup>33</sup> Art. 2506 y conchs.

<sup>34</sup> Art. 2511.

<sup>35</sup> Art. 7: "Las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se encuentren".

<sup>36</sup> Art. 9: "El Estado no puede explotar ni disponer de las minas, sino en los casos expresados en la presente ley".

<sup>37</sup> Art. 10, que regla sobre otorgamiento, por concesión, de "la propiedad particular de las minas". Acerca del sistema regalista, ver ZABALLA y ARBELECHE 2014, 105.

<sup>38</sup> Constitución de 1949, art. 40, segundo párrafo: "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 propiedades imprescriptibles e inalienables de la Nación, con la correspondiente participación en su producto, que se convendrá con las provincias".

<sup>39</sup> Ver Proclama del 27/4/1956, *Anales de Legislación Argentina*, t. 1956-A: pp. 1-2, cuyo art. 1° estableció: "Declarar vigente la Constitución nacional, sancionada en 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898, y exclusión de la de 1949, sin perjuicio de los actos y procedimientos que hubiesen quedado definitivamente concluidos con anterioridad al 16/9/55".

<sup>40</sup> Ley N° 17319, art. 1: "Los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos situados en el territorio de la República Argentina 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".

<sup>41</sup> Ley N° 17319, art. 91: "Las zonas inicialmente reservadas para ser exploradas y explotadas por las empresas estatales se detallan en el anexo único que forma parte de esta ley".

<sup>42</sup> Ley N° 17319, art. 4: "El Poder Ejecutivo podrá otorgar permisos de exploración y concesiones temporales de explotación y transporte de hidrocarburos (...)".

cesionario sobre sus hidrocarburos<sup>43</sup>. Con la reforma constitucional de 1994, y como ya hemos visto, el dominio (originario) de los recursos naturales existentes en el territorio de las Provincias corresponde a éstas. Asimismo, ciertas leyes en particular, como la Ley de Pesca de 1998, establecen el dominio de los recursos regulados, colocándolos en cabeza del estado nacional o provincial<sup>44</sup>, permitiendo el otorgamiento de permisos y autorizaciones<sup>45</sup> y fijando las condiciones para la captura<sup>46</sup>. Por su parte, la denominada Ley Corta de 2007, de hidrocarburos, al consagrar, a favor de las provincias, el pleno ejercicio del dominio originario y la administración sobre sus yacimientos de hidrocarburos transfiere de pleno derecho, entre otros, todos los permisos de exploración y concesiones de explotación de hidrocarburos<sup>47</sup>. En 2012, el 51% de las acciones de YPF S.A. y de Repsol YPF Gas S.A. –compañías petroleras privadas– es expropiado por el Estado Nacional por L. 26741.

*b) Dominio nacional o provincial y un interrogante*

En cuanto al dominio provincial o nacional, ya vimos que la Constitución argentina, histórica, nada previó al respecto, y que el Código de Minería fijó la naturaleza de bienes privados, de la Nación o de la Provincia, de las minas<sup>48</sup>, concesibles<sup>49</sup>. Mientras rigió, la Constitución de 1949 nacionalizó una serie de recursos naturales. La Ley de Hidrocarburos de 1967 estableció que los hidrocarburos pertenecen al patrimonio nacional o provincial<sup>50</sup>, y reservó áreas a favor del Estado nacional. En 1992, por L. 24145, se transfirió el dominio público<sup>51</sup> de los yacimientos de hidrocarburos del Estado Nacional a las

<sup>43</sup> Ley N° 17319, art. 6: “Los permisionarios y concesionarios tendrán el dominio sobre los hidrocarburos que extraigan (...)”.

<sup>44</sup> Ley N° 24922, art. 3: “Son del dominio de las provincias con litoral marítimo (...) los recursos vivos que poblaren las aguas interiores y mar territorial argentino adyacente a sus costas, hasta las doce millas marinas (...)”; art. 4: “Son de dominio (...) de la Nación, los recursos vivos marinos existentes en las aguas de la Zona Económica Exclusiva argentina y en la plataforma continental argentina a partir de las doce millas indicadas (...)”.

<sup>45</sup> Ley N° 24922, art. 23: “Para el ejercicio de la actividad pesquera, deberá contarse con la habilitación (...) mediante (...): (a) Permiso de pesca (...); (b) Permiso de pesca de gran altura: (...) (c) Permiso temporario de pesca: (...); (d) autorización de pesca: (...)”.

<sup>46</sup> Ley N° 24922, art. 7 y conchs.

<sup>47</sup> Ley N° 26197, art. 2: “[L]as provincias asumirán en forma plena el ejercicio del dominio originario (...) sobre los yacimientos de hidrocarburos que se encontraren en sus respectivos territorios y en el lecho y subsuelo del mar territorial del que fueren ribereñas (...)”.

<sup>48</sup> Art. 7: “Las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se encuentren”.

<sup>49</sup> Art. 10, que regla sobre otorgamiento, por concesión, de “la propiedad particular de las minas”.

<sup>50</sup> Ley N° 17319, art. 1: “Los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos situados en el territorio de la República Argentina 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”.

<sup>51</sup> Señala Cassagne que en esta ley se halla implícitamente comprendido el concepto de dominio originario; ver CASSAGNE 2007, 117: “En ese escenario se produjo la reforma constitucional de 1994 que sancionó el artículo 124, en el cual se introdujo definitivamente el concepto de dominio originario utilizado antes en el Código Minero (art. 10) e implícitamente comprendido en la Ley N° 24145 (...)”.

Provincias en cuyos territorios se encuentren, incluyendo los situados en el mar adyacente a sus costas hasta una distancia de 12 millas marinas medidas desde las líneas de base reconocidas por la legislación vigente<sup>52</sup>. Tengamos presente, asimismo, que, hacia 1994, las provincias habían comenzado a “reivindicar los recursos naturales como propios de su dominio y consagraron ese principio en las constituciones que comenzaron a reformarse a partir de 1986”, al decir de Gelli<sup>53</sup>.

Con la reforma constitucional de 1994, se consagra, sin excepción, la regla de que “[c]orresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”. De este modo, queda, en cabeza de las provincias, un dominio calificado como dominio “originario” sobre aquellos.

Pero, en este punto, puede señalarse una particularidad, y es una particularidad muy argentina pues hace a la reforma de su Constitución Nacional en 1994 de cara a las provincias y sus constituciones: hacia 1994, una constitución provincial podía prever, por ej., que la provincia ostentaba el dominio eminente sobre los recursos naturales ubicados en su territorio. Luego de la sanción de la reforma constitucional de 1994, e *ipso facto*, pasa a corresponder, a esa provincia, el dominio originario de esos recursos naturales. En este escenario, ¿cómo se puede compatibilizar la titularidad anterior a 1994, llamada, en nuestro ejemplo, dominio eminente en la esfera provincial, con lo que le corresponde a esa provincia a partir de 1994, v.gr., dominio originario según la Constitución nacional? Más aún, en el caso de un texto constitucional provincial sancionado después de la entrada en vigencia del texto de la Constitución Nacional según Reforma Constitucional de 1994, ¿cómo armonizar la aparente incongruencia entre, por un lado, la consagración del dominio eminente de la provincia sobre sus recursos naturales en ocasión de sancionarse el texto de la Constitución provincial, y, por el otro, el texto de la Constitución Nacional previendo el dominio originario de la provincia sobre los recursos naturales ubicados en su territorio?<sup>54</sup> Se advierte aquí una obscuridad que tiene que ser aclarada.

Puede razonarse en el sentido de que es posible armonizar la particularidad mencionada –y, por ende, vencer la aparente incongruencia apuntada– considerando la posibilidad de equiparación entre los institutos “dominio eminente” y “dominio originario”. Una serie de razones podría fundar la equiparación propuesta.

<sup>52</sup> Art. 1°.

<sup>53</sup> GELLI 2018, 732.

<sup>54</sup> Puede verse, a modo de ejemplo, el art. 28 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, 13/9/1994, posterior a la sanción del texto de la Constitución Nacional, del 26/8/1994. Dicho art. 28, en lo pertinente, establece: “(...) La Provincia ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio incluyendo el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente, el mar territorial y su lecho, la plataforma continental y los recursos naturales de la zona económica exclusiva, con el fin de asegurar una gestión ambientalmente adecuada (...)”.

c) *Razones para la equiparación*

Las razones para asimilar ambas expresiones pueden agruparse considerando los acápites que siguen, en un *iter* que parte de la información dada y que concluye con la opinión del Constituyente de 1994 y la doctrina iusadministrativa argentina.

i. *Ambas categorías eran conocidas*

La categoría “dominio originario” puede ser rastreada antes de 1994 en la legislación, la jurisprudencia, y la doctrina. Ya vimos que, desde 1886, el Código de Minería argentino distinguía “dominio originario” del Estado nacional o provincial sobre las minas<sup>55</sup> y “propiedad particular adquirida por concesión”<sup>56</sup>. También aparecía, en esa época, la expresión “dominio originario” en la experiencia constitucional comparada de México<sup>57</sup> y de Bolivia<sup>58</sup>. La jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, antes de 1994, además, aplicaba el concepto<sup>59</sup>. Incluso la doctrina entiende que la previsión del actual art. 124, al reconocer el dominio originario de las provincias sobre los recursos naturales existentes en su territorio ya “estaba implícita en el anterior art. 104 (actual art. 121) que reservaba a las provincias los poderes no delegados en el gobierno federal”<sup>60</sup>. Por ello, no podía sorprendernos la introducción de la categoría “dominio originario” en el articulado de la Constitución Nacional argentina en 1994.

Respecto del dominio eminente, sabemos que el término fue estudiado primero en la obra de Francisco de Vitoria al recabar en las nociones de

<sup>55</sup> Art. 10 (“Sin perjuicio del dominio originario del Estado reconocido por el Artículo 7, la propiedad particular de las minas se establece por la concesión legal”); art. 7° (“Las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se encuentren”); art. 219 (“En cualquier caso de caducidad la mina volverá al dominio originario del Estado y será inscrita como vacante (...)”); art. 326 (“La prescripción no se opera contra el Estado propietario originario de la mina”). Ver, asimismo, lo que señala Cassagne, nota al pie 69, *supra*.

<sup>56</sup> Ver art. 10, transcripto en n. 63.

<sup>57</sup> Constitución de México, art. 27: “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”.

<sup>58</sup> Constitución Política del Estado de Bolivia de 1967, art. 136: “Son de dominio originario del Estado, además de los bienes a los que la ley les dé esa calidad, el suelo y el subsuelo con todas sus riquezas naturales, las aguas lacustres, fluviales y medicinales, así como los elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento. La ley establecerá las condiciones de este dominio, así como las de su concesión y adjudicación a los particulares”.

<sup>59</sup> Pueden verse “Nación c/ Urdandiz Luis M.”, Fallos: 234: 457, del 23/4/1956 (“dominio originario del Estado nacional”); “Barceló, Arturo Leónidas. c/ Nación”, Fallos: 285: 78, del 28/2/1973 (“dominio originario provincial”, disidencia de los Dres. Risolía y Cabral); Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, Fallos: 301: 341, del 3/5/1979.

<sup>60</sup> DALLA VIA 2006, 760; en similar sentido, MARTELLI y MANILI 2010, 874; también FRANZA 2010, 369. Acerca del debate constituyente que en 1860 consagra los poderes no delegados a favor de las provincias, ver BIANCHI 2007, 213.

*dominium* y *ius*<sup>61</sup>, y luego en la obra de Grocio<sup>62</sup>, generando, con amplios alcances, lo que puede concebirse como una versión europea de aquél. Posteriormente, el pensamiento de Grocio sobre el dominio eminente cruzó el Atlántico, y fue objeto de interpretación por la Suprema Corte estadounidense<sup>63</sup>. En virtud de esta suerte de “trasplante”, y hacia 1905, el historiador Maitland se preguntaba dónde los norteamericanos habían hallado el dominio eminente, o, más bien, cómo lo habían “tomado prestado” de las fuentes continentales<sup>64</sup>.

En Argentina, ya desde fines del siglo XIX había leyes que consagraban expresamente al dominio eminente<sup>65</sup>. La jurisprudencia ya estaba entonces familiarizada con los conceptos de dominio eminente<sup>66</sup>, dominio eminente

<sup>61</sup> Este extremo, en la bibliografía especializada, es puntualizado por REYNOLDS 2010, 91, con cita de DE VITORIA. 1934, 65, donde se lee: “*Uno modo, stricte et peculiariter ut dicit eminentiam quamdam et superioritatem, eo modo quo principes vocantur domini*”, con lo que refiere a una acepción considerada en forma estricta, como algo peculiar; y, en lo que aquí interesa, expresada en forma elíptica. Puede ampliarse, asimismo, en LANGELLA 2016.

<sup>62</sup> GROTIUS 1625 (“Los intereses particulares (...) son o exclusivamente intereses públicos, o intereses privados relacionados con los intereses públicos. En forma exclusiva, los intereses públicos son o acciones, con el hacer la paz, la guerra, o los tratados; o cosas, tales como tributos, y otras cosas de naturaleza similar, en las cuales está incluido el derecho de dominio eminente, que el estado tiene sobre los ciudadanos y sobre la propiedad de los ciudadanos para utilidad pública) (traducción propia. Para una conceptualización dogmático-histórica y una postura crítica sobre su producción, ver VERGARA 1989; VERGARA 1992, 220-221.

<sup>63</sup> Dijo la Suprema Corte estadounidense en 1845: “El derecho de la sociedad, o del soberano, de disponer, en caso de necesidad, y en pos de la seguridad pública, de toda la riqueza contenida en el estado [state], se llama dominio eminente. Es evidente que este derecho es, en algunos casos, necesario para quien gobierna, y es, por ende, una parte del imperio o poder soberano. Vattel, *Law of the Nations*, sección 244. Esta definición demuestra que el dominio eminente, si bien un poder soberano, no incluye todo el poder soberano (...)” (traducción propia), conf. *Pollard’s Lessee v. Hagan et al.*, 44 U.S. (3 How.) 212 (1845), esp. p. 223, citado por HAYTON 1985, 25. La obra citada por la Corte Suprema estadounidense corresponde a la que, en español, conocemos como Vattel 1834.

<sup>64</sup> REYNOLDS 2010, 1, señala este importante aspecto.

<sup>65</sup> Por ejemplo, Ley N° 3.267, de 1892, aprobando un protocolo sobre adquisición en uno y otro país de un inmueble para las respectivas legaciones; Ley N° 18310, de 1969, art. 1: “La jurisdicción ejercida por la Nación sobre las tierras adquiridas en las provincias sólo es exclusiva en los casos de cesión dentro de los procedimientos constitucionales que producen la desmembración de territorio con pérdida del dominio eminente (...)”.

<sup>66</sup> “*Somoza, Carlos Lucio c/ Provincia de Buenos Aires*”, Fallos: 304: 251 (1982), esp. p. 256; “*De Bassi de Bortot, M. Luisa c/ Provincia del Chubut*”, Fallos: 300: 1145 (1978); “*Provincia de Misiones c/ Aceguinolaza, Héctor Ricardo y otros*”, Fallos: 263: 158 (1965), esp. p. 166; “*Provincia de Buenos Aires c/ S.A. Empresas Eléctricas de Bahía Blanca*”, Fallos: 254: 441 (1962), esp. p. 450; “*Nación c/ Falabella, Antonio y otro*”, Fallos: 200: 219 (1944), esp. p. 225; “*Ministerio de Guerra c/ Rouillón, Magdalena V. de*”, Fallos: 180: 48, del 23/2/1938, esp. p. 55; *Casado, Pedro y otros c/ Provincia de Santa Fe por daños y perjuicios*, Fallos: 143: 59, del 1º/4/1925, esp. p. 70; *Sastre, Ángel c/ Gobierno Nacional s/ expropiación*, Fallos: 140: 207, del 30/4/1924, esp. p. 225; *Nicolás Arias Murúa c/ Provincia de Salta s/ expropiación*, Fallos: 104: 247, del 12/6/1906, esp. p. 266 y p. 269; *Municipalidad de la Capital c/ Elortondo, Isabel A.*, Fallos: 33: 162, del 14/4/1888, esp. p. 191-192, p. 200, p. 207, p. 210; entre otros.

originario<sup>67</sup>, dominio eminente o efectivo<sup>68</sup>, dominio no sólo eminente sino efectivo, público y privado<sup>69</sup>, y dominio eminente actual<sup>70</sup>. Además, la célebre nota del art. 2507<sup>71</sup> del Código Civil de 1869 lo distinguía, como derecho superior; derecho superior que –entiendo– se asemeja a lo que hoy llamamos potestad o poder genérico<sup>72</sup>.

ii. *También eran conocidas las funciones del dominio eminente*

Como ya se ha sugerido, y metodológicamente, el dominio eminente ha sido calificado como derecho, pero también como potestad: inicialmente se afirmó que es un “derecho superior de legislación, jurisdicción y contribución” del Estado, según el codificador Vélez Sársfield<sup>73</sup>, derecho que no es identificable con el derecho de propiedad<sup>74</sup> o dominio a secas, y que mucho menos con el dominio público<sup>75</sup>. En sentido concordante con la idea de “derecho superior”, y desde la experiencia comparada, Vergara Blanco ha explicado el dominio eminente como “facultad del príncipe sobre las personas y los bienes de las personas, facultad derivada de la soberanía”<sup>76</sup>. Resulta, así, llamativo que posterior jurisprudencia (aislada) de la Corte Suprema argentina haya sustraído la idea de soberanía cuando se estaba ante un recurso natural susceptible de explotación y aprovechamiento por los particulares<sup>77</sup>. Por cierto,

<sup>67</sup> C.S.J.N., “Provincia de La Pampa c/ Nación Argentina y Consejo Nacional de Educación”, Fallos: 276: 104 (1970).

<sup>68</sup> C.S.J.N., *Swift de La Plata S.A.*, Fallos: 197: 507 (1943); C.S.J.N., “Frigorífico Swift de La Plata s/ infracción L. 11317”, Fallos: 182: 157 (1938).

<sup>69</sup> C.S.J.N., “Guari, Lorenzo y otros c/ Provincia de Jujuy s/ reivindicación”, Fallos: 155: 302 (1929).

<sup>70</sup> “Acuña, Joaquín c/ S.A. Ganadera e Industrial de Tucumán s/ reivindicación”, Fallos: 148: 241 (1927); Garro, Pedro I. y Arias, Carlos M. c/ Ortega Rufino s/ reivindicación”, Fallos: 149: 157 (1927).

<sup>71</sup> Nota que dice: “Muchos autores dividen la propiedad, en propiedad soberana del Estado y en propiedad del derecho civil, en otros términos, en dominio eminente y dominio civil. La Nación tiene el derecho de reglamentar las condiciones y las cargas públicas de la propiedad privada. El ser colectivo que se llama el Estado, tiene, respecto a los bienes que están en el territorio, un poder, un derecho superior de legislación, 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, que no es un verdadero derecho de la propiedad o dominio, corresponde sólo 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”.

<sup>72</sup> Calificándolo como potestad, CASSAGNE 2007, 119: “En ese contexto, se ha sostenido que el dominio eminente es algo así como un poder supremo vinculado a la noción de soberanía interna que, potencialmente, se ejerce sobre los bienes situados dentro del Estado, ya se trate del dominio privado o público del mismo, o de la propiedad de los particulares. Se trata, en suma, de una potestas y, en este sentido, es una facultad de legislación sobre las personas y los bienes, no reconociendo como expresión de soberanía interna otras limitaciones que las preceptuadas en el ordenamiento constitucional”.

<sup>73</sup> Ver nota al art. 2507, ya transcripta en nota al pie 88, *supra*.

<sup>74</sup> SALVAT 1946, 692.

<sup>75</sup> ZANNONI 2005, 692.

<sup>76</sup> VERGARA BLANCO, Alejandro 1988, 94. Ver, asimismo, VERGARA 1990, 142, nota al pie 12. Ver, asimismo, VERGARA 1992, 221.

<sup>77</sup> Así, en C.S.J.N., “Maruba S.C.A. Empresa de Navegación Marítima c/ Itaipú s/ daños y perjuicios”, Fallos: 321: 48 (1998), esp. cons. 6°.

la idea de soberanía, asociable a la de dominio eminente, nos coloca en el plano del Estado nacional, pues las provincias son autónomas, v.gr., carecen de soberanía, pero ello, en su momento, no obstó a que la Corte Suprema aludiera al “dominio eminente originario” de una provincia sobre campos ubicados en un territorio provincializado<sup>78</sup>, y sin perjuicio de lo expresado en el voto del juez Frías, ya citado<sup>79</sup>.

## ii. 1. Dominio eminente como posible fundamento de la expropiación

En la jurisprudencia y la doctrina, el dominio eminente también ha sido caracterizado como uno de los fundamentos posibles de la expropiación<sup>80</sup>. Así lo hizo la Corte Suprema argentina en su jurisprudencia<sup>81</sup>. Incluso el Máximo Tribunal llegó a afirmar que ni el dominio eminente ni el poder de policía podían justificar desconocer el derecho de propiedad<sup>82</sup>. Sin embargo, el Constituyente de 1853-1860 –al igual que, en su momento, el Constituyente norteamericano– no construyó la posibilidad de expropiación en el dominio eminente sino en la causa de utilidad pública, de rasgos aristotélico tomistas<sup>83-84</sup>.

De otra parte, en la senda del dominio eminente como fundamento de la expropiación o *takings clause*, la Corte Suprema estadounidense ha elaborado, a lo largo de los años, no solo la jurisprudencia que recoge ese fundamento en tanto aunado a la noción de *public use* o utilidad pública y de compen-

<sup>78</sup> C.S.J.N., ver “Misiones, Provincia de c/ Aceguinolaza, Héctor Ricardo, Félix Alberto y Delia Domínguez de s/ nulidad de título y reivindicación de tierras”, Fallos: 263: 158 (1965), cons. 4°; “Provincia de La Pampa c/ Nación y otro”, Fallos: 276: 104 (1970), cons. 14.

<sup>79</sup> Ver nota al pie 53, *supra*.

<sup>80</sup> LEGÓN, Fernando 1934, 89 y 95-96; SALVAT 1946, 403; VILLEGAS 1956, 329-331; LINARES, 1979, 87; MARIENHOFF 1997, 140-141; FISCHER 1998, 34.

Similar fundamento en el dominio eminente, a efectos de la expropiación (cabe enfatizarlo), habría sido tenido en cuenta por el principal redactor del Código Civil chileno, Andrés Bello, conf. VERGARA 1988, 91; VERGARA 1992, 221.

Ver, asimismo, “Sastre, Ángel c/ Gobierno Nacional s/ expropiación”, Fallos: 140: 207 (1924); C.S.J.N., “Nicolás Arias Murúa c/ Provincia de Salta s/ expropiación”, Fallos: 104: 247 (1906); entre otros.

<sup>81</sup> Ver, en especial, C.S.J.N., “Nicolás Arias Murúa c/ Provincia de Salta s/ expropiación”, Fallos: 104: 247 (1906); C.S.J.N., “Buenos Aires, Provincia de c/ Empresas Eléctricas de Bahía Blanca S.A. s/ expropiación”, Fallos: 254: 441 (1962). Ver, asimismo, los precedentes que cita COVIELLO 2012, 514.

<sup>82</sup> C.S.J.N., “Buenos Aires, Provincia de c/ Empresas Eléctricas de Bahía Blanca S.A. s/ expropiación”, Fallos: 254: 441 (1962). Ver esp. cons. 9° del voto de la mayoría, en p. 450: “Porque la circunstancia de que se trate de bienes afectados a interés público con arreglo a una concesión de la misma naturaleza autoriza las medidas de tutela estatal razonablemente necesarias a la correcta prestación del servicio, pero no justifica la identificación de éstas con el dominio eminente ni su equiparación al poder de policía en medida que importe desconocimiento sustancial del derecho de propiedad”. Sobre este fallo, en relación con la propiedad de los recursos naturales puede ampliarse en ERIZE 2010, 282.

<sup>83</sup> Como se señala “el fundamento del poder expropiatorio reposa en la obligación de contribuir al bien común”, conf. CASSAGNE 2018, 277.

<sup>84</sup> Tangencialmente, puede afirmarse que tampoco podría haber fundado la expropiación en un dominio originario estatal pues lo que se expropia tiene un dueño (que es quien recibe la indemnización).

sación justa<sup>85</sup>, sino también la doctrina de los *regulatory takings* o privaciones de la propiedad de fuente regulatoria, equiparables a nuestras indemnizaciones por responsabilidad del Estado por acto lícito, normativo<sup>86</sup>, doctrina que manda a indemnizar al particular por excesos en las regulaciones<sup>87</sup>.

## ii.2. Dominio eminente como fundamento de la potestad tributaria

Asimismo, también se ha vinculado al dominio eminente con la potestad tributaria, tanto en la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense<sup>88</sup> como en la de la argentina<sup>89</sup>, permitiendo el establecimiento de impuestos; o, en su caso, de regalías<sup>90</sup>. Ello, entre otras funciones detectables<sup>91</sup>; funciones todas que pueden presumirse conocidas por el Constituyente de 1994.

### iii. *Altibajos de la figura del dominio eminente*

El dominio eminente es un complejo instituto rastreable en el Derecho Romano, basado en el dominio territorial directo del Estado o *ius eminens*, equivalente al *imperium* estatal o supremacía de la autoridad pública (en

<sup>85</sup> Ver, por ejemplo, *Kohl v. United States*, 91 U.S. 367 (1875); *United States v. Gettysburg Electric Railroad Company*, 160 U.S. 668 (1896); *Chicago, Burlington & Quincy Railroad Co. v. City of Chicago*, 166 U.S. 226 (1897); *Berman v. Parker*, 348 U.S. 26 (1954); *Penn Central Transportation v. New York City*, 438 U.S. 104 (1978); *Hawaii Housing Authority v. Midkiff*, 467 U.S. 229 (1984); *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469 (2005); entre otros.

<sup>86</sup> Puede ampliarse en COVIELLO 2012, así como en SACRISTÁN 2013; así como jurisprudencia y obras especializadas allí citadas.

<sup>87</sup> Ver "Buenos Aires, Provincia de c/ Empresas Eléctricas de Bahía Blanca S.A. s/ expropiación", Fallos: 254: 441 (1962), esp. cons. 9º del voto de la mayoría.

<sup>88</sup> Ver voto del Justice Bradley en *Davidson v. New Orleans*, 96 U.S. 97 (1878), esp. p. 276. Pero en *People ex rel. Griffin v. Brooklyn*, 4 N. Y. 419 (1951) se diferenció entre dominio eminente y el poder de establecer contribuciones de mejoras, afirmándose que éstas no emanaban del dominio eminente sino del poder de establecer tributos. Y posteriormente también se las fundó en el poder de policía, *Paulsen v. Portland*, 149 U.S. 30 (1893).

<sup>89</sup> Es ilustrativo C.S.J.N., "Nicolás Arias Murúa c/ Provincia de Salta s/ expropiación", Fallos: 104: 247 (1906): "Las manifestaciones del dominio eminente del estado, ya sea por vía de expropiación o por el establecimiento de impuestos, constituyen una excepción a la cláusula del art. 17 de la Constitución Nacional, pues que la privación de la propiedad, en uno y otro caso no procede 'en virtud de sentencia fundada en ley' sino en virtud de la supremacía del interés y bienestar general sobre el interés particular". Puede verse, también, BAUDE 2013, 1756-1757.

Similar fundamento en el dominio eminente, a efectos del ejercicio de la potestad tributaria (vale enfatizarla), fue tenido en cuenta por el principal redactor del Código Civil chileno, Andrés Bello, conf. VERGARA 1988, 91. Ver, asimismo, VERGARA 1992, 225

<sup>90</sup> En este sentido, CASSAGNE 2007, 121: "A su vez, con arreglo al dictamen del Procurador General de la Corte Suprema, Doctor Elías P. Guastavino, y a lo resuelto por la Sala 4a de la Cámara en lo Civil y Comercial de Rosario en autos 'Rosario Rowing Club' (en cuanto a que el dominio originario importa una potestad de disposición y de percibir regalías con sujeción a un ordenamiento fundamental), se ha considerado que el concepto de dominio originario de las Provincias podría caracterizarse como una manifestación del regalismo o del dominio eminente".

<sup>91</sup> Con agudo criterio, la doctrina ha identificado también un "dominio eminente de la provincia" sobre el territorio de los municipios (sin perjuicio del dominio público o privado que el municipio posea sobre dicho territorio provincial): ver SAGÜES 2017, 187. Puede verse un ejemplo de este dominio eminente provincial en "Puente del Plata S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa" (16/4/2013), cons. 7º.

contraposición al *dominium* de las personas)<sup>92</sup>, cuando no había nitidez en la distinción Derecho público-Derecho privado.

Se trata de una figura que floreció en la Edad Media, y que, posteriormente, se incorporó a ciertos ordenamientos: uno de éstos es el anglo-norteamericano, en el marco del cual vino a erigirse –como vimos– en fundamento de la expropiación por causa de utilidad pública y de la potestad tributaria. Cabe acotar que se ha sostenido que la facultad de dominio eminente estadounidense es más restringida que la de la Constitución argentina<sup>93</sup>: por ej., no alcanzaría a propiedad no inmobiliaria. El dominio eminente ha tenido, sin embargo, sus marcados altibajos.

### iii. 1. En el Derecho estadounidense

A partir de la letra de la exposición del mismo de la pluma de Mayer<sup>94</sup>, se lo ha considerado un fundamento repudiable, inaceptable, absolutista<sup>95</sup>, arbitrario<sup>96</sup>. Pero Cooley lo aceptaba como “autoridad legal que existe en toda soberanía para controlar y reglamentar aquellos derechos de carácter público que pertenecen a sus ciudadanos en común, y para expropiar y controlar la propiedad individual para beneficio público, a medida de que la seguridad, las necesidades, las conveniencias o el bienestar público lo requieran”<sup>97</sup>. En otras palabras, Cooley lo admitía con amplios alcances, para la expropiación, la tributación<sup>98</sup>, e incluso aludiendo a lo que conocemos como poder de policía. Parecía, en el marco de una república como la estadounidense, un evidente resabio monárquico, de aplicabilidad tanto en la esfera federal como estadual<sup>99</sup>.

### iii. 2. En el Derecho argentino

El ingreso a la Argentina de la doctrina del dominio eminente puede haber sido doble: en el Derecho constitucional, por medio de la obra de Cooley, de consulta frecuente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>100</sup>; en el Derecho administrativo argentino, por medio de la obra de Mayer<sup>101</sup> (traduci-

<sup>92</sup> En similar sentido respecto de esta distinción, VERGARA 1988, 91; VERGARA 1992, 229. En ésta última obra afirma: “el dominio eminente [actúa] en la soberanía, fuente del *imperium* y de potestades estatales; el dominio del Estado, en el plano de las cosas (...), ‘derecho de propiedad del Estado’”.

<sup>93</sup> LEGÓN 1934, 117; BIELSA 1947; VILLEGAS 1956, 330-331; MARIENHOFF 1997, 140-141.

<sup>94</sup> Ver MAYER 1903-1906.

<sup>95</sup> Ídem nota al pie 84.

<sup>96</sup> BORDA 1992, 347.

<sup>97</sup> COOLEY 1898, 321.

<sup>98</sup> Ampliar en EPSTEIN 1985, 284.

<sup>99</sup> Tengamos presente que en el derecho estadounidense no se distingue entre soberanía y autonomía, con lo que el término “independiente” implica una u otra.

<sup>100</sup> COOLEY 1903 citado, a su vez, por la Corte Suprema argentina en “Nicolás Arias Murúa c/ Provincia de Salta s/ expropiación”, Fallos: 104: 247 (1906).

<sup>101</sup> MAYER 1903-1906, esp. t. I (partie générale), t. 2 y t. 4 (partie spéciale).

da incluso al español), y antes también, en la obra de Ferreyra<sup>102</sup>. Pero, como doctrina, la del dominio eminente fue y es pasible de objeciones; consideremos la Constitución de Honduras<sup>103</sup>, en la cual, no obstante consagrarse el dominio eminente estatal sobre los recursos naturales, perviven marcados índices de pobreza y desigualdad<sup>104</sup>.

Asimismo, en 1873 se rechazó la incorporación del dominio eminente en el texto de la Constitución de la provincia de Buenos Aires<sup>105</sup>. Ello contrasta con su expresa actual consagración en la redacción de esa Constitución provincial según texto sancionado en septiembre de 1994, art. 28.

En este punto, puede aventurarse que esa marcha y contramarcha pudo haber motivado, al Constituyente de 1994, a preferir la expresión dominio originario, desplazando la de dominio eminente, y tal vez queriendo significar lo mismo.

## II. La cuestión en ocasión de la reforma constitucional de 1994

### 1) El dominio eminente en 1994: un debate "confuso y desordenado"

Podemos, ahora, detenernos en las actas de la Convención Constitucional de 1994 pues es la consulta de lo que expresaron los Constituyentes en su seno lo que puede echar luz sobre la viabilidad de la equiparación aquí propiciada.

El Constituyente de 1994 se refirió, en forma expresa, al dominio eminente en tres ocasiones: en dos oportunidades al sesionar el 10/11 de agosto de 1994; y en una tercera oportunidad, el 18/8/1994<sup>106</sup>.

Tengamos en cuenta, a todo evento, que, en palabras del Prof. Cassagne, el debate, en la Convención Constituyente, en punto al tema del dominio eminente y del dominio originario, fue "tan confuso y desordenado como contradictorio"<sup>107</sup>.

<sup>102</sup> FERREYRA 1866, 276.

<sup>103</sup> Constitución de Honduras, de 1924, art. 67: "El derecho de propiedad no perjudicará el derecho eminente del Estado dentro de sus límites territoriales, ni podrá sobreponerse a los derechos que tengan las instituciones nacionales o las obras de carácter nacional". Constitución de Honduras, de 1982, art. 104. "El derecho de la propiedad no perjudica el dominio eminente del Estado".

<sup>104</sup> Se ha afirmado la existencia de recursos naturales potencialmente utilizables como base de desarrollo económico de las etnias de Honduras y, por ende, de dicho país, conf., von Gleich y Gálvez, 1999, esp. pp. 38-39, pero el dominio eminente estatal sobre esos recursos naturales no alcanzaría, hoy, para paliar aquel flagelo a tenor de los datos brindados en Banco Mundial - BIRF - AIF (2019).

<sup>105</sup> LEGÓN 1934, 96-97.

<sup>106</sup> Se consulta la versión publicada *online*, disponible en: <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm> (último acceso: 19/8/2019).

<sup>107</sup> CASSAGNE 2007, 122: "En el debate de la Convención, tan confuso y desordenado como contradictorio, se expusieron dos tesis diferentes".

No parece aportar claridad alguna, a esa obscuridad, la muestra proveniente de las constituciones provinciales argentinas, que evidencian la adopción de diversas fórmulas, por las cuales la Provincia respectiva detenta: "dominio eminente" sobre sus recursos naturales<sup>108</sup>; "dominio originario", "propiedad originaria" o figura similar sobre ellos<sup>109</sup>; "dominio eminente y originario" sobre ellos<sup>110</sup>; "la plenitud del dominio imprescriptible e inalienable" o "dominio exclusivo, inalienable e imprescriptible" o "dominio inalienable e imprescriptible" sobre todos o ciertos recursos naturales<sup>111</sup>; "dominio" o "dominio público" sobre todos los bienes con excepciones, o sobre todos o ciertos recursos naturales<sup>112</sup>. Tampoco parece aportar claridad la legislación nacional<sup>113</sup>, pero la redacción de ésta puede hallarse vinculada por el lenguaje adoptado en cada Constitución provincial.

<sup>108</sup> 1994, Buenos Aires, art. 28: "(...) La Provincia ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales (...)".

<sup>109</sup> 1998, Salta, art. 85: "Corresponde a la Provincia el dominio originario de los recursos naturales (...)"; 1998, Santa Cruz, art. 52: "La Provincia tiene el dominio originario de los recursos naturales (...)"; 1998, Río Negro, art. 70: "La Provincia tiene la propiedad originaria de los recursos naturales (...)"; 2007, Corrientes, art. 58: "Los recursos naturales existentes en el territorio provincial constituyen dominio originario del Estado Provincial (...)"; 2008, Entre Ríos, art. 85: "Los recursos naturales existentes en el territorio provincial corresponden al dominio originario del Estado entrerriano (...)"; 2008, La Rioja, art. 64: "La provincia, en el ejercicio de la soberanía inherente al pueblo es dueña originaria de todas las sustancias minerales y fuentes naturales de energía, incluidos hidrocarburos, que existen en su territorio con excepción de los vegetales".

<sup>110</sup> 1994, Chubut, art. 99: "El Estado ejerce el dominio originario y eminente sobre los recursos naturales (...)".

<sup>111</sup> 1958, Misiones, art. 58: "La Provincia tiene la plenitud del dominio, imprescriptible e inalienable, sobre las fuentes naturales de energía existentes en el territorio"; 1986, San Juan, art. 113: "La Provincia tiene la plenitud del dominio imprescriptible e inalienable sobre todas las sustancias minerales, sin excluir hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, las fuentes naturales de energía hidroeléctrica, solar, geotérmica o de cualquier otra naturaleza que se encuentren dentro de su territorio"; 1987, San Luis, art. 88: "La Provincia tiene la plenitud del dominio imprescriptible e inalienable sobre todas las sustancias minerales, sin excluir hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, las fuentes naturales de energía hidráulica, geotérmicas, o de cualquier otra naturaleza que se encuentren dentro de su territorio (...)"; 1991, Tierra del Fuego, art. 81: "Son del dominio exclusivo, inalienable e imprescriptible de la Provincia el espacio aéreo, los recursos naturales (...)"; 1994, Chaco, art. 41: "La Provincia tiene la plenitud del dominio, imprescriptible e inalienable, sobre las fuentes naturales de energía existentes en su territorio (...)"; 1998, CABA: "La Ciudad tiene el dominio inalienable e imprescriptible de sus recursos naturales (...)"; 2003, Formosa, art. 51: "La Provincia ejercerá la plenitud del dominio exclusivo, imprescriptible e inalienable sobre los recursos minerales, incluyendo los hidrocarbúferos, las fuentes de energía hidráulica, solar, eólica, geotérmica, nuclear y toda otra que exista en su territorio, con excepción de la vegetal (...)".

<sup>112</sup> 1988, Catamarca, art. 61: "Los ríos y sus cauces y todas las aguas que corran por cauces naturales, trascendiendo los límites del inmueble en que nacen, son del dominio público de la Provincia (...)"; art. 66: "Los minerales y las fuentes naturales de energía, con excepción de las vegetales, pertenecen al dominio público de la Provincia (...)"; 2006, Neuquén, art. 94: "(...) Se reivindican los derechos de dominio y jurisdicción de la Provincia sobre las áreas de su territorio afectadas por (...) y, en particular, sobre el ambiente y los recursos naturales contenidos en la misma (...)".

<sup>113</sup> En efecto, con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, el Congreso sancionó diversas leyes: Ley N° 24.749, de 1996; Ley N° 24.912, de 1998; Ley N° 25.077, de 1998; Ley N° 25.447, de 2001; Ley N° 25.755, de 2003; Ley N° 27.481, de 2018; todas ellas se refieren al

En cierta forma, el empleo indiscriminado, en las constituciones provinciales, ora del dominio público (minero), ora del “dominio eminente”, entre otros supuestos, nos hace tener presente la oportuna reflexión de Vergara Blanco en el sentido de que se trata de conceptos muy diferentes<sup>114</sup>, que tendrán distintos efectos, y que –me permito agregar–, post-1994, en Argentina, generan asimetrías, ya apuntadas en II. 4. b), que tienen que ser salvadas para evitar incongruencias.

## 2) Qué dijeron los convencionales constituyentes

Al dominio eminente se refirieron, en Argentina, los convencionales constituyentes en ocasión del debate que se suscitara en ocasión de la reforma constitucional de 1994, y si bien la expresión literal “dominio eminente” no terminó quedando plasmada en el texto constitucional sancionado, el debate que repasamos sirve para comprender qué quiso decir el Constituyente de 1994 mediante la expresión “dominio originario” en la Constitución en relación con las provincias argentinas.

El 10/11 de agosto de 1994, el Convencional por Mendoza, Dr. Díaz Araujo dijo: “[L]o que corresponde en relación con el dominio de las Provincias (...), es el dominio eminente, que es aquel que tienen las Provincias respecto de los elementos que se encuentran dentro de su territorio. Por ello (...) habíamos hecho la distinción de las cosas que pertenecen al territorio de la Provincia y lo que es el dominio originario. Éste (...) es aquel que se tiene sobre los recursos que la Provincia o la Nación concede para su explotación (...) pero el Estado mantiene una tutela que permite recuperar su dominio si el concesionario no cumple con sus obligaciones (...)”<sup>115</sup>.

De lo expresado por el Dr. Díaz Araujo, y mediante el análisis del texto transcrito, pueden inferirse varios razonamientos que emergen de aquél, a veces linealmente, a veces mediante inferencia emergente de dicho texto:

Primero (i) se alude a dominio eminente y a dominio originario como dos géneros distintos; o como género y especie; o como especie y género pues no se efectúa distingo alguno Segundo (ii) la provincia tiene el dominio eminente sobre los elementos que se encuentran dentro de su territorio pues se afirma “[L]o que corresponde en relación con el dominio de las Provincias (...), es el dominio eminente (...)”. Tercero (iii) el Estado Nacional o Provincial (pues no se efectúa distingo alguno) pueden dar en concesión un recurso, y tanto el Estado Nacional como Provincial (pues no se efectúa distingo alguno) tienen el dominio originario sobre el recurso dado en concesión. Además

dominio eminente. También sancionó las Leyes N° 26.438, de 2008; N° 26.817, de 2012; N° 26.818, de 2012; N° 27.413, de 2017; N° 27.509, de 2019, que se refieren al dominio originario de las provincias; y N° 26.446, de 2006, que se refiere al dominio, sin adjetivárselo; entre otras.

<sup>114</sup> VERGARA 1988, 95, su nota al pie 26.

<sup>115</sup> Debate del dictamen de la Comisión de Redacción en los despachos originados en las comisiones de Competencia Federal y de Régimen Federal, sus Economías y Autonomía Municipal (Orden del día N° 8), Sesión 3ª, Reunión 28ª, fecha 10 y 11/8/1994.

(iv) la expresión elementos, en el pasaje que dice “respecto de los elementos que se encuentran dentro de su territorio”, incluye, como término genérico, a los recursos.

Por ende, quinto (v) aquellos recursos (o elementos específicos), del dominio eminente de la provincia por ser elementos que se encuentran en territorio de la provincia a la luz de (ii), que sean concedidos por la provincia en virtud de (iii), serán del dominio originario de la provincia en virtud de (iii).

Por último, y sexto (vi) aquellos recursos que sean concedidos por la Nación a la luz de (iii) serán del dominio originario de la Nación en virtud de (iii).

Se advierte en los ítems primero a sexto enumerados –en lo que aquí interesa– que, en el razonamiento (v), habría una superposición de campos semánticos: el campo semántico de “dominio originario” de la provincia se superpondría con el campo semántico de “dominio eminente” de la provincia. Esa superposición constituye un primer fundamento textual para una posible tesis de la equiparación entre dominio originario y dominio eminente.

La identificación entre dominio originario y dominio eminente es mucho más clara y sin matices en la inserción N° 15, efectuada en esa misma fecha a pedido del Convencional Dr. Quiroga Lavié: “[L]as Provincias, si tienen el dominio originario (desde los tiempos anteriores a la institucionalización del país y como dominio eminente) de los recursos naturales existentes en el territorio (...) tienen también el dominio sobre los recursos existentes en el mar territorial, su espacio, el lecho y el subsuelo. (...)”<sup>116</sup>.

Por ende, la opinión del Convencional Quiroga Lavié constituye un segundo y más directo fundamento de la posible tesis de la equiparación que aquí se propicia.

Finalmente, el 18 de agosto, el Constituyente aludió al dominio eminente al referirse a las Islas Malvinas, pero en el plano del Derecho internacional público<sup>117</sup>, esto es, por fuera del tema del presente.

En suma, de cara a la tesis de la equiparación entre dominio originario y dominio eminente, puedo afirmar que, a partir de las opiniones de los convencionales constituyentes Díaz Araujo y Quiroga Lavié transcritas e interpretadas, puede válidamente deducirse la identificación semántica entre dominio originario (provincial) y dominio eminente (provincial)<sup>118</sup>.

<sup>116</sup> *Ídem*.

<sup>117</sup> “Existen pruebas fehacientes de que hasta 1833 el gobierno de las Provincias Unidas del Río de la Plata ejerció actos de jurisdicción indiscutidos sobre las islas Malvinas, como legítimo sucesor de la Corona de España, lo que acredita el ejercicio de un dominio eminente, no controvertido (...)”.

<sup>118</sup> Ello deja, en evidencia, una situación diversa a la experiencia comparada en la materia. A modo de ejemplo, si consideramos la experiencia chilena, en la Constitución de 1980 el concepto de dominio eminente fue dejado de lado; ampliar en VERGARA BLANCO (1992) pp. 238-241, esp. p. 241. Y, a diferencia de ello, el Constituyente argentino, si bien no lo incorporó al texto positivo, lo empleó, con el sentido de sinonimia apuntado, en el respectivo debate constituyente.

### 3) La doctrina

Por último, la doctrina que puede ser traída a colación respecto de la mentada equiparación entre dominio originario y dominio eminente favorece la tesis de la asimilación o equiparación.

El Prof. Cassagne enseña que “dominio originario” es asimilable a la potestad de “dominio eminente”<sup>119</sup>. Agrega que el dominio originario de los recursos naturales cuya titularidad es de las Provincias bajo el art. 124, no excluye la posibilidad de que el Estado Nacional pueda ser titular también del dominio originario sobre los recursos naturales, aunque de modo excepcional y circunscripto al marco constitucional o internacional<sup>120</sup>. Ello coincide con lo que se expresa más arriba, en v).

En una postura de franca equiparación entre dominio originario y dominio eminente, Iribarren, por su parte, considera que “el último párrafo del art. 124 C.N. no hace ni más ni menos que dar rango constitucional al dominio eminente que cada provincia posee respecto de sus recursos naturales (...)”<sup>121</sup>. En la misma línea interpretativa de la equiparación se ubican otros muchos autores que se han expedido sobre el tema<sup>122</sup>. También puede añadirse la doctrina que, derechamente, se refiere al dominio eminente, nacional o provincial, de las tierras tradicionalmente en posesión de pueblos originarios, aludiéndola mediante esa expresión y no mediante la expresión “dominio originario”<sup>123</sup>.

En cambio, diferenciando entre dominio eminente y dominio originario, de la Riva entiende que “el reconocimiento del dominio originario sobre los recursos naturales excede (...) los alcances del dominio eminente que ostenta el Estado sobre los bienes de sus súbditos (y sobre los propios) en virtud de la soberanía que ejerce dentro de su territorio, puesto que el dominio emi-

<sup>119</sup> CASSAGNE 2007, 125: “En resumidas cuentas, el dominio originario sobre los recursos naturales configura un concepto autónomo, cuya titularidad pertenece, en principio, a las Provincias y, excepcionalmente, a la Nación. Tal figura se asimila a la potestad que es propia del dominio eminente, en forma conjunta con los poderes que conciernen a la condición de concedente que reviste la autoridad provincial o nacional, a la cual se añaden los derechos –en el caso de la explotación de hidrocarburos– a las regalías petroleras”.

<sup>120</sup> CASSAGNE 2018, 330.

<sup>121</sup> IRIBARREN 2006, 65.

<sup>122</sup> Equipara “dominio originario” y “dominio eminente” en tanto ambos son atributos de la soberanía, VALLS 2006, 29, con cita, en su nota al pie 4, de CATALANO 1950 y con cita de PUYUELO 1954, 13.

También los equiparan: VERA 2008, 128, notas al pie 10 y 11; GONZÁLEZ MORAS 2008, 25, con cita del Convencional Díaz Araujo, cuya opinión ya se hizo constar en nota al pie 107, *supra*; MARTELLI y MANILI 2010, 874.

Asimismo, para referirse al dominio originario, se emplea la expresión *eminent domain* en ERIZE 2010, 284.

<sup>123</sup> PUNTE 2012: “El reconocimiento de posesión de tierras tradicionalmente ocupadas está ligado a la permanencia de la comunidad asentada, pues es una garantía de su bien común particular. Esto explica la imposibilidad de venta o gravamen. El dominio eminente será del Estado Provincial o Federal según corresponda”.

nente, más que un auténtico dominio, consiste en un poder de *imperium* de carácter genérico y no circunscripto a ciertos bienes en particular<sup>124</sup>.

Se desprende, de la apretada reseña efectuada, una opinión doctrinaria mayoritaria, encabezada por el Prof. Cassagne, a favor de la equiparación entre las dos expresiones que analizamos, en el marco de la manda constitucional que califica, expresamente, de originario al dominio que las provincias tienen.

## Conclusión

Los párrafos que anteceden son un muy sintético acercamiento a una propuesta de equiparación entre los conceptos de dominio originario y de dominio eminente en la Norma Fundamental argentina luego de la reforma constitucional de 1994 a los fines de, en lo principal, zanjar las asimetrías entre las constituciones provinciales y la Constitución Nacional. Se trata de lograr un nivel de terminología –constitucional, en la especie– que permita efectuar interpretaciones sobre bases “seguras”<sup>125</sup>.

Respecto de ello, y dadas las asimetrías apuntadas, puede decirse que fundar la coincidencia de bordes semánticos de la expresión dominio originario (provincial) con los de la expresión dominio eminente (provincial) –en especial según la opinión textual del Constituyente de 1994 en el debate respectivo y la doctrina que la interpreta–, puede echar luz en la determinación de la concreta incidencia de los tantas veces invocados “efectos federalizantes” de la reforma constitucional de 1994 al asegurarse, para las provincias, lo que les corresponde, con implícita exclusión de la jurisdicción atento la diferenciación explicada. La resultante de la comprobación de la equiparación entre dominio originario y dominio eminente brinda un resultado tal vez novedoso, pero hábil para la superación de asimetrías entre textos constitucionales provinciales y la Constitución nacional argentina y para encauzar la interpretación de las competencias provinciales. Sin embargo, tengamos presente que, hoy, todavía no contamos con una definición, por parte de la Corte Suprema argentina, que brinde contenido o precisión respecto de qué se entiende por “dominio originario” y si el mismo equivale a dominio eminente. Trascendente cuestión que, a primera vista, hace a las relaciones Nación-provincias; y que, ulteriormente, podrá reflejarse en las relaciones público-privadas.

<sup>124</sup> DE LA RIVA 2008 con cita de VILLEGAS BASAVILBASO 1956. En el sentido apuntado, puede verse C.S.J.N., “Luis de Ridder Ltda. SAC. s/ quiebra”, Fallos: 317: 614 (1994), en el que se rechazó la pretensión del Reino Unido, “basada en su soberanía y en el dominio eminente que de ella se deriva” sobre bienes que no estaban ubicados en el territorio de ese estado extranjero; ver, también, “Provincia de La Pampa c/ Nación Argentina y Consejo Nacional de Educación”, Fallos: 276: 104 (1970), esp. p. 109, donde se alude a “dominio eminente originario consustancial con la soberanía”.

<sup>125</sup> VERGARA BLANCO 1990, 135.

## Bibliografía citada

- AGUILERA-KLINK, Federico (1994). Some Notes on the Misuse of Classic Writings in Economics on the Subject of Common Property. *Ecological Economics*, N° 9, pp. 221-228.
- ALBERDI, JUAN B. (1979). *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina, según su Constitución de 1853*. Buenos Aires, Escuela de Educación Económica y Filosofía de la Libertad [1854], 388 pp.
- BADENI, Gregorio (2010). *Tratado de Derecho constitucional*. Buenos Aires, La Ley, 3ª edición, T I, 912 pp.
- BANCO MUNDIAL - BIRF - AIF (2019). El Banco Mundial en Honduras. Honduras: Panorama General. Contexto. Disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/country/honduras/overview> [fecha de consulta: 3 de diciembre de 2019].
- BAUDE, William (2013). Rethinking the Federal Eminent Domain Power. Disponible en: <https://pdfs.semanticscholar.org/7056/4d09311eacdad7ccabfa743f7afeacb55802.pdf> [fecha de consulta: 8 de octubre de 2019].
- BIANCHI, Alberto B. (1990). *La delegación legislativa. Teoría de los reglamentos delegados en la Administración Pública*. Buenos Aires, Ábaco, 314 pp.
- BIELSA, Rafael (1947). *Derecho administrativo*. Buenos Aires, El Ateneo, 4ª edición, T III, 768 pp.
- BORDA, Guillermo A. (1992). *Tratado de Derecho civil. Derechos reales*. Buenos Aires, Perrot, 4ª edición act. y aum., T I, 677 pp.
- BRACMORT, Kelsi, VANN, Adam & STERN, Charles (2015). Hydropower: Federal and Nonfederal Investment. Disponible en: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R42579.pdf> [fecha de consulta: 8 de octubre de 2019].
- BROMLEY, Daniel y CERNEA, Michael (1989). The Management of Common Property Natural Resources. Disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/548811468740174575/pdf/multi-page.pdf> [fecha de consulta: 8 de octubre de 2019].
- CASAL, Daniel (2014). Panorama de los contratos de operación para la actividad hidrocarburífera. *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería (RADEHM)*, N° 1, pp. 1-33.
- CASSAGNE, Juan Carlos (2007). El artículo 124 de la Constitución y el dominio originario. Disponible en: [http://academiaderecho.org/wp-content/uploads/2019/01/00\\_Academia-2007\\_1a736.pdf](http://academiaderecho.org/wp-content/uploads/2019/01/00_Academia-2007_1a736.pdf) [fecha de consulta: 8 de octubre de 2019].
- CASSAGNE, Juan Carlos (2018). *Curso de Derecho administrativo*. Buenos Aires, La Ley, décima edición actualizada y ampliada, T II, 950 pp.
- CATALANO, Edmundo Fernando (1950). *Legislación de minas y régimen legal del petróleo*. Buenos Aires, La Facultad, 502 pp.
- CLEAVER, Fred P. (2014). The promise of common good resource theory and the reality of commons projects. Disponible en: <https://www.thecommonsjournal.org/articles/10.18352/ijc.477/> [fecha de consulta: 8 octubre 2019].
- COOLEY, Thomas M. (1898). Principios generales de Derecho constitucional en los Estados Unidos de América. Disponible en: <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/841> [fecha de consulta: 19 octubre 2019].
- COOLEY, Thomas M. (1903). *A Treatise on the Constitutional Limitations which rest upon the powers of the States of the American Union*. Boston, Little, Brown & Co., 7th edition, 1036 pp.
- COVIELLO, Pedro J. J. (2012). Dominio eminente y limitaciones a la propiedad en el derecho argentino y norteamericano. *AAVV, Cuestiones de organización estatal, función pública y dominio público*, Ediciones Rap, jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, pp. 505-522.
- DALLA VÍA, Alberto R. (2006). *Derecho constitucional económico*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2da edición, 955 pp.
- DE GYARFAS, Vera y LANARDONNE, Tomás (2015). Fiscal Regimes. En: FRESCO, Fernando y PEREIRA, Eduardo G. [consulting eds.], *Latin American Upstream Oil and Gas*. London, Globe Law and Business, pp. 265-296.

- DE LA RIVA, Ignacio M. (2008). Dominio y jurisdicción sobre hidrocarburos en nuestro sistema federal: un auténtico rompecabezas para armar. *El Derecho Constitucional*, vol. 2008, pp. 506-523.
- DE SIMONE, Orlando (2007). El dominio de los hidrocarburos y la ley 26197. Disponible en: <http://www.colabogados.org.ar/larevista/index.php?idrevista=5&origen=3> [fecha de consulta: 8 octubre 2019].
- DE VITORIA, FRANCISCO (1934). Comentarios a la 'Secunda secundae' de Santo Tomás. 3, De Iustitia, qq. 57-66, A3. Salamanca, BTE, N° 4, edición preparada por Vicente Beltrán de Heredia [1534-1537]), 360 pp.
- DEMSETZ, Harold (1998). Property Rights. En: NEWMAN, Peter [ed.], *The Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Londres, Macmillan, T 3, pp. 144-155.
- EPSTEIN, Richard A. (1985). *Takings. Private Property and the Power of Eminent Domain*. Cambridge, Mass. London, England, Harvard University Press, 376 pp.
- ERIZE, Luis (2010). Eminent Domain and Regulatory Challenges. En: MCHARG, Aileen, BARTON, Barry, BRADBROOK, Adrian, GODDEN, Lee [eds.], *Property and the Law in Energy and Natural Resources*. Oxford, Oxford University Press, pp. 281-310.
- FERREYRA, Ramón (1866). *Derecho administrativo general y argentino*. Buenos Aires, Pablo E. Coni, 322 pp.
- FISCHEL, William A. (1998). Eminent Domain and Just Compensation. En: NEWMAN, Peter [ed.], *The Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Londres, Macmillan, T 2, pp. 34-43.
- FRANZA, Jorge A. (2010). *Manual de Derecho de los recursos naturales y protección del medio ambiente*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Eduardo Lecca Editor, 2ª edición ampl. y act., 544 pp.
- FRÍAS, Pedro (1974). El federalismo posible. *La Ley*. Buenos Aires, La Ley, T 156, pp. 1183-1186.
- FRÍAS, Pedro J. (2011). Federalismo como sistema. En: HERNÁNDEZ, Antonio María [coord.], *Derecho público provincial*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. 2ª ed., pp. 129-137.
- GELLI, María Angélica (2018). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. Buenos Aires, La Ley, 5ta ed., T II, 1112 pp.
- GONZÁLEZ MORAS, Juan M. (2008). El régimen dominial del Estado y los recursos naturales. *RAP*, N° 374, pp. 17-36.
- GROTIUS, Hugo (1625). De iure belli [The Law of War and Peace]. Disponible en: <http://www.lonang.com/exlibris/grotius/gro-103.htm> [fecha de consulta: 8 octubre 2019].
- GROTIUS, Hugo (2004 [1609]). *The Free Sea*. trad. Richard Hakluyt, Indianapolis, Liberty Fund, 145 pp.
- HALL, Douglas y REEVES, Kelly (2006). A Study of United States Hydroelectric Plant Ownership. Disponible en: [https://www.hydroworld.com/content/dam/hydroworld/online-articles/documents/2012/April/a\\_study\\_of\\_united\\_states\\_hydroelectric\\_plant\\_ownership.pdf](https://www.hydroworld.com/content/dam/hydroworld/online-articles/documents/2012/April/a_study_of_united_states_hydroelectric_plant_ownership.pdf) [fecha de consulta: 8 octubre 2019].
- HAYTON, Robert D. (1985) *Régimen legal de los recursos naturales en los Estados Unidos de América*. Buenos Aires, Depalma, 59 pp.
- HUAPAYA TAPIA, Ramón (2014). El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano. *Revista de Derecho Administrativo*, Círculo de Derecho Administrativo, N° 14, pp. 327-339. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13455> [fecha de consulta 21 octubre 2019].
- IRIBARREN, Federico J. (2006). Acerca del dominio originario de los recursos naturales. *Revista de Derecho Ambiental*, N° 5, pp. 55-65.
- LAITOS, Jan y TOMAIN, Joseph (1992). *Energy and Natural Resources Law*. St. Paul, West, 554 pp.
- LEGÓN MARIENHOFF, Carlos María (2008). El dominio en los parques nacionales después de la reforma constitucional de 1994. En: CASSAGNE, Juan Carlos [dir.], *Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica (ReDA)*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, vol. 2008, pp. 1081-1097.
- LEGÓN, Fernando (1934). *Tratado integral de la expropiación pública*. Buenos Aires, Valerio Abeledo, 769 pp.
- LINARES, Juan Francisco (1989). *Razonabilidad de las leyes*. Buenos Aires, Astrea, 2ª edición, 241 pp.

- LLANGELA, Simona (2016). *Il dominium* in Francisco de Vitoria. *Rivista Elettronica Italiana di Metodologia Giuridica, Teoria Generale del Diritto e Dottrina dello Stato*, N° 2016-2, pp. 3-25.
- MARIENHOFF, Miguel S. (1997). *Tratado de Derecho administrativo*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 6ª edición, T IV, 889 pp.
- MARTELLI, Hugo C. y MANILI, Pablo L. (2010). El dominio originario de los recursos naturales. En: SABSAY, Daniel A. [dir.], *Constitución de la Nación argentina*. Buenos Aires, Hammurabi, T IV, pp. 872-899.
- MAYER, Otto (1903). Le droit administratif allemand. Disponible en: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1186673f.r=Otto%20Mayer?rk=21459;2> [fecha de consulta: 21 octubre 2019].
- MAYER, Otto (1904). Le droit administratif allemand. Disponible en: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1067000.r=Otto%20Mayer?rk=42918;4> [fecha de consulta: 21 octubre 2019].
- MAYER, Otto (1906). Le droit administratif allemand. Disponible en: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k76081p/f2.image> [fecha de consulta: 21 octubre 2019].
- NONNA, Silvia (2017). La protección del ambiente. Esquema constitucional y de presupuestos mínimos en Argentina. Disponible en: [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/65991/Documento\\_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/65991/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y) [fecha de consulta: 21 octubre 2019].
- OSTROM, Elinor (2015). *El gobierno de los bienes comunes*. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 399 pp.
- PUNTE, Roberto Antonio (2012). Los descendientes argentinos de pueblos originarios. 24/4/2012. *elDial.com* - DC183C.
- PUYUELO, Carlos (1954). *Derecho Minero. Doctrina, legislación y jurisprudencia*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 487 pp.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto (2000). *Constitución de la Nación Argentina comentada*. Buenos Aires, Zavalía, 3ra edición, 988 pp.
- REYNOLDS, Susan (2010). *Before Eminent Domain. Toward a History of Expropriation of Land for the Common Good*. Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 192 pp.
- SACRISTÁN, Estela B. (2013). Las expropiaciones de fuente regulatoria ('regulatory takings'). Perspectivas, en especial, en materia de responsabilidad del Estado por acto lícito. En: CASSAGNE, Juan Carlos [dir.], *Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, N° 85, pp. 67-90.
- SACRISTÁN, Estela B. (2017). Dominio originario y dominio eminente. A propósito del art. 124 de la Constitución nacional argentina. En: MORENO CASTILLO, Luis Ferney y HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor R. [coords.], *Derecho de la energía en América Latina*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, T I, pp. 315-337.
- SAGÜÉS, Néstor P. (2017). *Derecho constitucional*. Buenos Aires, Astrea, T 2, 757 pp.
- SALVAT, Raymundo M. (1946). *Tratado de Derecho civil argentino*. Buenos Aires, La Ley, T VIII, 695 pp.
- SHAPIRO, Robert J. y PHAM, Nam D. (2014). Who Owns America's Oil and Natural Gas Companies. A 2014 Update. Disponible en: <https://pdfs.semanticscholar.org/5d22/f1f379a-641d980d3e330605cc6750137e135.pdf> [fecha de consulta: 8 octubre 2019].
- VALLS, Mario F. (2006). *Código de Minería de la República Argentina*. Buenos Aires, Lexis Nexis, 4ª edición, 623 pp.
- VATTEL, Emer de (1834). El derecho de gentes, o principios de la Ley Natural aplicados a la conducta, y a los negocios de las naciones y de los soberanos. Disponible en: <https://archive.org/details/elderechodegente01vatt/page/552> (último acceso: 19/10/2019). Tomo 2, 388 ps. Disponible en: <https://archive.org/details/elderechodegente02vatt/page/388> [fecha de consulta: 19 octubre 2019]
- VERA, Rodrigo E. (2008). El impacto del artículo 124 de la Constitución Nacional en la dogmática del dominio público en la Argentina. *RAP*, N° 363, pp. 121-131.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1988). El dominio eminente y su aplicación en materia de minas. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 15, pp. 87-110.

- VERGARA BLANCO, Alejandro (1989). Sobre Grocio, aquel gran inventor de conceptos jurídicos, y las aporías del dominio eminente. *REP*, N° 64, pp. 337-346.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1990). Teoría del dominio público y afectación minera. *Revista Chilena de Derecho*, N° 17, pp. 135-159.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1992). *Principios y sistema del Derecho minero. Estudio histórico-dogmático*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 433 pp.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2004). La *summa divisio* de bienes y recursos naturales en la Constitución de 1980. *Ius Publicum*, N° 12, pp. 105-126.
- VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín (1956). *Derecho administrativo*. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, T VI, 662 pp.
- VON GLEICH, Utta y Gálvez, Ernesto (1999). Pobreza étnica en Honduras. Disponible en: <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd47/etnica.pdf> [fecha de consulta: 3 de diciembre de 2019].
- YOLIS, Lisandro (2015). La distribución de regalías en materia de hidrocarburos en países federales. *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería (RADEHM)*, N° 6, pp. 1-25.
- ZABALLA, Hernán M. y ARBELECHE, Sergio D. (2014). Evolución de la intervención estatal en la legislación minera argentina. *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería (RADEHM)*, N° 1, pp. 101-132.
- ZANNONI, Eduardo (2005). *Código Civil y leyes complementarias*. Buenos Aires, Astrea, T 10, 1007 pp.

### Jurisprudencia citada

- C.S.J.N., "Municipalidad de la Capital c/ Elortondo, Isabel A.", sentencia del 14 de abril de 1888, Fallos: 33: 162.
- C.S.J.N., "Nicolás Arias Murúa c/ Provincia de Salta s/ expropiación", sentencia del 12 de junio de 1906, Fallos: 104: 247.
- C.S.J.N., "Sastre, Ángel c/ Gobierno Nacional s/ expropiación", sentencia del 20 de abril de 1924, Fallos: 140: 207.
- C.S.J.N., "Casado, Pedro y otros c/ Provincia de Santa Fe por daños y perjuicios", sentencia del 1 de abril de 1925, Fallos: 143: 59.
- C.S.J.N., "Acuña, Joaquín c/ S.A. Ganadera e Industrial de Tucumán s/ reivindicación", sentencia del 23 de febrero de 1927, Fallos: 148: 241.
- C.S.J.N., "Garro, Pedro I. y Arias, Carlos M. c/ Ortega Rufino s/ reivindicación", sentencia del 26 de agosto de 1927, Fallos: 149: 157.
- C.S.J.N., "Marconetti, Boglione y Cia. c/ Municipalidad de Santa Fe s/ juicio contencioso administrativo", sentencia del 20 de mayo de 1929, Fallos: 154: 312.
- C.S.J.N., "Guari, Lorenzo y otros c/ Provincia de Jujuy s/ reivindicación", sentencia del 9 de septiembre de 1929, Fallos: 155: 302.
- C.S.J.N., "Frigorífico Swift de La Plata s/ infracción L. 11317", sentencia del 16 de octubre de 1938, Fallos: 182: 157.
- C.S.J.N., "Ministerio de Guerra c/ Rouillón, Magdalena V. de", sentencia del 23 de febrero de 1938, Fallos: 180: 48.
- C.S.J.N., "Swift de La Plata S.A.", sentencia del 20 de diciembre de 1943, Fallos: 197: 507.
- C.S.J.N., "Nación c/ Falabella, Antonio y otro", sentencia del 10 de noviembre de 1944, Fallos: 200: 219.
- C.S.J.N., "Alegre, Argentino Victoriano y otros - Demanda de inconstitucionalidad", sentencia del 3 de mayo de 1956, Fallos: 234: 568.
- C.S.J.N., "Liberti, Atilio César Suc.", sentencia del 10 de agosto de 1956, Fallos: 235: 571.
- C.S.J.N., "Nación c/ Urdandiz Luis M.", sentencia del 23 de abril de 1956, Fallos: 234: 457.
- C.S.J.N., "Larralde, Lorenzo, y otros", sentencia del 2 de marzo de 1959, Fallos: 243: 9.
- C.S.J.N., "Lusardi, Manuel suc.", sentencia del 1 de diciembre de 1961, Fallos: 251: 350.
- C.S.J.N., "Provincia de Buenos Aires c/ S.A. Empresas Eléctricas de Bahía Blanca", sentencia del 21 de diciembre de 1962, Fallos: 254: 441.

- C.S.J.N., "Provincia de Misiones c/ Aceguinolaza, Héctor Ricardo y otros", sentencia del 29 de octubre de 1965, Fallos: 263: 158.
- C.S.J.N., "Franck, Roberto Ángel c/ Provincia de Buenos Aires", sentencia del 14 de noviembre de 1969, Fallos: 257: 357.
- C.S.J.N., "Provincia de La Pampa c/ Nación Argentina y Consejo Nacional de Educación", sentencia del 6 de marzo de 1970, Fallos: 276: 104.
- C.S.J.N., "Barceló, Arturo Leónidas. c/ Nación", sentencia del 28 de febrero de 1973, Fallos: 285: 78.
- C.S.J.N., "Provincia de Buenos Aires c/ Nación Argentina", sentencia del 29 de marzo de 1977, Fallos: 297: 236.
- C.S.J.N., "Urrutia Hnos. S.C.A. y otros c/ Provincia de Misiones", sentencia del 12 de julio de 1977, Fallos: 298: 341.
- C.S.J.N., "De Bassi de Bortot, M. Luisa c/ Provincia del Chubut", sentencia del 31 de octubre de 1978, Fallos: 300: 1145.
- C.S.J.N., "Yacimientos Petrolíferos Fiscales", sentencia del 3 de mayo de 1979, Fallos: 301: 341.
- C.S.J.N., "Somoza, Carlos Lucio c/ Provincia de Buenos Aires", sentencia del 2 de marzo de 1982, Fallos: 304: 251.
- C.S.J.N., "Schuchard S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", sentencia del 6 de octubre de 1983, Fallos: 305: 1672.
- C.S.J.N., "COMENSA (Cía. Mendocina S.A.) c/ Pcia. de Mendoza s/ A.P.A.", sentencia del 28 de junio de 1988, Fallos: 311: 1148.
- C.S.J.N., "Dinel SA. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", sentencia del 7 de abril de 1992, Fallos: 315: 660.
- C.S.J.N., "Maruba S.C.A. Empresa de Navegación Marítima c/ Itaipú s/ daños y perjuicios", sentencia del 5 de febrero de 1998, Fallos: 321: 48.
- C.S.J.N., "Luis de Ridder Ltda. SAC. s/ quiebra incidente de exclusión de Knowles and Foster SRL", sentencia del 9 de junio de 1994, Fallos: 317: 614.
- C.S.J.N., "Puente del Plata S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa", del 16 de abril de 2013, P. 584. XXXIII. ORI.
- C.S.J.N., "Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", sentencia del 4 de junio de 2019, Fallos: 342: 917.
- C.S.J.N., "Recurso Queja N° 1. Telefónica Móviles Argentina S.A. Telefónica Argentina S.A. c/ Municipalidad de Gral Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad", sentencia del 2 de julio de 2019, Fallos: 342: 1061.
- T.S.J de Neuquén, "Fiscalía de Estado de la provincia del Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad", sentencia del 22 de diciembre de 2017, fallo N° 8/2017, disponible en: <http://200.70.33.133/cmoext.nsf/86df637a4ff5a-220032580c1003eb680/872079b7c9d605e20325822c003a4a89?OpenDocument>
- CApel. CC de Rosario, "Rosario Rowing Club", sentencia del 5/4/1982, Jurisprudencia Argentina, T. 1982-III, p. 573 y ss.
- Pollard's Lessee v. Hagan et al., 44 U.S. (3 How.) 212 (1845).
- Kohl v. United States, 91 U.S. 367 (1875).
- United States v. Gettysburg Electric Railroad Company, 160 U.S. 668 (1896);
- Chicago, Burlington & Quincy Railroad Co. v. City of Chicago, 166 U.S. 226 (1897).
- Berman v. Parker, 348 U.S. 26 (1954).
- Penn Central Transportation v. New York City, 438 U.S. 104 (1978).
- Hawaii Housing Authority v. Midkiff, 467 U.S. 229 (1984).
- Kelo v. City of New London, 545 U.S. 469 (2005).
- Davidson v. New Orleans, 96 U.S. 97 (1878).
- People ex rel. Griffin v. Brooklyn, 4 N. Y. 419 (1951).
- Paulsen v. Portland, 149 U.S. 30 (1893).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Expediente N° 0048-2004-PI/TC, "José Miguel Morales Dasso, en representación de cinco mil ciudadanos (demandante) contra el Congreso de la República (demandado), resolución del 1/4/2005. Disponible en: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>.

## Normas citadas

- Art. 75 inciso 17; art. 75, inc. 2º; art. 75, inc. 30; art. 75, inc. 31; art. 123; art. 124; art. 125, 2º párr.; art. 129, Constitución de la Nación Argentina. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
- Art. 40, segundo párrafo, Constitución de la Nación Argentina de 11/3/1949 Disponible en: <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1571>
- Congreso de la Unión. 1917. Constitución Política de los Estados Unidos de México. Publicada el 5 de febrero de 1917 en el Diario Oficial de la Federación.
- Constitución Política del Estado de Bolivia de 1967.
- Constitución de Honduras de 1924.
- Constitución de Honduras, de 1982.
- Constitución de la provincia de Buenos Aires (B.O., 14/9/1994).
- Constitución de la provincia de Salta (B.O. 22/4/1998).
- Constitución de la provincia de Santa Cruz (B.O. 27/11/1998).
- Constitución de la provincia de Corrientes (B.O. 13/6/2007).
- Constitución de la provincia de Entre Ríos (B.O. 15/10/2008).
- Constitución de la provincia de La Rioja (B.O. 20/5/2008).
- Constitución de la provincia del Chubut de 1994, texto consolidado por Ley V N° 129 (B.O. 1/6/2010).
- Constitución de la provincia de Misiones (B.O. 21/4/1958).
- Constitución de la provincia de San Juan (B.O. 7/5/1986).
- Constitución de la provincia de San Luis (B.O. 8/4/1987).
- Constitución de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e islas del Atlántico Sur (B.O. 28/5/1991).
- Constitución de la provincia del Chaco de 1957-1994, texto ordenado (B.O. 7/12/1994).
- Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (B.O.C.B.A. 10/10/1996, fe de erratas B.O.C.B.A. 3/2/1998).
- Constitución de la provincia de Formosa (B.O. 8/7/2003).
- Constitución de la provincia de Río Negro (B.O. 13/6/1988, fe de erratas, B.O. 28/7/1988).
- Constitución de la provincia de Catamarca (B.O. 7/9/1988).
- Constitución de la provincia del Neuquén (B.O. 3/3/2006).
- Art. 2506; art. 2507; art. 2511. Cód. Civ., Disponible en: [http://www.infoleg.gob.ar/?page\\_id=67](http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=67)
- Art. 7º; art. 9º; art. 10, Cód. de Min. Disponible en: [http://www.infoleg.gob.ar/?page\\_id=67](http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=67)
- Art 15; art. 16; art. 18, Cód. Civ. y Com. de la Nación. Disponible en: [http://www.infoleg.gob.ar/?page\\_id=67](http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=67)
- Código Civil de la República de Chile, 14 diciembre 1855.
- Ley N° 3267 aprobación de protocolo sobre adquisición de inmuebles para las respectivas legaciones, R.N. 1895, t. II: p. 557, de 1892.
- Ley N° 17319 de Hidrocarburos, B.O. 30/6/1967.
- Ley N° 18310 reglamentación e interpretación del art. 67, inc. 27, Const. Nac.; utilidad nacional, B.O. 25/8/1969.
- Ley N° 24145 de federalización de hidrocarburos, Y.P.F. S.A., B.O. 6/11/1962.
- Ley N° 24749 parques nacionales, Quebrada del Condorito, cesión, B.O. 6/1/1997.
- Ley N° 24912 Reserva Nacional Lanín, límites, modificación, B.O. 26/1/1998.
- Ley N° 24922 régimen federal de pesca, B.O. 12/1/1998.
- Ley N° 25077 convenios, provincia de San Juan, B.O. 19/1/1999.
- Ley N° 25447 Parque Nacional Mburucuyá, B.O. 13/2/2002.
- Ley N° 25755 Parque Nacional Nahuel Calel, La Pampa, B.O. 25/8/2003.
- Ley N° 26197 de hidrocarburos, B.O. 5/1/2007.
- Ley N° 26438 Consejo Hídrico Federal, acta constitutiva, B.O. 15/1/2009.
- Ley N° 26446 Parque Interjurisdiccional Marino Costero Patagonia Austral, B.O. 12/1/2009.
- Ley N° 26639 Preservación de Glaciares, B.O. 28/10/2010.
- Ley N° 26817 Parque Interjurisdiccional Marino Makenke, B.O. 14/12/2012.
- Ley N° 26818 Parque Interjurisdiccional Marino Isla Pingüino, B.O. 14/12/2012.

- Ley N° 26994 aprobación del Código Civil y Comercial de la Nación, B.O. 8/10/2014.  
Ley N° 27413 ratificación de acuerdo de creación de la Comisión Interjurisdiccional Argentina de la Cuenca del Río Pilcomayo, B.O. 15/12/2017.  
Ley N° 27481 parques y reservas nacionales, Reserva Nacional Iberá, B.O. 21/12/2018.  
Ley N° 27509 convenios, ratificación de convenio para la integración de la Comisión Interjurisdiccional de la Cuenca de Laguna La Picasa, B.O. 19/7/2019.  
Oil and Gas Leases, Pennsylvania Statutes, vol 58, § 33. Disponible en: <https://www.legis.state.pa.us/cfdocs/legis/LI/consCheck.cfm?txtType=HTM&ttl=58>.

### Otras fuentes

- Proclama del 27/4/1956, publicada en *Anales de Legislación Argentina*, t. 1956-A: pp. 1-2.  
Convención Nacional Constituyente (1994): *Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente*. Disponible en: <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>



# La gestión integrada de recursos hídricos en la regulación de aguas. Identificación y propuesta de avances, a partir de instrumentos vigentes

The integrated management of water resources in the regulation of the waters. Identification and advances proposal starting from in force instruments

Christian Rojas Calderón\*

Anima este trabajo, la convicción de que la gestión de las aguas ya no se puede atender y resolver, exclusivamente, por medio de los instrumentos jurídicos que provee de manera sólo la legislación de aguas, en especial del Código, lo que se manifiesta sobre todo cuando se trata de implementar una Gestión Integrada de Recursos Hídricos (GIRH). Así, será materia de éste trabajo, la identificación de los aspectos centrales de la GIRH y de su reconocimiento; la caracterización general del régimen unitario de aguas en Chile con análisis de algunas particularidades en zonas específicas; y la

Motivates this work the conviction that the management of water resources cannot be attended and solved exclusively by legal means that provide only a legislation of the waters, specially the Code, this manifests above all when trying to implement an integrated water resources management (IWRM). So, it will be a matter of this work the identification of the central aspects of the IWRM and its recognition; the general characterization of the unitarian regime of the waters in Chile with the analysis of some particularities in specific zones; and

RESUMEN / ABSTRACT

\* Profesor [Asistente] de Derecho Administrativo, Derecho de Aguas y Derecho del Medio Ambiente, de la Universidad Adolfo Ibáñez. Dirección Postal: Av. Alberto Hurtado N° 750. Viña del Mar, Chile.

Licenciado en Ciencias Jurídicas (1998), U. de Valparaíso; Abogado (2000); Magíster en Ciencia Jurídica (2008) y Doctor en Derecho (2011), P. U. Católica de Chile. Investigador Asociado del Grupo de Regulación de Riesgos y Sectores Estratégicos (GRRISE) de la U. de Barcelona. Correo electrónico: christian.rojas@uai.cl.

Se deja constancia que este trabajo recibió la colaboración de Josefa Asalgado Wilkendorf, Ayudante de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Recibido el 1 de octubre de 2018 y aceptado el 21 de noviembre de 2019.

propuesta de unas bases jurídicas a partir de la regulación vigente para hacer GIRH basada en tres clases de instrumentos jurídicos de relevancia: reglamentos regionales, evaluación ambiental estratégica, y normas de calidad ambiental.

**Palabras clave:** Gestión, planificación, agua, integración.

the proposal of some legal bases starting from the actual regulation to do an IWRM based on three types of relevant legal instruments: regional regulations, strategic environmental assessment and environmental quality standards.

**Keywords:** Management, planification, water, integrated.

## Introducción

La Gestión Integrada de Recursos Hídricos (GIRH) es un tema que lleva largo tiempo debatiéndose en Chile, y que requiere –conforme la mayoría de los estudios– un conjunto de medidas que reúna forzosamente las tareas que hoy se encuentran divididas en múltiples entes, algunos de carácter estatal y otros de carácter privado. Y lo que se ha sostenido hasta ahora, es que faltan normas para poder hacer eso, pues el Código de Aguas no la contempla.

Lo que pretende este trabajo es sostener lo contrario, pues a lo menos desde el punto normativo, si bien en el Código no hay referencias explícitas, sí pueden verse atisbos de ello implícitamente y, junto con otras disposiciones de carácter legal o reglamentario, posibilitaría hoy construir una Gestión Integrada de Recursos Hídricos en Chile.

### I. La Gestión Integrada de Recursos Hídricos, sus fundamentos y reconocimiento<sup>1</sup>

#### 1. Concepto de GIRH y su fundamento

En general, la idea de plan y de planificación arranca siempre de la consideración global y conjunta de una determinada realidad. Con el fin de incidir en ella y para alcanzar determinados objetivos, establece las conductas que hay que seguir, precisando también los medios necesarios al efecto. Expresiones, las que han quedado subrayadas, que son las que permiten aproximarnos a una posible categorización del esquema estructural. Al efecto, Martín-Retortillo sostiene que planificación y plan no son conceptos necesariamente coincidentes, de tal manera que todo plan conlleva una determinada actividad o planificación pero se puede planificar no sólo a través de planes. Los objetivos que la planificación postula se pueden alcanzar a través de muy diversas técnicas de acción, como concesiones, autorizaciones, subvenciones, de manera que se acaba afirmando que es imposible tipificar

<sup>1</sup> Esta parte se basa en el Documento de Trabajo “Diagnóstico y propuestas jurídicas para la gestión integrada de recursos hídricos en la Región de Antofagasta” (inédito), del Comité Técnico de Estudios, Investigación y Política Pública desarrollado por el Instituto de Políticas Públicas (IPP) de la U. Católica del Norte. Se reconoce la tarea de coordinación y recopilación realizada por el Investigador David Espada M.

el fenómeno planificador porque son muchas las figuras o instrumentos que se utilizan para llevarlo a cabo<sup>2</sup>.

Especialmente relevante a nuestros efectos es lo sostenido por Caporena, cuando tratando los fundamentos de la planificación de los recursos hídricos señala que “debido a la íntima relación entre las aguas superficiales, subterráneas, interiores y costeras, la calidad de los recursos hídricos y sus problemas asociados, así como la planificación, tienen que seguir un profesado integrado a nivel de cuenca”<sup>3</sup>.

Por su parte, Embid Irujo no aconseja realizar un tratamiento unitario de toda la planificación administrativa ya que, dadas las peculiaridades de cada una de las diferentes planificaciones, los resultados son más fructíferos si se profundiza a nivel de cada sector al que responde el fenómeno planificador y el propio concepto de plan, cuyas previsiones, en cualquier caso, se proyectan además durante un tiempo determinado.

De lo dicho, vemos que el plan ha de servir para alcanzar determinados objetivos que se han de delimitar y establecer, de manera tal que el plan como técnica de acción, se establece y legitima para conseguir unos objetivos. Esto afirma el carácter instrumental del plan. Y, por otro lado, la determinación de los objetivos es normalmente una opción política, y entre ellos se ubica la gestión integrada de recursos hídricos; así el plan es el instrumento y la GIRH es el objetivo final; y en este sentido la centralidad de la planificación es crucial para que exista integralidad en la administración de los recursos hídricos.

Luego, Embid Irujo sostiene<sup>4</sup> que en el ámbito de la moderna política del agua, deben existir dos clases de consensos:

a) Debe existir una Ley de Aguas que contenga el marco jurídico de la utilización y protección del recurso hídrico que la entidad competente deberá aplicar en su labor de gestión.

b) La gestión del agua debe desarrollarse en el marco de una planificación administrativa específica que suele recibir el nombre de Planificación hidrológica.

Y una consecuencia lógica: Uno de los contenidos necesarios de la Ley de Aguas debe ser el relativo a la planificación lo que incluye al menos: a) Especificación de los tipos de Plan (si hay más de uno); b) Sus contenidos; c) Su forma de elaboración y aprobación; y d) Su encaje con la legislación de aguas.

De esta manera el Plan es el instrumento jurídico de la GIRH. Y, por lo mismo, resulta central para una buena gestión de este vital recurso. Así, la funcionalidad que cumple la planificación hidrológica se encuentra en: a) Información sobre recursos hídricos; b) Previsión sobre la utilización y protección

<sup>2</sup> MARTÍN-RETORTILLO 1999, 326-327.

<sup>3</sup> CAPORENA, 2014, 337.

<sup>4</sup> EMBID IRUJO 1999, 92-104.

del agua. Consiguiente vinculación a la acción de la Administración hídrica (autorizaciones, concesiones, permisos...); c) Orientación para la realización de futuras inversiones (conexión con la ley de presupuestos); d) Realización efectiva de una política de nexo entre agua, energía y alimentación que solo es posible en el marco de la planificación; y e) Reducción de la discrecionalidad administrativa en la gestión del agua. Y se asoma una clara nueva funcionalidad de la planificación: gestión del riesgo de sequía e inundación.

En consecuencia, los planes de gestión integral de recursos hídricos, por cuenca hidrográfica deben tener una: Descripción de los usos del agua presentes y futuros en su ámbito territorial; Descripción de las necesidades hídricas en cada cuenca; Elementos de preservación del agua para el cumplimiento de los objetivos del plan; Orden de prioridad de los aprovechamientos del agua para actividades productivas, adaptado a las necesidades de la respectiva cuenca; y Descripción de las fuentes de agua y de las áreas de protección hídrica en cada cuenca y los medios de salvaguardarlas<sup>5</sup>.

Otra de las definiciones más divulgadas es la propuesta por la Global Water Partnership (GWP) para quienes la Gestión Integrada de Recursos Hídricos “[e]s un proceso que promueve el manejo y desarrollo coordinado del agua, la tierra y los recursos relacionados, con el fin de maximizar el bienestar social y económico resultante de manera equitativa sin comprometer la sustentabilidad de los ecosistemas vitales”<sup>6</sup>. A partir de ello, cabe señalar que se trata de un concepto holístico que busca incorporar en la gestión del agua todos aquellos elementos relacionados con ella, haciendo énfasis en la eficiencia económica, la sustentabilidad ambiental y la equidad. Estos últimos se presentan como criterios primordiales en toda la GIRH.

Por medio de la *eficiencia económica* busca que el agua se use con la máxima eficiencia posible considerando el incremento en la escasez del agua, su fragilidad y vulnerabilidad, además de su creciente demanda. Por medio de la *equidad*, busca que el derecho básico de todas las personas a acceder a un suministro de agua –en cantidad y calidad suficiente–, sea universalmente reconocido. Y en virtud de la *sustentabilidad ambiental* se persigue que el uso actual del recurso sea manejado de forma tal que no se deterioren los sistemas de sostenimiento de la vida, pudiendo asegurarse que futuras generaciones puedan hacer uso de este recurso<sup>7</sup>.

De este modo, un enfoque fragmentado tradicional o puramente sectorial ya no es viable ni permite un desarrollo sostenible, y un enfoque más holístico es esencial como medio de superación de las dificultades cada vez más crecientes en este ámbito, a lo cual contribuye la GIRH<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> EMBID IRUJO 2012, 85-90. También en EMBID IRUJO 2018, 189.

<sup>6</sup> GLOBAL WATER PARTNERSHIP 2004a, 22.

<sup>7</sup> GWP 2004a, 30.

<sup>8</sup> UN Water 2008, 4-5.

## 2. Antecedentes y reconocimiento internacional de la GIRH

Se reconoce a la *Conferencia de Naciones Unidas sobre el Agua*, celebrada en Mar del Plata entre el 14 y 25 Marzo de 1977, como punto de quiebre en el tratamiento que la comunidad internacional había realizado sobre el agua.

En efecto, antes y después de la Conferencia de Mar del Plata se realizaron otras reuniones que tuvieron por objeto diversos aspectos de la utilización del agua, pero todas ellas tomaron en cuenta el agua como recurso para ser utilizado por un sector específico y no como un elemento natural indispensable que debe ser considerado de manera integrada y comprensiva. Por el contrario, la Conferencia de Mar del Plata adoptó ese enfoque totalizador o comprensivo que parte por reconocer que el agua no es sólo un bien para ser usado, sino también un bien para ser protegido y cuidadosamente administrado<sup>9</sup>.

Sin embargo, el origen específico de la GIRH podemos encontrarlo en la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente celebrada en Dublín en 1992, la que fue el primer intento de la comunidad internacional para hacer frente al problema de la escasez del recurso hídrico desde la gestión de las aguas. Como conclusión de esta conferencia, se acordaron los *Principios de Dublín sobre el agua y el desarrollo sostenible* que establecen: 1) El agua dulce es un recurso finito y vulnerable, esencial para sostener la vida, el desarrollo y el medio ambiente; 2) El aprovechamiento y la gestión del agua debe inspirarse en un planteamiento basado en la participación de los usuarios, los planificadores y los responsables de las decisiones a todos los niveles; 3) La mujer desempeña un papel fundamental en el abastecimiento, la gestión y la protección del agua; y 4) El agua tiene un valor económico en todos sus diversos usos en competencia a los que se destina y debería reconocérsele como un bien económico. Como recomendación para hacer efectivo dichos principios rectores se estableció que “[u]na gestión integrada de las cuencas fluviales ofrece la posibilidad de salvaguardar los ecosistemas acuáticos, y de aportar ventajas a la sociedad sobre una base sostenible”.

Luego, en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo celebrada en Río de Janeiro en 1992, estos principios fueron plasmados en el *Programa 21* cual establece en su Capítulo 18 una serie de recomendaciones en relación con la gestión integrada del recurso hídrico. En particular el párrafo 18.8. establece que “[l]a ordenación integrada de los recursos hídricos se basa en la percepción de que el agua es parte integrante del ecosistema, un recurso natural y un bien social y bien económico cuya cantidad y calidad determinan la naturaleza de su utilización. Con tal fin, hay que proteger esos recursos, teniendo en cuenta el funcionamiento de los ecosistemas acuáticos y el carácter perenne del recurso con miras a satisfacer y conciliar las necesidades de agua en las actividades humanas. En el aprovechamiento y el uso de los recursos hídricos ha de darse prioridad a la satis-

<sup>9</sup> DEL CASTILLO 2009, 23.

facción de las necesidades básicas y a la protección de los ecosistemas. Sin embargo, una vez satisfechas esas necesidades los usuarios del agua tienen que pagar unas tarifas adecuadas". Agrega el párrafo 18.9. que "[l]a ordenación integrada de los recursos hídricos, incluida la integración de los aspectos relativos a las tierras y a las aguas, tendría que hacerse a nivel de cuenca o sub-cuenca de captación"<sup>10</sup>.

Esta preocupación por el desarrollo sustentable y los recursos hídricos fue reafirmada en la Cumbre del Milenio. En efecto, uno de los objetivos de la *Declaración del Milenio* es "[p]oner fin a la explotación insostenible de los recursos hídricos formulando estrategias de ordenación de esos recursos en los planos regional, nacional y local, que promuevan un acceso equitativo y un abastecimiento adecuado"<sup>11</sup>.

Posteriormente en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo sustentable celebrada en Johannesburgo el 2002, la comunidad internacional adoptó el *Plan de Implementación de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible*, con la finalidad de avanzar en la aplicación de la Agenda 21. En virtud de dicho plan los Estados acordaron "[e]laborar planes de gestión integrada y aprovechamiento eficiente de los recursos hídricos para el año 2005, prestando apoyo a los países en desarrollo y adoptando medidas en todos los planos para: 1) Elaborar y aplicar estrategias, planes y programas nacionales y regionales para la ordenación integrada de los ríos, las cuencas hidrográficas y las aguas subterránea"<sup>12</sup>.

Recientemente en la Cumbre *Rio+20* de 2012 se volvieron a reafirmar estos los compromisos para el desarrollo de una GIRH<sup>13</sup>.

Particular importancia para las zonas áridas tiene la *Convención de las Naciones Unidas para la Lucha contra la Desertificación*<sup>14</sup>, de la cual Chile es parte desde el año 1998<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> NACIONES UNIDAS 1992, 265-266. La Conferencia fue celebrada entre del 3 al 14 de junio en Río de Janeiro. En particular el párrafo 18.11 del Programa 21 establece que "Todos los Estados, según la capacidad y los recursos de que dispongan, y mediante la cooperación bilateral o multilateral, incluidas, según proceda, las Naciones Unidas y otras organizaciones competentes, podrían fijar los objetivos siguientes: a) Para el año 2000: i) Haber elaborado e iniciado programas de acción nacionales con costos y metas determinados, y haber establecido las estructuras institucionales y los instrumentos jurídicos apropiados; ii) Haber establecido programas eficaces de aprovechamiento del agua para lograr sistemas sostenibles de aprovechamiento de los recursos; b) Para el año 2025: i) Haber alcanzado las metas subsectoriales de todas las áreas de programas sobre el agua dulce. Se entiende que el logro de los objetivos cuantificados en los incisos i) y ii) supra dependerá de los recursos financieros nuevos y adicionales que se faciliten a los países en desarrollo de conformidad con las disposiciones pertinentes de la resolución 44/228 de la Asamblea General.

<sup>11</sup> Naciones Unidas 2002, 7.

<sup>12</sup> *Ibid.*, 23.

<sup>13</sup> Naciones Unidas 2012. En particular, UNEP 2012, 106.

<sup>14</sup> NACIONES UNIDAS 1994 (4-5, art.1, 11-13 art. 10, 59 anexo).

<sup>15</sup> Esta convención entró en vigencia en Chile el 13 de febrero de 1998, a través del Decreto N° 2065 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Dicha convención, en su art. 1º establece que “desertificación” es la degradación de las tierras de zonas áridas, semiáridas y sub-húmedas secas resultante de diversos factores, tales como las variaciones climáticas y las actividades humanas y “lucha contra la desertificación” las actividades que forman parte de un aprovechamiento integrado de la tierra de las zonas áridas, semiáridas y subhúmedas secas para el desarrollo sostenible y que tienen por objeto: 1) la prevención o la reducción de la degradación de las tierras, 2) la rehabilitación de tierras parcialmente degradadas, y 3) la recuperación de tierras desertificadas. En este contexto, el art. 10º regula los programas de acción nacionales estableciendo que su objeto consiste en determinar cuáles son los factores que contribuyen a la desertificación y las medidas prácticas necesarias para luchar contra la desertificación y mitigar los efectos de la sequía. Particularmente, en relación a América Latina y el Caribe se establece que dichos programas deberán establecer una gestión sostenible de los recursos naturales, en particular el manejo racional de las cuencas hidrográficas (anexo III, Art. 4º (d)).

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, en adelante (OCDE), por su parte, aprobó en 2015 los *Principios de Gobernanza del Agua de la OCDE* donde con una mirada más crítica señalan que la GIRH “ha dado resultados desiguales entre países y dentro de éstos, y requiere de marcos operativos que consideren los aspectos a corto, mediano y largo plazo de una manera coherente y sostenible. A la luz de tales desafíos de implementación, los *Principios* buscan ayudar a los diferentes órdenes de gobierno a fortalecer la gobernanza del agua para adaptarse a los desafíos del agua actuales y futuros”<sup>16</sup>. Sobre esto, volveremos más adelante.

El establecimiento de una GIRH se presenta así, como una necesidad transversal a otras preocupaciones de la comunidad internacional, principalmente en materia de desarrollo sostenible<sup>17</sup>. Así, por ejemplo, en relación con el cambio climático el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) ha señalado que la GIRH podría ser un buen instrumento para explorar medidas de adaptación al cambio climático<sup>18</sup>; en relación a la seguridad alimentaria la La Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) ha señalado que la seguridad agrícola y alimentaria está íntimamente ligada al agua, y por tanto, las políticas en estas materias deberían de ser consistentes. Las autoridades deben

<sup>16</sup> OCDE 2015, 3.

<sup>17</sup> Sin embargo, no todos ven con buenos ojos la hegemonía internacional de la GIRH en cuanto discurso. Para Mukhtarov y Cherp existen graves peligros en la adopción acrítica de este modelo de gestión del agua a nivel nacional o local. Señalan que la hegemonía del discurso global en relación a GIRH son peligrosas en tres sentidos: 1) privilegia el conocimientos de expertos y científicos como vía de conocimiento (opuesto al conocimiento basado en valores o del conocimiento adquirido con la práctica); 2) denigran la importancia de lo específico y particular en contextos políticos; y 3) incentiva a los actores a adoptar el vocabulario de la gestión integrada y de la participación sin un compromiso real con este, lo que crea dificultades en la supervisión significativa del progreso de la GIRH en los hechos. MUKHTAROV F. y CHERP, A. 2014, 17.

<sup>18</sup> IPCC 2008, 51-53.

dejar de considerar al agua como un sector económico separado de otros y participar más activamente con otros sectores económicos para enfrentar la escasez de agua en toda su complejidad y, de este modo, hacer que sus estrategias sean coherentes con las decisiones claves que se adoptan en otros sectores. Este diálogo inter-sectorial es esencial para la operación de la GIRH<sup>19</sup>. En relación con el medio ambiente, el Programa de Naciones Unidas para el Ambiente (UNEP) ha señalado que una GIRH apoya el mantenimiento de caudales ambientales y reservas ecológicas y lo ha incluido como parte de su programa político y estratégico en relación con el agua<sup>20</sup>. Como se puede apreciar la GIRH ha sido reconocida y adoptada por los actores claves en diversas materias sectoriales.

El discurso internacional por una GIRH ha calado fuerte a nivel local, siendo varios los países que han iniciado los procesos para adoptar una gestión integrada y han incorporado expresamente el término "GIRH" en su legislación. Así las cosas, de acuerdo al último reporte de UN-WATER existen aproximadamente 104 países, entre desarrollados y en vías de desarrollo, que están en proceso de adoptar una GIRH<sup>21</sup>.

Se ha señalado que la implementación de un proceso de GIRH consta de tres pilares fundamentales: i) el avanzar hacia un ambiente propicio de políticas, estrategias y leyes para el desarrollo y la gestión de los recursos hídricos sostenible, ii) el establecer un marco institucional a través del cual las políticas, estrategias y leyes pueden ser implementadas, y iii) la creación de instrumentos de gestión requeridos por estas instituciones para hacer su trabajo<sup>22</sup>.

El monitoreo del cumplimiento de estos pilares ha sido la mayor preocupación de los organismos internacionales relacionados con el agua, principalmente de la UN-WATER. Al efecto, dicho organismo creó en el año 2006 un equipo de trabajo para el monitoreo y reporte de la implementación de la GIRH a nivel local, es decir, de cada lugar donde se requiera a nivel concreto y conforme las características de ese sitio, pues se comprende que metodológicamente es en ese nivel donde se debe realizar el trabajo y seguimiento de esta fórmula de gestión de los recursos hídricos.

El primer reporte que elaboraron fue el *Status Report on Integrated Water Resources Management and Water Efficiency Plans* (2008) el cual fue preparado para la 16ª sesión de la Comisión sobre Desarrollo Sustentable. En 2008, UN-WATER aunó el equipo de trabajo sobre GIRH con el de Monitoreo, lo que dio lugar al Grupo de Trabajo sobre Indicadores Monitoreo e Información; y en esa oportunidad Chile informó que se encontraba preparando los planes para adoptar una GIRH.

---

<sup>19</sup> FAO 2008, 60.

<sup>20</sup> UNEP 2012.

<sup>21</sup> UN-WATER 2008, 53.

<sup>22</sup> WORLD WATER ASSESSMENT PROGRAMME 2009, 3-4.

Posteriormente, se elaboró el *Status Report on the application of Integrated Approaches to Water Resources Management* (2012) para la Conferencia de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas (más conocida como "Rio+20").

En consecuencia, la economía global y la sociedad son dinámicas y el medio ambiente natural también está sujeto a cambios; de modo tal que el sistema de GIRH necesitará, por tanto, ser sensible a los cambios y ser capaz de adaptarse a las nuevas condiciones económicas, sociales y ambientales y a los cambiantes valores humanos<sup>23</sup>.

### 3. La concreción de la GIRH a nivel de cuenca

Conforme lo revisado hasta ahora, la gestión a nivel de cuenca se centra en la aplicación de los principios de la GIRH sobre la base de una mejor coordinación entre los operadores y las entidades administradoras de las aguas a nivel de cuenca, con un enfoque en la asignación y distribuciones confiable y equitativa a quienes dependen del agua.

Se señala que es a nivel de cuenca donde los esquemas de cooperación y los esfuerzos de largo alcance basados en coordinación, colaboración y acciones conjuntas, se implementan actualmente<sup>24</sup>. Así las cosas, la GIRH a nivel de cuenca se ha definido como "un proceso que permite la gestión coordinada del agua, la tierra y los recursos asociados dentro de los límites de una cuenca para optimizar y compartir equitativamente el resultante bienestar socio-económico sin comprometer la salud de ecosistemas vitales a largo plazo"<sup>25</sup>.

Luego, las necesidades de un país por una gestión del recurso hídrico varían de acuerdo a sus características (geografía, clima, tamaño, población, etc.). Ya sea un país o una cuenca hidrográfica cada área tiene distintos problemas y desafíos en relación con el agua y, por tanto, cada país o cuenca hidrográfica debe plasmar su propia visión y planes de acuerdo a su situación única.

Dentro de las condiciones importantes para la implementación de una GIRH se señalan las siguientes: a) La voluntad política y el compromiso, b) Plan de gestión de cuenca y una visión clara, c) Mecanismos de participación y coordinación, d) El desarrollo de capacidades, e) Un marco jurídico y regulatorio bien definido, f) Planes de asignación del agua, g) Inversión adecuada, estabilidad financiera y una recuperación de costos sustentable, g) Buen conocimiento de los recursos naturales presentes en la cuenca, y h) Un comprensible monitoreo y evaluación<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> GWP 2004b, 12.

<sup>24</sup> UNESCO 2009, 2-3.

<sup>25</sup> GWP - INBO 2009, 18.

<sup>26</sup> UNESCO 2009, 13-18 (donde se indican esos puntos).

Es importante mencionar que no se trata de requisitos previos para la implementación de la GIRH. Como señalamos anteriormente, la GIRH es un proceso y como tal tiene por objeto crear una seguridad hídrica sostenible dentro de las actuales limitaciones a través de una mejora de las condiciones en cada cuenca. Los administradores del agua deben reconocer qué condiciones son esenciales para una gestión efectiva, cuáles no podrán ser establecidas inmediatamente, y cuáles podrán ser desarrolladas total o parcialmente para así avanzar progresivamente en la GIRH.

Por último, los organismos de cuenca proporcionan un buen mecanismo institucional para facilitar la implementación de una GIRH, pues es a nivel de base donde se perciben los cambios en la implementación de mecanismos de mejora.

La aplicación de la GIRH por un organismo de cuenca varía de acuerdo a las condiciones y requerimientos de cada cuenca hidrográfica. Varias cuencas han establecido cuerpos coordinados para facilitar su gestión.

Tal es el caso de la cuenca del Limarí a través del "Sistema Paloma" –hoy la Comunidad de Aguas del Sistema del Embalse Paloma (CASEP)–, que integra a comunidades de agua, asociaciones de canalistas y juntas de vigilancia en un solo gran sistema de administración de los recursos hídricos de la provincia; la cuenca del Elqui agrupados en torno a la Junta de Vigilancia del Río Elqui y sus afluentes que integra de nuevo a todos los usuarios de comunidades de agua, asociaciones de canalistas e incluso a la empresa sanitaria (actualmente Aguas del Valle) en el directorio de dicha organización; y a la Federación de Juntas de Vigilancia de Ríos y esteros de la Sexta Región, que agrupa a seis ríos, tres esteros y dos canales en la región de O'Higgins.

La descentralización y la participación del sector privado ha abierto la vía a la adopción de mecanismos institucionales basados en el concepto de gestión integrada a nivel de cuenca, a través del traspaso de responsabilidades para la gestión de los recursos de los ministerios del gobierno central a los gobiernos locales<sup>27</sup>, a corporaciones públicas autónomas o al sector privado.

#### 4. Algunas apreciaciones sobre la GIRH y su implementación en Chile

A este respecto, por lo menos según la organización GWP el caso de Chile es un ejemplo de buenas prácticas en materia de GIRH. Así, tomando de base el agotamiento del agua en las cuencas por el auge de la actividad industrial y la consiguiente competencia entre los distintos sectores por el uso del agua (agrícolas y sanitarios principalmente), valoran que la política chilena en ma-

<sup>27</sup> Para una propuesta de GIRH a nivel de municipio ver: GWP 2013, 34-35. Señalan a este respecto que "La microcuenca representa el área de drenaje de uno de los afluentes de la cuenca, por nivel puede estar integrada por una base comunitaria y liderada por los municipios [...] El o los municipios o en su caso la mancomunidad de municipios o el Consejo de Cuencas, pueden crear un ambiente propicio, a través de la promulgación de políticas regionales y locales, regulaciones propias y estructuras organizativas, como iniciativas financieras e instrumentos con la gobernabilidad eficaz del agua".

teria de aguas se haya guiado por los mismos principios orientados al mercado que fueron usados para reformar la economía. Señalan que las fuerzas del mercado han jugado un mayor rol en asegurar que el agua sea asignada a un uso de mayor valor. Agregan que el aumento en la inversión privada en saneamiento ha impulsado el desarrollo del sector de alcantarillado, así como el sector de suministro de agua. Concluyen que dichas medidas de GIRH han logrado que Chile apoye el crecimiento de industrias y sectores que demandan agua a la vez que ha logrado un alto crecimiento en las exportaciones<sup>28</sup>.

Como se puede apreciar el enfoque que valora la GWP en relación a la GIRH se vincula más al aspecto económico de la gestión hídrica; en otras palabras, valora el tratamiento que Chile ha realizado del agua como bien económico y el rol asignador del mercado.

En un sentido diverso la opinión de Hantke-Domas quien ha sostenido que "la única legislación que no hace alusión específica y que por el contrario limita estructuralmente la GIRH, es la chilena, en la que son los titulares de los derechos de aprovechamiento quienes son los llamados a gestionar los recursos hídricos al reunirse en organizaciones de usuarios"<sup>29</sup>.

Con todo reconoce alguna planificación pública del desarrollo, asignación, preservación y gestión de los recursos hídricos<sup>30</sup>. Especialmente en relación con las organizaciones de usuarios y a la implementación GIRH a nivel de cuenca, señala que "estas [...] juegan un rol central en la gestión de las aguas, pues son ellas las que regulan el ejercicio de los derechos de aprovechamiento ya sea en cauces superficiales naturales y artificiales, como en aguas subterráneas. Eso sí, nada tienen que ver con la gestión de cuenca, por lo que no se ocupan de otras materias que no sea el uso de los derechos de aguas"<sup>31</sup>.

Un caso especialmente relevante en materia de GIRH es el de la Junta de Vigilancia del Río Elqui, la que a través del tiempo ha ido desarrollando un modelo de gestión integral<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> GWP 2006, 6.

<sup>29</sup> HANTKE-DOMAS 2011, 49.

<sup>30</sup> HANTKE-DOMAS 2011, 50. Señala en este sentido que "los principales mecanismos de gestión que son consultados por la legislación chilena son: reserva de caudales ecológicos mínimos; reserva de caudales para uso doméstico; reserva de caudales por razones de interés general (en caso de derechos no consuntivos); remates para reasignación a los privados por no uso; reasignación administrativa y autorizaciones excepcionales en períodos de sequía (por un plazo limitado); obligaciones de sustentabilidad (aguas subterráneas) y establecimiento de restricciones para acceso; instrumentos relativos a la calidad del agua (objetivos de calidad, planes de descontaminación, etc.); planificación de inversión pública de obras hidráulicas; y declaraciones de zonas protegidas.

<sup>31</sup> HANTKE-DOMAS 2011, 58-59.

<sup>32</sup> La cuenca hidrográfica del río Elqui está ubicada en la Región de Coquimbo; tiene una área de influencia en las comunas de La Serena, Coquimbo, Vicuña y Paihuano, con una población aproximada de 400.000 habitantes; tiene su cabecera en la Cordillera de Los Andes y llega hasta el Océano Pacífico; su superficie aproximada es de 9.600 Km<sup>2</sup>, correspondiente al 24% de la re-

Para la administración y explotación de las aguas del río Elqui se encuentra organizada la Junta de Vigilancia, cuya principal misión es la de administrar y distribuir las aguas a que tienen derecho sus miembros en los cauces naturales originados en la cuenca del mencionado río. Además, tiene a su cargo la administración de los embalses La Laguna y Puclaro. La organización ha mostrado una constante preocupación por la educación sobre el tema en las escuelas rurales, y partir del año 2002, inició acciones dirigidas a lograr una gestión integrada de los recursos hídricos del Valle de Elqui, destacándose entre ellas la de impulsar un sistema de administración de los recursos hídricos a través de un contrato de río, modelo basado en la concertación, coordinación y participación de los organismos públicos y privados en el uso del recurso, que entrega la oportunidad para desarrollar una gestión a escala de cuenca hidrográfica, la que actúa bajo los principios de "solidaridad" y "autofinanciamiento", restableciendo el compromiso de los actores locales del agua al incrementar su participación, disminuyendo con ello la toma de decisiones por parte del gobierno central. También a partir del año 2002, está desarrollando un Plan Estratégico que pretende contribuir a una gestión integrada de los recursos hídricos del valle, cuyos objetivos son: Promover la modernización en la gestión y manejo del riego en la cuenca, Fortalecer las organizaciones de regantes, Promover esquemas productivos amigables con el medio ambiente. Generar nuevas alternativas de negocios en beneficio de todos los miembros de la organización, Promover la cultura hídrica en todos los niveles de la población ubicada en la cuenca del río Elqui, e Impulsar un esquema integrado en la gestión de los recursos hídricos del río Elqui a través de un contrato de río.

Luego de ello a través de sucesivas acciones, la Junta de Vigilancia se ha ido afianzando en Chile como muestra de gestión integrada y eficiente a nivel de cuenca<sup>33</sup>.

Ejemplo de ello son el proyecto PROMMRA SIMCA - Elqui "Diseño y puesta en marcha de un sistema de monitoreo de caudales y de un protocolo de determinación de pérdidas de agua, para la priorización de las inversiones público-privadas".

Es una intervención que busca implementar y transferir capacidades para mejorar la gestión de los recursos hídricos disponibles y la eficiencia de la conducción hídrica, mediante una distribución informada y oportuna, y aplicando una metodología de determinación de pérdidas y priorización para las inversiones público-privadas.

El proyecto es financiado con aportes del Fondo de Innovación para la Competitividad del Gobierno Regional de Coquimbo FIC - R 2013, también lo es el proyecto PROMMRA PRO-Q.

---

gión; y la longitud del cauce principal es de aproximadamente 100 Km. Además, sus principales afluentes, los ríos Turbio y Claro, tienen longitudes similares (100 km.).

<sup>33</sup> JUNTA DE VIGILANCIA DEL RÍO ELQUI Y SUS AFLUENTES.

Que persigue que la decisión del manejo de la cuenca a nivel de cauce natural en la cota sobre el embalse, así como la distribución de aguas en base a derechos, se formule a partir de información cuantitativa oportuna y que sea representativa de la diversidad de la cuenca, con el fin de hacer coincidir la decisión de distribución con la información requerida para tomar dicha determinación. Ahora, este proyecto se desarrolla en base a las tres cuencas principales: Elqui, Grande y Limarí y Choapa, en lo que podría considerarse una "exportación" del modelo de GIRH de la Junta de Vigilancia del Río Elqui.

El proyecto presenta como beneficiarios directos, a todos aquellos usuarios de recursos hídricos, que son propietarios de derechos de aprovechamiento de agua tales como: agricultores, industria minera, empresas sanitarias, industria turística, entre otros, de las principales cuencas de los ríos presentes en la región. En calidad de administradores de recursos hídricos: las juntas de vigilancia de los principales ríos de la región (Elqui, Grande y Limarí y Choapa), asociaciones de analistas y comunidades de aguas de las cuencas del Elqui, Limarí y Choapa. También son beneficiarios, indirectos ahora, de este proyecto todas aquellas reparticiones públicas vinculadas con los recursos hídricos y el desarrollo productivo presentes en la región, tales como: Dirección General de Aguas (DGA), Dirección de Obras Hidráulicas (DOH), Comisión Nacional de Riego (CNR) e Instituto de Desarrollo Agropecuario (INDAP), además de investigadores, universidades y centros de investigación nacionales e internacionales ligados al ámbito de los recursos hídricos.

El proyecto es financiado por medio del 2 Fondo de Innovación para la Competitividad (FIC-R) del Gobierno Regional de Coquimbo 2015".

### III. Bases jurídicas para regímenes diferenciados, basados en la GIRH

#### 1. La base: principios de la gobernanza del agua de la OCDE

La posibilidad de adoptar decisiones a nivel regional en una materia sensible como es la regulación y gestión de los recursos hídricos dentro del marco de sus competencias, ha sido un propósito buscado por las autoridades regionales y por las comunidades locales hace ya bastante tiempo. En este apartado, se proponen algunas bases jurídicas que pueden permitir una regulación, aunque marginal, respecto del agua en uno de sus aspectos más esenciales, como es su calidad y su uso sustentable.

El presente apartado abordará someramente el estudio antes señalado de la OCDE, para luego abordar tres instrumentos regionales que pueden permitir la formulación de una política de gestión hídrica dentro del marco del fomento a la protección, conservación y mejoramiento del recurso hídrico en tanto componente ambiental relevante en el ámbito regional y por cuenca.

En efecto, durante el año 2015, la OCDE elaboró un documento en el que propuso los principios relativos a la gobernanza del agua, entendiendo que esta posee determinadas características que lo hacen altamente sensible

y dependiente de la gobernanza multinivel (nacional, regional y local), dado por factores tales como: i) la vinculación entre diversos sectores, lugares, personas, escalas geográficas y temporales, ii) la preocupación tanto global como local respecto de la gestión del agua dulce (subterránea y superficial), que a la vez involucra diversos actores nacionales y regionales, públicos y privados en el proceso de toma de decisiones, iii) la complejidad de la política del agua, así como su vinculación con objetivos fundamentales para el desarrollo, tales como la salud, el medio ambiente, la agricultura, energía, etc.<sup>34</sup>.

De esta forma, los principios de la gobernanza del agua se justifican en la medida que contribuyen al diseño e implementación de políticas en materia hídrica mediante la responsabilidad compartida entre los distintos órdenes de gobierno, la sociedad civil, las empresas y la amplia gama de actores que juegan un papel en colaboración con los diseñadores de políticas públicas para cosechar los beneficios económicos, sociales y ambientales de la buena gobernanza del agua.

Por su parte, los principios de gobernanza del agua de la OCDE tienen la intención de contribuir a la creación de políticas públicas orientadas a la obtención de resultados<sup>35</sup>, sobre la base de las dimensiones de la gobernanza del agua relativos a la *efectividad* –esto es, que contribuyan a definir las metas y objetivos sostenibles y claros de la política de agua, a su implementación y la consecución de las metas esperadas–, a la *eficiencia* –es decir, que maximicen los beneficios de la gestión sostenible del agua y el bienestar, al menor costo para la sociedad–, y a la de *confianza y participación* –es decir, que contribuyan a crear confianza entre la población, y que garanticen la inclusión de los actores a través de la legitimidad democrática y equidad para la sociedad en general–.

De esta forma, entendemos que en la gestión regional del recurso hídrico se debe tener en cuenta los objetivos de sostenibilidad y sus metas, que permitan a su vez mejorar la calidad de vida de los habitantes de la Región, y que sea participativa a través de los canales más representativos de la región, como es el caso del Gobierno Regional.

La OCDE propone doce principios básicos de gobernanza del agua<sup>36</sup>, de los cuales destacaremos, para los efectos de este informe, los siguientes:

La gestión del agua debe hacerse a escala apropiada dentro del sistema integrado de gobernanza por cuenca para así poder reflejar las condiciones locales, e impulsar la coordinación entre las diferentes escalas (Principio 2).

Debe fomentar la coherencia de políticas a través de una coordinación transversal y eficaz, especialmente entre políticas de agua y medio ambiente,

<sup>34</sup> OCDE 2015, 1.

<sup>35</sup> *Ibid.*, 3.

<sup>36</sup> OCDE 2015, 8-12 (donde se desarrollan).

salud, energía, Agricultura, industria, planeamiento y ordenación del territorio (Principio 3).

Se debe asegurar que los marcos regulatorios sólidos de gestión del agua sean implementados y aplicados de manera eficaz en pos del interés público (Principio 7).

Se debe promover la adopción e implementación de prácticas de gobernanza del agua innovadoras entre las autoridades competentes, los órdenes de gobierno y los actores relevantes (Principio 8).

La concreción de estos principios será revisado a través de los siguientes instrumentos jurídicos, plenamente vigentes hoy: reglamentos regionales, evaluación ambiental estratégica de planes y programas, y normas de calidad ambiental relativas al agua según la cuenca que se trate.

Esto, se considera así en este trabajo, posibilitaría contar con mecanismos para definir más o menos específicamente una política de gestión sustentable del agua, de un territorio determinado que reconozca las características propias de cada región.

## 2. Reglamentos regionales

### a) *Antecedentes*

Un instrumento normativo todavía poco conocido y menos estudiado en nuestra doctrina –con excepción de Ferrada Bórquez y Cordero Quinzacara–, lo constituyen los reglamentos regionales<sup>37</sup>, que tienen su base jurídica en el artículo 113 de la Constitución. En efecto, esta norma le otorga al consejo regional un carácter “normativo, resolutivo y fiscalizador, dentro del ámbito propio de competencia del gobierno regional”.

Por su parte, la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional (en adelante LOCGAR) dispone una serie de normas que regulan esta potestad normativa de los consejos regionales. La primera de ellas se encuentra en el artículo 16 letra d), que dispone como funciones generales del gobierno regional “[d]ictar normas de carácter general para regular las materias de su competencia, con sujeción a las disposiciones legales y a los decretos supremos reglamentarios, las que estarán sujetas al trámite de toma de razón por parte de la Contraloría General de la República y se publicarán en el Diario Oficial”.

<sup>37</sup> En general, los reglamentos regionales existen en diferentes clases: 1) los propiamente tales, dictados por los gobiernos regionales en el ámbito de su competencia material que señala la ley y sujeto a las disposiciones reglamentarias emanadas del Presidente de la República; 2) reglamentos internos de organización y funcionamiento del propio Consejo Regional; 3) reglamentos internos de organización de los servicios administrativos del Gobierno Regional; 4) los planes reguladores comunales e intercomunales. En esta parte del informe, nos referiremos solo a los reglamentos regionales propiamente tales. En este sentido FERRADA 2002. También y previamente, con un muy significativo aporte en lo relativo a su competencia material CORDERO QUINZACARA 1999, 113-120 (se desarrolla allí la idea).

Luego, el artículo 17 letra d) de la LOCGAR señala entre las atribuciones del Gobierno Regional “fomentar y velar por la protección, conservación y mejoramiento del medio ambiente, adoptando las medidas adecuadas a la realidad de la región, con sujeción a las normas legales y decretos supremos reglamentarios que rijan la materia”. En este cometido, el Gobierno puede regular la gestión sustentable del recurso hídrico, dentro del marco de las competencias ambientales de la región, en tanto permite fomentar y velar por la protección, conservación y mejoramiento del medio ambiente.

Por otra parte, una adecuada gestión regional del recurso hídrico no puede entenderse al margen de la planificación territorial, tanto a nivel regional, intercomunal, comunal y seccional, debido al que el uso del territorio incide directamente en el uso sustentable del recurso hídrico.

El artículo 20, a su vez, dispone que para el cumplimiento de sus funciones, el gobierno regional puede aprobar y modificar las normas reglamentarias regionales “que le encomienden las leyes, no pudiendo establecer en ellas, para el ejercicio de actividades, requisitos adicionales a los previstos por las respectivas leyes y los reglamentos supremos que las complementen”. Enseguida, el artículo 24 letra f), señala que el Intendente es quien propone al Consejo Regional “los proyectos de reglamentos regionales que regulen materias propias del gobierno regional, en conformidad a las leyes y los reglamentos supremos correspondientes”; funcionario que por su naturaleza es de exclusiva confianza del Presidente de la República.

El artículo 25 inciso 2º, por su parte, entrega al Consejo Regional la atribución para introducir modificaciones a los proyectos de reglamento regional que el Intendente proponga. En este caso, el Intendente “podrá deducir las observaciones que estime pertinentes dentro del término de diez días, acompañando los elementos de juicio que las fundamenten. Transcurrido ese plazo sin que se formulen dichas observaciones, regirá lo sancionado por el consejo. En caso contrario, el consejo solo podrá desecharlas con el voto conforme de la mayoría absoluta más uno de sus miembros en ejercicio”.

La normativa descrita, sin embargo, adolece de una serie de dificultades que se traducen en una falta de claridad respecto de su naturaleza y alcances y su relación con las demás normas del ordenamiento jurídico<sup>38</sup>. Sin embargo, y a pesar de que es un instrumento que depende en su iniciativa del Intendente –funcionario de exclusiva confianza del Presidente de la República–, el Consejo Regional puede incidir en su diseño definitivo. Por otra parte, en la perspectiva que el Intendente pueda ser en el futuro elegido mediante sufragio universal, los reglamentos regionales tienen el potencial de ser un poderoso instrumento de política regional en materia de gestión del recurso hídrico.

En este apartado, intentaremos esbozar algunas ideas generales de cómo pueden ser utilizados los reglamentos regionales para abarcar la ges-

---

<sup>38</sup> FERRADA 2002, 306.

tión del recurso hídrico en la región. Para llegar a dicho punto, abordaremos algunas discusiones generales relativas al alcance de la potestad reglamentaria y sus límites.

*b) Alcance y límites de la potestad reglamentaria regional*

Según se señaló, la potestad reglamentaria descrita se encuentra en el artículo 113 de la Constitución, y en diversas normas de la LOCGAR. En este acápite intentaremos responder a las preguntas relativas a quién ejerce la función, y con qué límites.

Respecto de la primera pregunta, desde el punto de vista constitucional el gobierno de la región se encuentra radicado en el Intendente, quien es funcionario de exclusiva confianza del Presidente de la República, de quien es su representante natural e inmediato. La administración superior de la región, por su parte, está a cargo del gobierno regional, constituido a su vez por el Intendente y el Consejo Regional (artículo 111 de la CPR). De esta forma, la personalidad jurídica –por tanto el titular del poder jurídico de decisión–, le corresponde al Gobierno Regional y no al Consejo Regional, siendo a este último el órgano que le corresponde su ejercicio en el caso concreto de los reglamentos regionales<sup>39</sup>. Esta apreciación puede tener relevancia, dado que la distinción relativa a quien ostenta la facultad y quien la ejerce incide en las potestades que en cada una de las etapas de tramitación del reglamento regional tienen los diversos componentes de Gobierno Regional. Así por ejemplo, llama la atención que sea el Intendente el que, con carácter general, tenga iniciativa en esta potestad, y que el Consejo Regional no tenga iniciativa alguna, salvo en el caso de su reglamento interno<sup>40</sup>.

En cuanto a la segunda pregunta –esto es, los límites de la potestad reglamentaria regional–, se puede destacar el hecho que el ámbito material de los reglamentos regionales es acotado<sup>41</sup>. En efecto, los límites materiales a los reglamentos regionales los podemos encontrar tanto en la Constitución como en la LOCGAR.

En el primer caso, los poderes normativos del Gobierno Regional se encuentran circunscritos al ámbito propio de su competencia, y en el ejercicio de las atribuciones que la LOCGAR le encomiende. De esta forma, las potestades normativas del Gobierno Regional están circunscritas a las funciones y atribuciones establecidas en los artículos 16, 17, 18, 19 y 20 de la LOCGAR, encauzadas dentro del objeto que prevé el artículo 111 de la Constitución para los Gobiernos Regionales, esto es, el desarrollo social, cultural y económico de la región<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> *Ibíd.*, 307.

<sup>40</sup> *Ibíd.*, 308.

<sup>41</sup> *Ídem.*

<sup>42</sup> CORDERO QUINZACARA 1999, 119.

En el segundo caso, las normas que dicte el Gobierno Regional deben sujetarse a las disposiciones legales y a los decretos supremos reglamentarios (artículo 16 letra d) LOCGAR), no pudiendo establecer en ellas, para el ejercicio de actividades, requisitos adicionales a los previstos por las respectivas leyes y los reglamentos supremos que las complementen (artículo 20 LOCGAR).

Un segundo límite material lo encontramos en el artículo 108 de la LOCGAR, que permite reclamar la ilegalidad de un reglamento regional cuando afecta el interés general de la región o de sus habitantes, sin perjuicio de los mecanismos de impugnación ordinarios que se encuentran previstos en la Constitución y en las normas de tipo legal.

Dentro de este marco, la regulación regional del agua se puede circunscribir a la atribución que se le otorga por el artículo 17 letra c) de la LOCGAR, esto es, la función de “fomentar y velar por la protección, conservación y mejoramiento del medio ambiente, adoptando las medidas adecuadas a la realidad de la región, con sujeción a las normas legales y decretos supremos reglamentarios que rijan la materia”. Otra norma que puede ser de interés en la formulación de reglamentos regionales es la del artículo 17 letra e) de la LOCGAR, que se refiere a la función de “[f]omentar y propender al desarrollo de áreas rurales y localidades aisladas en la región, procurando la acción multisectorial en la dotación de la infraestructura económica y social”.

Una propuesta de esta naturaleza obliga a señalar que la regulación regional del agua debe necesariamente circunscribirse a los aspectos de relevancia ambiental de la misma o de desarrollo rural, y no a los restantes aspectos regulatorios contenidos en la regulación general, dentro del marco de las leyes y decretos supremos reglamentarios ambientales. A su vez, no puede imponer requisitos adicionales al ejercicio de los derechos derivados de la regulación ambiental o de la propia regulación del agua.

Un primer ejemplo de regulación regional que requiere mayor estudio para su efectiva implementación, dice relación con la protección de vegas y bofedales, prevista a nivel nacional en el artículo 58 inciso final del CAg. En efecto, dicha norma señala –con un sentido ambiental–, que “[n]o se podrán efectuar exploraciones en terrenos públicos o privados de zonas que alimenten áreas de vegas y de los llamados bofedales en las Regiones de [Arica y Parinacota], Tarapacá y de Antofagasta, sino con autorización fundada de la [DGA], la que previamente deberá identificar y delimitar dichas zonas”. La norma transcrita constituye una forma de protección de las vegas y bofedales, limitando su exploración aguas arriba. Sin embargo, no se hace cargo de lo que ocurre con la exploración aguas abajo de las vegas y bofedales, cuestión que, al menos en principio, puede ser abordada por un reglamento regional con los límites ya indicados previamente.

Un segundo ejemplo lo constituyen las normas relativas a la participación ciudadana. En efecto, de acuerdo a las normas contenidas en la Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado (según fue

modificada por la Ley N° 20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública), los Gobiernos Regionales pueden dictar normas referidas a la participación ciudadana dentro del ámbito regional, en el marco de sus atribuciones, sin discriminación, y sujetos al examen preventivo de legalidad que realiza la Contraloría a través de la toma de razón<sup>43</sup>.

### 3. Evaluación Ambiental Estratégica (EAE)

#### a) *Preliminar*

Un segundo instrumento que puede ser utilizado como una forma de gestionar de una forma sustentable el recurso hídrico lo constituye la Evaluación Ambiental Estratégica (en adelante EAE) a que deben ser sometidos diversos instrumentos de planificación territorial de formulación regional.

La EAE fue incorporada recientemente a la Ley N° 19.300 por la ley N° 20.417 que crea el Ministerio de Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, y se encuentra reglamentado por el Decreto N° 32 del Ministerio de Medio Ambiente, publicado en el Diario Oficial el 4 de noviembre de 2015.

Conceptualmente, puede ser definida tanto desde un punto de vista formal como material. Desde la primera perspectiva, la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante LBGMA) la define como un "procedimiento realizado por el Ministerio sectorial respectivo, para que se incorporen las consideraciones ambientales del desarrollo sustentable, al proceso de formulación de las políticas y planes de carácter normativo general, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, de manera que ellas sean integradas en la dictación de la respectiva política y plan, y sus modificaciones sustanciales". Se aclara que la referencia al "Ministerio sectorial respectivo" de la norma, debe referirse a los diversos organismos que habrán de realizar este trámite, como son los Gobiernos Regionales y las Municipalidades, según se verá.

Desde un punto de vista material, la EAE constituye una técnica de planificación coordinada y ajustada en el tiempo, para dar cumplimiento a ciertos objetivos de protección ambiental en materia de planes, políticas o programas, ya sea a nivel nacional, regional o local. Constituye un instrumento destinado a garantizar una coherencia entre los diversos instrumentos de protección ambiental<sup>44</sup>.

#### b) *Instrumentos que se someten a EAE*

La regulación de la EAE se encuentra en el párrafo 1 bis de la LBGMA, que contiene la regla general relativa a los instrumentos que habrán de someterse a evaluación. En este sentido, el artículo 7° bis señala que deben someterse

<sup>43</sup> A este respecto, véase el Dictamen N° 63.805, de 11 de agosto de 2015.

<sup>44</sup> BERMÚDEZ 2014, 197.

a EAE las políticas y planes de carácter normativo general, así como sus modificaciones sustanciales, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, que el Presidente de la República, a proposición del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, decida<sup>45</sup>.

Sin embargo, el inciso segundo señala que siempre deberán someterse a EAE los siguientes instrumentos: i) los planes regionales de ordenamiento territorial, ii) los planes reguladores intercomunales, iii) planes reguladores comunales, iv) planes seccionales, v) planes regionales de desarrollo urbano, vi) zonificaciones del borde costero, vii) del territorio marítimo, y viii) *el manejo integrado de cuencas*.

En estos casos, tanto el procedimiento como la aprobación del instrumento estarán a cargo del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, del Gobierno Regional o el Municipio o cualquier otro organismo de la administración del Estado, respectivamente.

Las etapas del procedimiento de EAE comprenden tanto el *diseño* como su *aprobación*. En la etapa de diseño, el organismo que vaya a dictar la política o plan debe considerar los objetivos y efectos ambientales del instrumento, así como los criterios de desarrollo sustentable del mismo. De acuerdo a lo previsto en el artículo 7 bis de la LBGMA, en esta etapa se debe integrar a otros órganos de la administración del Estado vinculados a las materias objeto de la política o plan, de forma de garantizar una coordinación adecuada.

En la etapa de aprobación, se debe elaborar un informe ambiental, que debe ser remitido al Ministerio de Medio Ambiente para sus observaciones, y luego ser sometido a consulta pública. La LBGMA remite los aspectos procedimentales específicos de la EAE a un reglamento que se encuentra en fase de elaboración. La falta de este reglamento impide que el presente informe pueda referirse a aspectos más específicos de la EAE en esta etapa.

Sin embargo, de acuerdo al artículo 8° de la ley en comento, una vez evaluados estratégicamente los planes y programas, deben necesariamente ser considerados por los proyectos o actividades sometidos al sistema de evaluación de impacto ambiental, en términos tales que un proyecto o actividad que no considere, o considere de forma inadecuada los planes y programas deberán ser rechazados por la autoridad ambiental correspondiente.

De esta forma, los diversos instrumentos de elaboración y aprobación regional que deben ser sometidos a EAE permiten incorporar mecanismos de gestión integrada del recurso hídrico como parte de una mirada más amplia hacia la planificación territorial, ya sea a nivel regional, comunal o local, incluso en el ámbito de los planes de ordenamiento del borde costero. Una vez incorporado un mecanismo de gestión sustentable del recurso hídrico, los proyectos o actividades que se sometan al sistema de evaluación de impacto

<sup>45</sup> No se descarta la incorporación a la EAE de los planes de desarrollo urbano, por ejemplo.

ambiental deberán considerar dicha gestión, como parte de la evaluación de impacto ambiental que se realice. Como una propuesta concreta, se puede mencionar la gestión sustentable del recurso hídrico tanto en los objetivos como en los criterios de desarrollo sustentable del mismo<sup>46</sup>.

Dentro del marco de los planes y programas señalados en el inciso 2° del artículo 7° bis de la LBGMA, los instrumentos con sentido regional más relevantes son el Plan Regional de Ordenamiento Territorial –elaborado por el Gobierno Regional–, los planes reguladores intercomunales –aprobados por el Consejo Regional a propuesta de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo–, y los planes reguladores comunales, elaborados por cada Municipio. Una adecuada coherencia entre estos instrumentos hacia la gestión del recurso hídrico constituye un valor adicional en su protección.

#### 4. Normas secundarias de calidad ambiental

Una tercera alternativa se encuentra en la elaboración de normas de calidad ambiental de los recursos hídricos, en función de la cuenca en que se encuentra.

Desde un punto de vista conceptual, una norma de calidad ambiental es aquella que establece los valores de las concentraciones y períodos máximos o mínimos permisibles de elementos, compuestos, sustancias, derivados químicos o biológicos, energías, radiaciones, vibraciones, ruidos o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la vida o salud de la población, o para la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza. Si los valores de referencia para la norma de calidad ambiental se fundamentan en la protección de la vida o la salud de la población, se denomina norma primaria de calidad ambiental, en virtud de lo establecido en el artículo 2° letra n) LBGMA. En el caso que los valores de referencia se fundamentan en la protección del medio ambiente o la preservación de la naturaleza, se denomina norma secundaria de calidad ambiental, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2° letra ñ) LBGMA).

En ambos casos, las normas de calidad ambiental se promulgan mediante decreto supremo, que debe llevar la firma del Presidente de la República y del Ministro del Medio Ambiente. En consecuencia, si bien las normas de calidad del agua se dictan a nivel central, tienen sentido regional en tanto son formas de regular los componentes mínimos y máximos del agua a nivel de cuenca, y no a nivel general.

Este ha sido el caso de las normas secundarias de calidad ambiental dictadas para la protección de las aguas continentales superficiales de las cuencas del Río Serrano (Dto. 75 MINSEGPRES, de 19 de marzo de 2010), Lago Llanquihue (Dto. 122 MINSEGPRES, de 4 de junio de 2010), Lago Villarrica

<sup>46</sup> Un buen ejemplo de esta referencia puede encontrarse en el Plan Regulador Intercomunal Oasis Andinos.

(Dto. 19 MMA, 16 de octubre de 2013), Río Maipo (Dto. 53 MMA, 4 de julio de 2014), Río Bío Bío (Dto. 9 MMA, 27 de noviembre de 2015), y Río Valdivia (Dto. 1 MMA, 27 de noviembre de 2015).

Si bien en los casos señalados, la regulación ambiental de las aguas se refiere a su variante superficial, nada impide la dictación de una norma de calidad ambiental respecto de aguas subterráneas.

La elaboración de una norma de calidad del agua según la cuenca en la que se encuentre permite: i) contar con un estándar objetivo respecto de la obligación que tiene toda actividad o proyecto que sea desarrollado en las cuencas de la Región respectiva de respetar los niveles exigidos por la norma; ii) contar con estándares objetivos para la posible declaración de zona latente o saturada en los casos que dichas normas sean superadas, adoptando los planes de prevención o de descontaminación en su caso; y iii) establecer si un determinado proyecto o actividad debe ingresar al sistema de evaluación de impacto ambiental bajo la forma de un estudio de impacto ambiental o declaración de impacto ambiental, dado que el criterio de componentes del agua contenidos en la norma de calidad incide en la exigencia del artículo 11 letras a) y b) de la LBGMA<sup>47</sup>.

En consecuencia, la identificación regional de las normas de calidad de aguas no se refiere al órgano del que emana o el órgano que los aprueba, según hemos visto en los instrumentos anteriores, sino que dice relación con los lugares específicamente regulados, esto es las cuencas de la Región de que se trate, tanto las superficiales como las subterráneas.

## II. El paradigma: legislación unitaria frente a situaciones diferentes

### 1. La legislación de aguas (en general): inexistencia de regímenes diferenciados

El carácter longitudinal del territorio nacional nos otorga una diversidad de zonas climáticas que varían de norte a sur. Aplicando la clasificación climática de Köppen la zona norte de nuestro país, particularmente la región de Antofagasta se caracteriza por ser una zona climática de marcada aridez (o clima desértico)<sup>48</sup>.

Técnicamente se define zona árida como “aquella región donde la precipitación es usualmente inferior a la evapotranspiración de la vegetación permanente o de los cultivos usuales, entendiéndose por ello la cantidad de agua

<sup>47</sup> GUZMÁN ROSEN 2012, 166.

<sup>48</sup> De acuerdo a dicha clasificación (que atiende a la temperatura y a las precipitaciones) la realidad climática de la región de Antofagasta está compuesta mayoritariamente por: 1) Zonas áridas o desértica normal (Baquedano), 2) Zonas áridas muy frías (Calama y San Pedro de Atacama), 3) Zonas áridas con nublados abundantes (Antofagasta), y 4) Frío de Tundra por altura, esta última en menor medida. RIOSECO y TESSER 2006.

que es capaz de evaporar y transpirar cada planta"<sup>49</sup>. En otras palabras, en estas zonas la evaporación excede la precipitación sobre un promedio anual, de manera que no hay excedente hídrico y no se originan cursos permanentes de agua.

Este carácter árido, que nos distingue de otras zonas del país, no tiene un tratamiento especial o diferencial en el Código de Aguas (en adelante Cag) vigente<sup>50</sup>. En general la actual legislación de aguas no reconoce ni ha reconocido desde la codificación la posibilidad de estatutos diferenciados que atiendan a la diversidad de zonas climáticas que componen nuestro territorio.

La única excepción, particularísima, a esta situación es la que se refiere a la protección de las vegas y bofedales ubicados en las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta<sup>51</sup>.

Esta aplicación uniforme de legislación de aguas puede encontrar su fundamento en las características propias de los procesos de codificación<sup>52</sup>.

Cabe señalar, sin embargo, que durante del periodo pre-codificador existió un número no menor de normas que tenían un carácter local para la distribución y uso del agua.

En este orden, conviene recordar que, si bien el Código Civil estableció absolutamente y sin excepción de ninguna clase el carácter público de todas las aguas en el artículo 595, en la parte final del párrafo 28° del Mensaje del mismo se señala respecto de las aguas que se han sentado sólo las bases "reservando los pormenores a ordenanzas especiales, que probablemente no podrán ser unas mismas para las diferentes localidades".

De aquello siguieron las ordenanzas, general primero a partir del 3 de enero de 1872, y luego las especiales que se fueron dictando por cuenca desde la de 17 de enero de 1872 para el río Aconcagua hasta la de 31 de mayo de 1887 de los ríos y esteros del departamento de San Fernando.

<sup>49</sup> ASTABURUAGA 2004, 68. Agrega el autor que "[e]n estas zonas el agua es el recurso limitante del desarrollo, tanto económico como urbano, y por lo tanto, cualquier mejoramiento permanente en la eficiencia del uso del agua se traduce en un inmediato aumento proporcional de la productividad de la zona".

<sup>50</sup> Aunque se contemplan administrativamente otros mecanismos de limitación al uso del agua en atención a la sequía o escasez, sólo de carácter temporal. Como por ejemplo: decretos de escasez, áreas de restricción, zonas de prohibición, declaración de sitios Ramsar, entre otros

<sup>51</sup> Art. 58 inciso final. La norma en comento hace referencia a la región de Tarapacá y Antofagasta, sin embargo, a partir de la modificación territorial establecida por la Ley 20.175 de 8 de octubre de 2007, debemos incluir la región de Arica y Parinacota.

<sup>52</sup> El impulso codificador llegó tardíamente a la legislación de aguas ya que recién en 1951 vio la luz el primer Código de Aguas de la República. Cabe señalar que el año 1948 fue promulgada la Ley 8.944 que establecía el primer Código de Aguas, sin embargo, tras una serie de críticas en defensa de la propiedad sobre las aguas, su vigencia fue suspendida y se realizaron una serie de modificaciones al proyecto original. Recién el 28 de mayo de 1951, a través de la Ley 9.909 se aprueba el texto definitivo.

## 2. Algunas particularidades para regiones o zonas áridas

### a) *Antecedentes históricos*

En una variante de reconocimientos particulares, en la región de Antofagasta encontramos el *Reglamento de concesiones para usar aguadas de propiedad fiscal en las provincias del Norte* (1893), el *Reglamento relativo a las mercedes que soliciten en el río Loa y sus afluentes y en las aguadas y vertientes de la provincia de Antofagasta* (1913) y su reglamento (1920)<sup>53</sup>.

Sin embargo, estas normas de carácter local no eran bien vistas por la doctrina nacional, se decía, en este sentido que “la gran cantidad de normas legales dispersas en los más variados textos, hacía sumamente engorroso el estudio del derecho nacional de aguas y su cabal comprensión, e imponía una ímproba y agotadora labor”<sup>54</sup>.

Con todo, también podemos encontrar ciertos atisbos de regulación local durante la época codificadora. Así los códigos de aguas de 1951 y 1969, establecieron normas que repercutían particularmente en la región de Antofagasta.

El primero de ellos regulaba el abastecimiento de ferrocarriles y salitre-ras (artículo 43), la regulación de las aguas subterráneas (artículo 50-56) y una regulación especial de las mercedes de aguadas en las provincias de Tarapacá y Antofagasta (artículo 58-60). Esta regulación específica “no [era] –como simplemente podría creerse– un estatuto diferencial para dichas regiones sino más bien el intento de resolver solo algunos problemas puntuales”<sup>55</sup>.

Con todo, dicha regulación establecía que los concesionarios de aguadas en las regiones de Tarapacá y Antofagasta estaban sujetos a ciertas cargas<sup>56</sup>. Estas cargas “[constituían] fuertes limitaciones al derecho de aprovechamiento sobre aguadas, las que reflejan la primigenia valoración de la autoridad de la problemática de la escasez de recurso hídrico en zonas desérticas, que se traducen en medidas tendientes a la racional utilización y distribución de las aguas”<sup>57</sup>. El Código de Aguas de 1969 mantiene, en lo esencial, esta regulación específica en las regiones señaladas.

<sup>53</sup> Para un análisis histórico de la normativa de aguas en el Norte Chile y en particular en la región de Antofagasta ver: GONZÁLEZ PIZARRO 1998, 55-63.

<sup>54</sup> VERGARA DUPLAQUET 1960, 14.

<sup>55</sup> TALA JAPAZ 1999, 182.

<sup>56</sup> En este sentido se establece que: 1) Las mercedes de que trata este título pagarán los derechos y gravámenes que fijen las leyes, salvo las que se cedan a las corporaciones de derecho público, que serán gratuitas (art. 59 inciso primero), 2) El concesionario quedará siempre obligado a proporcionar gratuitamente el agua necesaria para los servicios públicos, incluso los ferrocarriles fiscales que se construyan en la región en que se ejerciten las mercedes (art. 59 inciso segundo), 3) El concesionario no podrá impedir a los particulares ni a los establecimientos mineros o de otra naturaleza que existan o puedan existir en las inmediaciones, el uso de las aguas en cuanto las necesiten para la bebida o menesteres domésticos (art. 60).

<sup>57</sup> TALA JAPAZ 1999, 190.

Estas sutiles diferenciaciones en la legislación de aguas pueden explicarse por la opción legislativa Mensaje de Código Civil, ya antes señalada.

A pesar de lo anterior, la legislación hídrica actual con el Cag de 1981 presenta un marcado carácter unificador y uniformador. En este sentido "la actual legislación de aguas no asume el carácter longitudinal del territorio nacional [...] que de manera evidente en su recorrido latitudinal cruza distintas zonas climáticas y regiones geográficas muy diferentes que determinan variaciones extremas en temperatura, pluviosidad, regímenes de viento, etc."<sup>58</sup>. En el caso de las regiones con climas áridos, como Antofagasta, esto implica la inexistencia de un tratamiento diferencial que pueda hacer frente a la escasez hídrica de tipo estructural, a la vez que proteja la disponibilidad del recurso hídrico.

*b) Situación especial de las vegas y bofedales*

Sin perjuicio de lo señalado, debemos reconocer un atisbo de diferenciación normativa en el Cag que reconocen las características particulares de las zonas áridas, o más bien, las particularidades de la flora y fauna que se desarrolla en dichas zonas. Estamos haciendo referencia a los humedales alto-andinos, más conocidos como vegas y bofedales<sup>59</sup>.

Estos humedales fueron afectados drásticamente por la regulación uniformadora del Cag de 1981. En efecto tras su promulgación la presión sobre los derechos de aprovechamiento de aguas para usos mineros y para agua potable terminó por secar los humedales. Esto ocasionó pérdida de recursos naturales (flora y fauna) y un daño a los derechos ancestrales sobre los recursos naturales de las comunidades indígenas (aymara, quechua y atacameña)<sup>60</sup>.

Para hacer frente a este problema se modificó el Cag en sus artículos 58 y 63. El artículo 58 establece, en su inciso 5°, que no se podrán efectuar exploraciones en terrenos públicos o privados de zonas que alimenten áreas de vegas y de los llamados bofedales en las Regiones de [Arica y Parinacota,] Tarapacá y de Antofagasta, sino con autorización fundada de la DGA, la que previamente deberá identificar y delimitar dichas zonas. Agrega el inciso 3° del artículo 63 que "las zonas que correspondan a acuíferos que alimenten vegas y los llamados bofedales de las Regiones de [Arica y Parinacota,] Tarapacá y de Antofagasta se entenderán prohibidas para mayores extracciones que las autorizadas, así como para nuevas explotaciones, sin necesidad de

<sup>58</sup> Boletín 6141-09, sobre exploración, explotación y constitución de derechos de aprovechamiento de aguas, de 7 de octubre de 2008.

<sup>59</sup> Las vegas y bofedales son formaciones vegetales que se establecen en un ambiente edáfico, principalmente orgánico, caracterizado por una condición hídrica de saturación permanente, presentando una gran diversidad biológica respecto del entorno y un mayor número de especies vegetales, las cuales son propias de estos sistemas. Estos humedales son zonas de forraje y abrevadero de valiosas especies amenazadas en su conservación (vicuña, guanaco, llama y alpaca entre otros). ALEGRÍA y LILLO 2003, 89.

<sup>60</sup> *Ídem*.

declaración expresa". Se prohíbe por tanto la exploración y explotación de aguas subterráneas en los acuíferos alimentadores de las vegas y bofedales de las Regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta; zonas que deberán ser previamente identificadas y delimitadas por la DGA.

c) *Prohibición de exploración en terrenos públicos o privados de zonas que alimenten áreas de vegas y de los llamados bofedales en las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá y de Antofagasta*<sup>61</sup>

La exploración en terrenos públicos o privados en zonas que alimenten áreas de vegas y de bofedales en dichas regiones, sólo puede realizarse con autorización fundada de la DGA, la que previamente deberá identificar y delimitar dichas zonas. Esto según el inciso final del artículo 58 del Cag.

Según el artículo 58 bis "una vez comprobada la existencia de aguas subterráneas en bienes nacionales, el beneficiario del permiso de exploración tendrá la preferencia para que se le otorgue el derecho sobre las aguas alumbradas durante la vigencia del mismo por sobre todo otro peticionario, salvo que otro solicitante, dentro del plazo que señala el inciso primero del [artículo 142 del Cag], haya presentado una solicitud para constituir un derecho de aprovechamiento sobre las mismas aguas que se alumbraron y solicitaron durante la vigencia del período de exploración, en cuyo caso, y si no existe disponibilidad para constituir ambos derechos, se aplicarán las normas sobre remate señaladas en los artículos 142, 143 y 144. Esta excepción no será aplicable si el permiso para explorar aguas subterráneas fue adquirido de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 57.

La preferencia consagrada [...], sólo podrá ejercerse dentro del plazo del permiso, y hasta tres meses después, y siempre que el concesionario haya dado cumplimiento a la obligación de presentar un informe completo sobre los trabajos realizados, sus resultados y las conclusiones obtenidas".

En específico, la explotación de aguas subterráneas se encuentra regulado en el artículo 59 y siguientes del Cag.

El artículo 59 señala que "la explotación de aguas subterráneas deberá efectuarse en conformidad a normas generales, previamente establecidas por la [DGA]".

El hecho que la explotación de las aguas subterráneas deba efectuarse en conformidad a las normas generales establecidas por la DGA se ha materializado en sucesivas resoluciones dictada por la autoridad, estableciéndose normas de exploración y explotación de aguas subterráneas, siendo su última versión el Decreto Supremo 203 de 2014, "Reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas"<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> ROJAS CALDERÓN 2012, 51. En el mismo sentido, ROJAS CALDERÓN 2016, 151-158 (donde se desarrolla la idea).

<sup>62</sup> La regulación normativa acerca de la exploración, la explotación y la forma de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, así como las formas de limitación (por

A su turno, el artículo 60 regula el procedimiento de constitución una vez comprobada la existencia de aguas subterráneas, el que corresponde al establecido en el Título I del Libro II del Cag. El artículo 61 consagra que la resolución que otorgue el derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas, también establece el área de protección en el cual se prohíbe instalar obras similares. Por su parte, el artículo 62 se pone en la hipótesis que la explotación de aguas subterráneas por algunos usuarios ocasione perjuicios a otros titulares de derechos, caso en el que la DGA puede establecer la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento.

No obstante lo anterior, es posible reconocer que conforme al artículo 63 del Cag se establece la potestad de la DGA para declarar zonas de prohibición para nuevas explotaciones, mediante resolución fundada en la protección de acuífero, lo que dará origen a una comunidad de aguas formada por todos los usuarios de aguas subterráneas comprendidos en ella.

Sin perjuicio de ello, se establece –por el solo ministerio de la ley– que las zonas que correspondan a acuíferos que alimenten vegas y los llamados bofedales de las Regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá y de Antofagasta se entenderán prohibidas para mayores extracciones que las autorizadas, así como para nuevas explotaciones, sin necesidad de declaración expresa, no obstante lo cual la DGA deberá previamente identificar y delimitar dichas zonas<sup>63</sup>. De todos modos la DGA puede alzar la prohibición de explotar, de acuerdo con el procedimiento indicado en el artículo 64, siempre que así lo aconsejen los resultados de nuevas investigaciones respecto de las características del acuífero o la recarga artificial del mismo.

Igualmente, en materia de aguas subterráneas –y siempre considerando que nuestro análisis dice relación con el otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas–, conforme lo establece el artículo 65, serán áreas de restricción aquellos sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común en los que exista el riesgo de grave disminución de un determinado acuífero, con el consiguiente perjuicio de derechos de terceros ya establecidos en él.

Al respecto, cabe señalar que la DGA podrá otorgar provisionalmente derechos de aprovechamiento en aquéllas, limitando prudencialmente los nuevos derechos, pudiendo incluso dejarlos sin efecto en caso de constatar perjuicios a los derechos ya constituidos.

Pues bien, esos derechos “provisionales” podrán transformarse en definitivos, esto en virtud de lo señalado en el artículo 67 del Cag, una vez

---

medio de áreas de protección o de restricción) están principalmente desarrolladas en dicha resolución, y no en la ley. Ello contraría el tipo de norma usada para regularla, en la medida que ni siquiera es un reglamento, sino una resolución administrativa, lo que es inadmisibles desde el punto de vista de la técnica normativa en la medida que en la misma resolución se contienen importantes potestades administrativas que en último término deben sostener su correlato regulatorio en la ley, siquiera de manera general, lo cual no se cumple en esta situación.

<sup>63</sup> ROJAS CALDERÓN 2012, 51.

transcurridos cinco años de ejercicio efectivo en los términos concedidos, y siempre que los titulares de derechos ya constituidos no demuestren haber sufrido daños. Lo anterior no será aplicable en el caso del inciso segundo del artículo 66 en que previa autorización de la DGA, cualquier persona puede ejecutar obras para la recarga artificial de acuíferos, teniendo por ello la preferencia para que se le constituya un derecho de aprovechamiento provisional sobre las aguas subterráneas derivadas de tales obras y mientras ellas se mantenga. A estos efectos, la DGA declarará la calidad de derechos definitivos a petición de los interesados y previa comprobación del cumplimiento de las condiciones establecidas.

Todo esto se relaciona con el Decreto Supremo N° 203/2014, Reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas, publicado el 7 de marzo del año 2014, que en el artículo 1° letra a) señala que: "No se podrán efectuar exploraciones en terrenos privados de zonas que alimenten áreas de vegas y de los llamados bofedales de las Regiones de Arica y Parinacota, de Tarapacá y de Antofagasta, sino con autorización fundada de la Dirección General de Aguas, la que previamente deberá identificar y delimitar dichas zonas. La solicitud respectiva deberá ajustarse al procedimiento previsto en el párrafo 1° del Título I del Libro Segundo del Código de Aguas y a las normas establecidas en el párrafo 2 del Capítulo I de este Reglamento. Será aplicable a estas exploraciones lo dispuesto en el artículo 18 del presente Reglamento".

Por su parte el artículo 18 del reglamento analizado señala: "En la resolución que autorice un permiso de exploración, la Dirección General de Aguas podrá establecer todas aquellas condiciones y medidas contempladas en el presente reglamento y en las demás normas que sean aplicables, para resguardar derechos de aprovechamiento de aguas de terceros, el medio ambiente que dependa de los recursos hídricos y la calidad de las aguas subterráneas contenidas en el acuífero explorado.

Asimismo, dichas condiciones podrán incorporarse durante la exploración mediante resolución fundada que modifique el permiso original.

Sin perjuicio de lo señalado en los incisos anteriores, en aquellos casos en que con la solicitud de exploración debió acompañarse una Resolución de Calificación Ambiental favorable, su aprobación se deberá ajustar a las condiciones y medidas impuestas en ella".

Específicamente, en la región de Antofagasta dichas zonas se encuentran establecidas en la Resolución N° 87 de 1 de mayo de 2006 de la DGA. En conformidad con dicha resolución las vegas y bofedales alimentados por zonas acuíferas ascienden a 267.

La protección analizada es un ejemplo claro de regulación específica o diferencial de las aguas que toma en consideración las características particulares de una región –tales como la flora y la fauna–, para establecer el marco regulatorio hídrico al que deberán someterse los particulares. Sin embargo,

no se trata propiamente de un estatuto diferencial que se hace cargo de las condiciones climáticas de las zonas áridas, sino que más bien “intenta proteger asentamientos humanos de importancia geopolítica, evitar la marginalidad producto de las migraciones hacia sectores urbanos, y preservar el medioambiental evitando que se sequen vegas y bofedales [...]”<sup>64</sup>.

## Conclusiones

Al finalizar este trabajo, pueden sostenerse las siguientes conclusiones:

1) La GIRH constituye una necesidad no sólo por requerimientos de gestión, sino que también por necesidad jurídica.

Aquello se manifiesta por evidencia empírica, a lo que ha seguido un conjunto de fuentes normativas sobre todo de carácter internacional que la han reconocido, incluido Chile.

2) Hoy, la regulación de aguas tradicional, no recoge o reconoce la necesidad de diferenciación y manejo por cuencas, sino sólo de manera excepcional y sólo a algunas cuestiones. En especial, aquello ocurre en las regiones de Arica-Parinacota, Tarapacá y Antofagasta y a efectos de protección de zonas de vegas y bofedales.

3) De todas maneras, si integramos otros instrumentos más allá de los de la regulación sectorial, puede hacerse. Así es posible hoy implementarla utilizando adecuada y complementariamente los reglamentos regionales, la Evaluación Ambiental Estratégica y las Normas secundarias de calidad ambiental.

4) Por último, en un contexto de regulaciones unitarias y no diferenciadas, la existencia de una regulación específica o diferenciada para las zonas que vegas y bofedales que toma en consideración las características particulares de una región o zona geográfica, para establecer un marco regulatorio hídrico distinto con fines de protección de las personas y del medioambiente, constituye un atisbo reconocido de GIRH vigente en nuestro Derecho.

## Bibliografía citada

- ALEGRÍA C., María Angélica. y LILLO, Adrián (2003). Protección legal de los humedales alto andino (vegas y bofedales) en Chile. Disponible en: <http://biblioteca.cehum.org/bits-tream/123456789/539/1/Aleg%C3%ADa%2C%20Lillo.%20Protecci%C3%B3n%20legal%20de%20los%20humedales%20altoandinos%20vegas%20y%20bofedales%20en%20Chile.pdf> [fecha de consulta: 03 octubre 2018].
- ASTABURUAGA, Ricardo (2004). El agua en las zonas áridas de Chile. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0717-69962004005700018](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-69962004005700018) [fecha de consulta: 14 octubre 2018].
- BERMÚDEZ, Jorge (2014). *Fundamentos de Derecho Ambiental*. Valparaíso, Ediciones Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 549 pp.
- CAPORENA, Dante (2014). *Principios de Derecho y administración de aguas*. Traducción de A. Vergara Blanco, Bogotá, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 573 pp.

<sup>64</sup> TALA JAPAZ 1999, 190.

- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (1999). La potestad reglamentaria de las entidades territoriales. Los reglamentos regionales, las ordenanzas y los reglamentos municipales. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Año 6, pp. 109-146.
- DEL CASTILLO, Lilian (2009). Los foros del agua. De Mar del Plata a Estambul (1977-2009). Disponibles en: [www.cari.org.ar](http://www.cari.org.ar) [fecha de consulta: 25 noviembre 2015].
- EMBID IRUJO, Antonio (1999). La planificación hidrológica en la actualidad. Consideraciones desde una perspectiva jurídica. En Embid Irujo, A. Planificación hidrológica y política hidráulica (El Libro Blanco del Agua), Madrid, Civitas.
- Embid Irujo, Antonio (2012). El Derecho de Aguas del siglo XXI. *Actas de Derecho de Aguas* N° 2.
- EMBID IRUJO, Antonio (2018). El Derecho de Aguas del siglo XXI. En Montenegro, Sergio y otros Coordinadores. *Actas de las I Jornadas del Régimen Jurídico de las Aguas*. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile-LOM.
- FERRADA, Juan Carlos (2002). La Potestad Reglamentaria de los Gobiernos Regionales: Algunas Notas Preliminares. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXIII., pp. 305-322.
- GONZÁLEZ PIZARRO, José Antonio (1998). Apunte para una reconstrucción de la normativa de las aguas en el norte chileno. Desde el reglamento para el consumo gratuito de agua potable de Antofagasta de 1926 hasta el proyecto de ley sobre agua potable de la provincia de Tarapacá y Antofagasta de 1943. *Revista de Derecho de Aguas*, Vol. IX, pp. 55-63.
- GUZMÁN ROSEN, Rodrigo (2012). *Derecho Ambiental Chileno*. Santiago, Editorial Planeta Sostenible, 268 pp.
- HANTKE-DOMAS, Michael (2011). Avances legislativos en gestión sostenible y descentralizada del agua en América Latina. Disponible en: <http://repositorio.cepal.org/> [fecha de consulta: 16 noviembre 2015].
- MUKHTAROV, Farhad y CHERP, Aleh (2014). The Hegemony of Integrated Water Resources Management as a Global Water Discourse. En: ROY SQUIRES, Victor, MARTIN MILNER, Hugh, DANIELL, Katherine Anne [eds.], *River Basin Management in the Twenty-First Century*, Australia, CRC Press, 535 pp.
- RIOSECO, Reinaldo / TESSER, Claudio (2006). Cartografía Interactiva de los climas de Chile. Instituto de Geografía. Disponible en: [www.uc.cl/sw\\_educ/geografia/cartografiainteractiva](http://www.uc.cl/sw_educ/geografia/cartografiainteractiva) [fecha de consulta: 19 octubre 2015].
- ROJAS CALDERÓN, Christian (2012). Las potestades administrativas de la Dirección General de aguas. *Actas de Derecho de Aguas*, N° 2, pp. 39-78.
- ROJAS CALDERÓN, Christian (2016). *La distribución de las aguas. Ordenación y servicio público en la Administración Hídrica y en las Juntas de Vigilancia de Ríos*. Santiago, Thomson Reuters, 346 pp.
- TALA JAPAZ, Alberto (1999). *Derecho de recursos naturales: Ambiente - Aguas - Minas*. Santiago, Ediciones Jurídicas La Ley, 382 pp.
- VERGARA DUPLAQUET, Ciro (1960). Generalidades. En: HEDERRA, Ana. [dir.], *Comentarios al Código de Aguas*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, pp. 1-56.

### Otros documentos citados

- GWP - INBO (2009). Manual para la Gestión Integrada de Recursos Hídricos en Cuencas. Disponible en: <http://www.gwp.org/> [fecha de consulta: 5 de diciembre 2015].
- GWP (2013). Guía para la aplicación de la Gestión Integrada del Recurso Hídrico (GIRH) a nivel municipal. Disponible en: <http://www.gwp.org/> [fecha de consulta: 3 diciembre 2015].
- GWP (2006). Water and Sustainable Development: Lessons from Chile, Technical Committee, Policy Brief N° 2. Disponible en: <http://www.gwp.org/> [fecha de consulta: 6 diciembre 2015].
- GLOBAL WATER PARTNERSHIP (2004a). Integrated Water Resources Management, Technical Advisory Committee (TAC), Background Papers N° 4. Disponible en: <http://www.gwp.org/> [fecha de consulta: 2 diciembre 2015].

- FAO (2008). Coping with water scarcity. An action framework for agriculture and food security. Disponible en: <http://www.fao.org/docrep/016/i3015e/i3015e.pdf> [fecha de consulta: 30 noviembre 2015].
- INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS (IPP) DE LA U. CATÓLICA DEL NORTE (s/d). Diagnóstico y propuestas jurídicas para la gestión integrada de recursos hídricos en la Región de Antofagasta, Comité Técnico de Estudios, Investigación y Política Pública: *en prensa*.
- IPCC (2008). El cambio climático y el agua. Disponible en: <https://www.ipcc.ch/pdf/technical-papers/ccw/climate-change-water-sp.pdf> [fecha de consulta: 3 octubre 2018].
- JUNTA DE VIGILANCIA DEL RÍO ELQUI Y SUS AFLUENTES (2019). Proyectos desarrollados. Disponible en [http://www.rioelqui.cl/wp\\_new\\_site/?page\\_id=2971](http://www.rioelqui.cl/wp_new_site/?page_id=2971) [fecha de consulta: 10 noviembre 2019].
- NACIONES UNIDAS (1992). *Informe de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el medio ambiente y desarrollo (Anexo II)*, celebrada entre del 3 al 14 de junio en Río de Janeiro.
- NACIONES UNIDAS (1994). *Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África*, de 12 de septiembre de 1994. Esta convención entró en vigencia en Chile el 13 de febrero de 1998 a través del Decreto 2065.
- NACIONES UNIDAS (2002). *Declaración del Milenio (A/55/L.2)*, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2000, párrafo 23.
- NACIONES UNIDAS (2002). *Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible*, celebrada en Johannesburgo (A/CONF.199/20) entre el 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002, párrafo 26.
- NACIONES UNIDAS (2012). *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible*, celebrada en Río de Janeiro (A/CONF.216/16) entre el 20 y 22 de junio de 2012, párrafo 120.
- OCDE (2015). *Principios de Gobernanza del Agua de la OCDE*, aprobada por el Consejo Ministerial de la OCDE el 4 de junio de 2015. Disponible en: <http://www.oecd.org/> [fecha de consulta: 7 diciembre 2015].
- UN-Water (2008). Status Report on Integrated Water Resources Management and Water Efficiency Plans for CSD16. Disponible en: <http://www.un.org/> [fecha de consulta: 23 noviembre 2015].
- UNEP (2012). The UN-Water Status Report on the Application of Integrated Approaches to Water Resources Management. Disponible en: <http://www.un.org/> [fecha de consulta: 28 noviembre 2015].
- UNEP (2012). Water policy and strategy of UNEP. Disponible en: <http://www.unep.org/> [fecha de consulta: 1 diciembre 2015].
- UNESCO (2009): Introduction to the IWRM guidelines at river basin level - Part 1° - Principles. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/> [fecha de consulta: 3 diciembre 2015].
- WORLD WATER ASSESSMENT PROGRAMME (2009). Integrated Water Resources Management UN action. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/> [fecha de consulta: 28 noviembre 2015].



# Chilean water law and climate change challenges

## Derecho de aguas chileno y los desafíos del cambio climático

Sofía Hübner Garretón\*

The negative impact of climate change on the replenishment of water basins will affect the drinking-water availability and other economic sectors of the country. Consequently, Chile needs to be prepared to tackle these impacts, by having a reliable water law system.

**Keywords:** Climate Change, Water Law, National Adaptation Plan to Climate Change, Water Code Reform.

El impacto negativo del cambio climático en la reposición de las cuencas hidrográficas afectará la disponibilidad de agua potable y otros sectores económicos del país. En consecuencia, Chile debe estar preparado para enfrentar estos impactos contando con un sistema normativo de aguas confiable.

**Palabras clave:** Cambio Climático, Legislación de Aguas, Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático, Reforma del Código de Aguas.

ABSTRACT / RESUMEN

### Introduction

The United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) defines "climate change" as:

[C]hange of climate which is attributed directly or indirectly to human activity that alters the composition of the global atmosphere and which is in addition to natural climate variability observed over comparable time periods<sup>1</sup>.

Higher temperatures and less predictable and more extreme weather conditions are expected to impact distribution and availability of rainfall, river flows, snowmelt, and groundwater<sup>2</sup>.

\* Abogada Universidad Católica de Chile, Master of Environmental Law, University of Melbourne, Australia. Dirección Postal: El Golf 40, of. 603, Las Condes, Santiago de Chile. Correo electrónico: shubner@uc.cl

Recibido el 28 de abril y aceptado el 28 de noviembre de 2019.

<sup>1</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE 1992.

<sup>2</sup> UN-Water, 'Water and Climate Change' on *UN-Water* <<http://www.unwater.org/water-facts/climate-change/>>.

According to the *UNFCCC*, Chile brings together seven of the nine characteristics that this *Convention* has established to define a country vulnerable<sup>3</sup> to climate change. These seven features are a) countries with low-lying coastal areas; b) countries with arid and semi-arid areas, forested areas and areas liable to forest decay; c) countries with areas prone to natural disasters; d) countries with areas liable to drought and desertification; e) countries with areas of high urban atmospheric pollution; f) countries with areas with fragile ecosystems, including mountainous ecosystems; g) countries whose economies are highly dependent on income generated from the production, processing and export, and/or on consumption of fossil fuels and associated energy-intensive products<sup>4</sup>.

Therefore, Chile is exposed to climate change in many ways, although the impacts are forecast to differ between the country's regions<sup>5</sup>. In general, 'scientists predict more hot days and higher average temperatures, less rainfall and more frequent droughts, especially in the central-south region'<sup>6</sup>. This will mean a significant negative impact on the replenishment of water basins<sup>7</sup>, which will affect the drinking-water availability and human health, but also will affect other important sectors for the country's economy such as agriculture, mining, forestry and hydropower<sup>8</sup>.

Therefore, it is essential to a country like Chile to be prepared to tackle climate change impacts, by having a reliable water law system<sup>9</sup>. In this regard, the *Water Code* enacted in 1981 regulates the water law system setting the use and allocation of water<sup>10</sup>. Also, the Chilean government launched a public policy framework which contemplates some adaptation strategies in order to challenge climate change<sup>11</sup>.

However, in my view, neither the *Water Code* and the public policies are yet able to confront the threats of climate change, especially in respect to the drought that is affecting a significant part of the country. This essay will be focus in the central region of Chile which is experiencing the reduction in annual precipitation and significant increases in temperature and it is expected that these impacts will affect such area in the future as well<sup>12</sup>. In Annex One

<sup>3</sup> Pursuant to the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) "vulnerability" is defined as "[t]he propensity or predisposition to be adversely affected, [which] encompasses a variety of concepts and elements including sensitivity or susceptibility to harm and lack of capacity to cope and adapt". PACHAURI and MEYER 2014, 128.

<sup>4</sup> UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE 1992, 8.

<sup>5</sup> INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, ENERGY POLICIES BEYOND IEA COUNTRIES CHILE 2018 2018, 119.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> SARTORI 2017, 77.

<sup>8</sup> INTERNATIONAL ENERGY AGENCY 2017, 120.

<sup>9</sup> MEZA *et al.* 2012, 421 y 422.

<sup>10</sup> Decreto con Fuerza de Ley N° 1122 of 1981.

<sup>11</sup> MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS 2013.; FARIAS and JADRIJEVIC 2017.; MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE 2015.

<sup>12</sup> D GARREAUD *et al.* 2017.

below, it is possible to observe the effects of the drought in the Aculeo Lagoon, located in the Metropolitan Region at Central Chile.

On the one hand, the *Water Code* is not able to face climate change effects because it contemplates a regime of water rights which allocate the water as a private good, without distinguishing its use<sup>13</sup>. Moreover, most of the waters in the central area of Chile are almost allocated<sup>14</sup>. Under this context of the water rights as a private good, all the water have equal value, which leads to conflicts regarding the offer and demand of the water resources, which is every day scarcer<sup>15</sup>. Therefore, it is possible that –as a consequence of climate change– we will face the fact that water is no longer available for all water rights owners. This will be because all the available resource will be –legally– used by those water rights’ owners that first acquired the right.

On the other hand, public policies are also not able to confront water-related climate change impacts. Even when the country has made significant steps launching public policies in order to face climate change, regarding water, there is still lack of understanding about its extreme importance and how it is a mainstream element across other sectors also affected by climate change such as energy or farming<sup>16</sup>.

This essay begins with a general description of water as a vital element in our society, which is not only used for human life but economic development and supporting biodiversity. Then, I explain how this resource is threatened by climate change. I briefly describe the two most important effects of climate change in water resources such as droughts and flood, focusing on the former one. Then in section III, I describe the climate change effects on Chilean’s waters and how these waters will be severely affected by this phenomenon, where droughts and extreme temperatures are expected, particularly in the densely populated central region<sup>17</sup>. I highlight that this is serious for a country as Chile which water supply and economic activities ‘depend strongly on the amount of snow accumulation in winter and on the rate of glacier and snowmelt in the spring and summer seasons’<sup>18</sup>.

Next, in section IV, I explain the water law system of Chile, discussing whether this framework is able to face the pressure of climate change on water resources.

<sup>13</sup> *Idem*.

<sup>14</sup> MACPHERSON and O’DONNELL 2015. See also COSTA CORDELLA 2016, 347.

<sup>15</sup> MACPHERSON and O’DONNELL 2015, 183. See also COSTA CORDELLA 2016, 347.

<sup>16</sup> ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT 2013, 14.

<sup>17</sup> INTERNATIONAL ENERGY AGENCY 2018, 120.

<sup>18</sup> MEZA *et al.* 2012, 422.

## I. Water and Climate Change

Freshwater is a vulnerable resource<sup>19</sup> but it fulfils three essential roles for the sustainability of global development: assurance of human health, economic development and support of important ecosystems<sup>20</sup>. Therefore, freshwater is indispensable for all forms of life and human activities which almost all of them need freshwater in large quantities<sup>21</sup>.

The main characteristic of water is that it is a mainstream resource. This means that it is an element that has various uses, such as the necessary supply for the subsistence of ecosystems, human consumption, agriculture, livestock and even for energy production<sup>22</sup>. As the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) said in its Climate Change and Water Report 'climate, freshwater, biophysical and socio-economic systems are interconnected in complex ways, so a change in any one of these induces a change in another'<sup>23</sup>. Therefore, water is vital. However, mainly through water, the effects of climate change will be felt<sup>24</sup>. As the IPCC explains,

[i]n many regions, changing precipitation or melting snow and ice are altering hydrological systems, affecting water resources in terms of quantity and quality. Glaciers continue to shrink almost worldwide due to climate change, affecting runoff and water resources downstream<sup>25</sup>.

Therefore, freshwater resources are very susceptible to be strongly impacted by the phenomenon of climate change, with broad consequences not only for human societies but also for ecosystems. Consequently, 'the relationship between climate change and freshwater resources is of primary concern and interest'<sup>26</sup>. Hence, climate change is reshaping the future for freshwater.

In fact, because of climate change, some regions of the world will become hotter and drier and with more frequent and more severe periods of drought<sup>27</sup>. On the other hand, other regions will become wetter, where the precipitations will come in the form of more severe storm events, challenging cities' water storage capacities and leading to flooding disasters<sup>28</sup>.

<sup>19</sup> BAUER 2004.

<sup>20</sup> SANTIBÁÑEZ 2016.

<sup>21</sup> BATES *et al.* 2008, 7.

<sup>22</sup> RÍOS LANGE 2017, 77.

<sup>23</sup> BATES *et al.* 2008, 7.

<sup>24</sup> UN-WATER 2012.

<sup>25</sup> PACHAURI and MEYER 2014, 51.

<sup>26</sup> BATES *et al.* 2008, 7.

<sup>27</sup> The United States' National Weather Service defines "drought" as a deficiency in precipitation over an extended period, usually a season or more, resulting in a water shortage causing adverse impacts on vegetation, animals, and/or people. It is a normal, recurrent feature of climate that occurs in virtually all climate zones, from very wet to very dry.

National Weather Service, 'Drought: Public Fact Sheet' (August 2006). See also KUNDIS 2018, 250.

<sup>28</sup> *Idem.*

Both droughts and floods generate serious problems regarding water availability and directly affect the freshwater supply<sup>29</sup>. Droughts are 'exacerbating water scarcity and thereby negatively impacting people's health and productivity'<sup>30</sup>. The drought has a vital connection to water supplies and consequently to the respective water law system of a country. Indeed, 'less precipitation means less water for use, and hence a need for law to prioritise uses and to allocate available water among those uses'<sup>31</sup>. Excessive water withdrawals can exacerbate the impact of drought<sup>32</sup>.

Floods<sup>33</sup>, instead, threaten to destroy water points and sanitation facilities and contaminate water sources<sup>34</sup>. In other words, higher precipitation may affect the cities' sewer systems. An uncontrolled surcharge may add microbial and chemical pollutants to water resources which are difficult to manage through the use of conventional drinking water treatment methods<sup>35</sup>.

Therefore, extreme events such as droughts and floods are expected to occur more often because of climate change, and both can have detrimental impacts to water supply<sup>36</sup>.

## II. Climate Change Effects on Chilean's Water

Chile has 1251 rivers located in 101 major basins<sup>37</sup>. Additionally, there are more than 12 784 lakes and lagoons of all kinds of shapes and sizes that in general, the water resources present in them contain good quality water and are important regulators of the flows in the basins<sup>38</sup>. Furthermore, Chile has 24 114 glaciers, which contribute to the flow of runoff in the dry season<sup>39</sup>.

In Chile, the volume of water from rainfall that runs through waterways is 51 218 m<sup>3</sup> per person per year, exceeding the world average by eight times (6600 m<sup>3</sup> / inhabitant/year)<sup>40</sup>. Moreover, the total renewable water in Chile reaches 922 km<sup>3</sup> per year, which places it in the 14th place in the world and fifth in Latin America<sup>41</sup>.

<sup>29</sup> *Idem*.

<sup>30</sup> UN-Water 2012.

<sup>31</sup> KUNDIS 2018, 254.

<sup>32</sup> BATES *et al.* 2008, 38.

<sup>33</sup> According to the United Nations, "flood" is [a] general and temporary condition of partial or complete inundation of normally dry land areas from overflow of inland or tidal waters from the unusual and rapid accumulation or runoff of surface waters from any source.

<sup>34</sup> UN-Water 2012.

<sup>35</sup> BATES *et al.* 2008, 71.

<sup>36</sup> ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), above n 16, 14.

<sup>37</sup> MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS 2016, 7

<sup>38</sup> MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS 2013, 40; MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS 2016, 6.

<sup>39</sup> MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS 2016, 8.

<sup>40</sup> In 2012 the national average was 53.000m<sup>3</sup>; MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS 2013, 9; MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS 2016, 8.

<sup>41</sup> SANTIBÁÑEZ, 2016, 7.

However, these values mask a very different reality regarding the availability of water at a regional level. Although in southern regions the average availability of water is above 7000 m<sup>3</sup>/ inhabitant/ year, from Arica to the Metropolitan Region (northern and central regions) the average of available water is only 500 m<sup>3</sup>/ inhabitant/ year, which is below the world average<sup>42</sup>.

This data takes more importance knowing that Chile is and will be severely affected by climate change and that water is one of the resources that will be threatened by those effects<sup>43</sup>. Negative impacts are projected in drinking-water availability and human health, but also in other sectors such as mining, hydropower, agriculture and forestry, which are the economic engine of the country<sup>44</sup>.

Several factors will influence the decrease in the quantity of water available in Chile, as a consequence of climate change. First, a variation in annual precipitation is projected by more than 30% in some areas of the country by 2040. For instances, Central Chile (where 70% of the total population lives) may see a significant reduction in precipitation. It is expected that this area will experience a decrease in precipitation of around 20 to 25% by 2040<sup>45</sup>.

Second, regarding snow as a source of water, Chile will experience a reduction in the 'mountainous area capable of storing snow over successive years and shift in snowline towards higher altitudes'<sup>46</sup>.

Third, climate change will affect glaciers as well. The retreat of those masses of ice will impact significantly on water supply. This is because these resources are a strategic water reserve. They not only supply water to river basins in summer, but also provide the most critical source of replenishment for rivers, lakes, and groundwater in arid regions during periods of drought<sup>47</sup>. Therefore, this is certainly a reduction in Chile's safety net.

In fact, regarding groundwater, there has also been a decrease in availability of the water resource, where 110 aquifers of the national territory are currently with a committed demand exceeding its recharge<sup>48</sup>.

Fourth, reduced available water flow is projected in most northern and southern river basins<sup>49</sup> while the remaining basins are expected to suffer slight reductions in flow levels in the short-term and substantial reductions in the mid-term<sup>50</sup>.

<sup>42</sup> MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS 2016, 8.

<sup>43</sup> SANTIBAÑEZ 2017, 157.

<sup>44</sup> International Energy Agency 2018, 120.

<sup>45</sup> ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD) 2013, 131.

<sup>46</sup> *Idem*.

<sup>47</sup> *Idem*.

<sup>48</sup> FUNDACIÓN FUTURO LATINOAMERICANO 2019, 18

<sup>49</sup> Limarí Basin at the northern area and Cautín Basin at the most south.

<sup>50</sup> ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD) 2013, 131.

Fifth, a significant increase in the number of months with a hydrologic deficit is projected in practically all river basins, as consequences of the probable changes in availability and seasonal distribution of the water flows. This will affect the availability of water resources, with low-flows occurring more often<sup>51</sup>.

Sixth, an increase in drought is projected especially in the northern and central regions of the country.

Consequently, climate change will impact all the water resources that the country has as water supply such as precipitation, snow and glaciers.

### 1. The Drought in Chile as a Consequence of Climate Change

Central Chile is a Mediterranean - climate regions, which is characterized 'by a strong seasonality, with rainfall concentrated in autumn and winter'<sup>52</sup> and intense solar radiation during spring, summer, and early autumn months<sup>53</sup>.

However, Mediterranean regions may suffer both reductions in annual precipitation and significant increases in temperature, which could have as a consequence an increasingly severe drought<sup>54</sup>. Even though intense one or two-year droughts are frequent in this region, this area has experimented an uninterrupted sequence of dry years since 2010<sup>55</sup>. This has led in some consequences such as "the precipitation deficit diminished the Andean snowpack and resulted in amplified declines (up to 90%) of river flow, reservoir volumes and ground water levels along central Chile and westernmost Argentina. In some semi-arid basins we found a decrease in the runoff-to-rainfall coefficient"<sup>56</sup>.

Therefore, droughts and extreme temperatures are happening and are expected to increase more, especially in the densely populated central region of Chile<sup>57</sup>. This will mean a significant negative impact on the replenishment of Chilean water basins<sup>58</sup> or in other words a severe impact on storages.

This is critical for a country as Chile which water supply and economic activities 'depend strongly on the amount of snow accumulation in winter and on the rate of glacier and snowmelt in the spring and summer seasons'<sup>59</sup>.

Additionally, there are non-climate change related issues affecting the water resources, which have been showing signs of exhaustion several de-

<sup>51</sup> *Idem*.

<sup>52</sup> MEZA *et al.* 2012, 421.

<sup>53</sup> *Idem*.

<sup>54</sup> *Idem*.

<sup>55</sup> GARREAUD *et al.* 2017, 6307.

<sup>56</sup> *Idem*.

<sup>57</sup> INTERNATIONAL ENERGY AGENCY 2018, 120.

<sup>58</sup> SARTORI 2017, 77.

<sup>59</sup> MEZA *et al.* 2012, 422.

caes ago in the central zone of the country<sup>60</sup>. This is due to the excessive increase in water demand for agriculture, mining and energy generation<sup>61</sup>. Indeed, according to the National Water Strategy, the agriculture and forestry sector is the primary user of water extracting around 73% of it<sup>62</sup>. The mining and the industry use both 21% of the water resources. For drinking water and treatment of sewage water, the use is 6%<sup>63</sup>. Hydropower makes the greatest non-consumptive use of water resources<sup>64</sup>, which must return the same flow unaltered to its original course.

The level of competition between these uses varies throughout the country and is particularly acute in the central area where all surface water has already been allocated<sup>65</sup>. Indeed, it is a well-known reality in Chile that most of the basins are over-allocated, in such a way that there are many more water rights constituted than the water that is actually available in the basins<sup>66</sup>. This increases the pressure then on water resources.

In fact, regarding the over-allocation of the resource, water rights recorded in the Public Registry of Waters of the General Water Authority –updated to December 2017– they exceed more than six times the collection of water nationwide<sup>67</sup>.

As it is said in the strategic resume of the “Hydric Transition, The Future of the Water in Chile”, the effects of climate change and the overexploitation of water sources not only cause water shortages in some areas of the country, but are also damaging our water ecosystems that are important suppliers of the resource. “Water is a vital factor of production, so the decrease in supplies can result in slower growth. Some regions may see their rates of growth decreased by up to six per percent of GDP by 2050 as a result of water related problems”<sup>68</sup>.

### III. Chile’s Water Law System

Under the scenario described above, the management of this resource has become a key issue and requires a legal, social and economic analysis<sup>69</sup>. In this respect, it is crucial to a country like Chile to be prepared, having a robust water law system to confront the threats of climate change<sup>70</sup>.

<sup>60</sup> SANTIBÁÑEZ 2017, 30.

<sup>61</sup> *Idem*.

<sup>62</sup> MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS 2013, 3.

<sup>63</sup> *Idem*.

<sup>64</sup> *Idem*.

<sup>65</sup> MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS 2013, 3.

<sup>66</sup> COSTA CORDELLA 2016, 346.

<sup>67</sup> FUNDACIÓN FUTURO LATINOAMERICANO, 2019, 18

<sup>68</sup> *Ibíd.*, 16

<sup>69</sup> VERGARA BLANCO 2015, 148.

<sup>70</sup> MEZA *et al.* 2012, 422.

The water law system is regulated by the *Water Code*. In January 2018, this Code was amended in order to protect the water resource<sup>71</sup>. Also, there is another proposed reform which has been discussed in Congress since 2011, which refers to the legal nature of water rights.

Additionally, the Chilean government published an entire public policy framework which contemplates some adaptation strategies in order to challenge climate change<sup>72</sup>.

### 1. Water Code

Water allocation among different users such as drinking water, industrial, hydropower, and agriculture is based on water rights (*Derechos de Aprovechamiento de Aguas*). Since the water rights control the manner in which water is allocated, it is important to understand their reliability under climate change scenarios<sup>73</sup>, because the droughts will affect the entire water law system of the country. As it was said before, many basins and aquifers are drying up but there are also very high levels of water demand, far exceeding the available supply of the resource<sup>74</sup>. This leads that in many regions of the country the existing water rights exceed the actual availability of the resource<sup>75</sup>.

The *Water Code* enacted in 1981<sup>76</sup> regulates the use and allocation of water in Chile. It states that water is a national property for public use (*Derecho Nacional de Uso Público*)<sup>77</sup>, but it grants 'permanent, transferable water use rights to individuals and gave security to their owners so the resource cannot be expropriated without economic compensation'<sup>78</sup>. Therefore, it represents a paradox. On one hand this resource is a national property for public use, which means that water is for the entire nation, but on the other hand, this same resource is privatised granting water rights, which can be used only by its owner.

This Code allows three ways in which a person can acquire water rights. The first option and the most common is the constitution of a new right as a new administrative act issued by the DGA, free of charge<sup>79</sup>. Since January 2018, the applicant has to mention the use that the water will have, but such information is not determinative for granting the right<sup>80</sup>. This was a missed opportunity to regulate more effectively the allocation of the water rights, establishing, for example, some priorities at the time to allocate the new water

<sup>71</sup> Ley N° 21.064, of 2018.

<sup>72</sup> MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS 2013; FARIAS and JADRJEVIC 2017; MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE 2015.

<sup>73</sup> MEZA *et al.* 2012, 421.

<sup>74</sup> VERGARA BLANCO 2015, 148.

<sup>75</sup> SANTIBÁÑEZ 2017, 5.

<sup>76</sup> Decreto con Fuerza de Ley N° 1122, of 1981.

<sup>77</sup> Ídem.

<sup>78</sup> MEZA *et al.* 2012, 422.

<sup>79</sup> Decreto con Fuerza de Ley N° 1122, of 1981.

<sup>80</sup> *Ibid*, 140.

rights. This is because this resource is every day scarcer, especially having in consideration climate change effects.

The DGA will grant the water rights after a study that proves the availability of the resource and the absence of water conflicts with other owners. Once granted, the *Water Code* gives complete and permanent freedom to use those water rights as long as the owner holds them, without considering dry seasons or giving priorities between rights' holders.

The second option is by a regularisation of unregistered ('customary') water use before the Court<sup>81</sup>. The applicant must demonstrate to the judge the uninterrupted use of water for five years, counted from when the *Water Code* came into force, without violence or in an illegal way, and without recognising the domain of others<sup>82</sup>.

The third option is private bargaining in water markets, through the sale of rights acquired from one of the two previous forms. Therefore, the *Water Code* regulates a free-market approach to the water resource, in which water rights are treated not merely as private property but as a fully marketable commodity<sup>83</sup>. It is important to mention that the water rights are unbundled from the rights to the land.

In 2005, the *Water Code* was amended in order to establish the minimum ecological flow. This means that the DGA has to establish minimum ecological flows every time it grants a new water right. Internal manuals of the DGA define the minimum flow that each river needs to maintain the existing ecosystems and preserve the ecological quality<sup>84</sup>.

Some critiques to the granting of water rights in the context of effects of climate change are first, that the *Water Code* stiffens and limits water management. This code gives to the Chilean State the power to transfer to users the usufruct of a resource whose availability is uncertain and changing. This has created a crisis where the interconnections established between water users in the different sections of a basin were not duly taken into account<sup>85</sup>.

Second, that the DGA takes into consideration the water available in the respective river but not in the basin. As a result of this, there has been over granting of water rights, establishing flows or volumes that exceed the sustainable levels that allow the use of the basin in the long term<sup>86</sup>. This is fatal to tackle climate change because a strongest drought means an inevitable decrease in the basins water levels. This means a lower volume of water to distribute among users and maintain simultaneously the ecosystems.

<sup>81</sup> *Ibid*, Transitory article 2.

<sup>82</sup> *Idem*.

<sup>83</sup> BAUER 2004, 1.

<sup>84</sup> MACPHERSON and O'DONNELL 2015, 182.

<sup>85</sup> SANTIBÁÑEZ 2018.

<sup>86</sup> MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS 2013, 22.

Third, there are interferences between the use of ground and surface water, which, according to current practices, are managed independently. However, this is a big mistake because 'most surface water features, from rivers to lakes to wetlands, interact with groundwater and, thus, groundwater plays an essential role in both surface water availability and quality'<sup>87</sup>. Therefore, a lack of integrated management of groundwater and surface water can have significant (or even irreversible) consequences for both sources of water. Also, this lack of integrated management could lead in ecological features and could cause conflicts between surface and groundwater holders<sup>88</sup>.

Fourth, the *Water Code* says very little about the uses of water other than irrigation and even less about the coordination of various uses. This lead to conflicts regarding the offer and demand of the water resources. This can be seen in the disputes that arise periodically about urban development plans, real estate, agricultural, tourism, power generation, among others<sup>89</sup>, whose growth supposes an increase in the demand for water, necessary for all these activities<sup>90</sup>. In view of that, makes sense modify the *Water Code* in order to prioritize the extraction of the freshwater resource according to the level of the river flow and the use that such resource will have since the current granting system prioritizes the extraction to whom first was granted the right.

Finally, regarding the minimum ecological flow, one of the main critiques about it is that when it was established, the Chilean water resources were almost wholly allocated<sup>91</sup>. Therefore, the contribution of the ecological flow is restricted only to those rivers where there is still water availability to constitute new water rights, which are the ones located in the southern regions of the country. This results in an imbalance in environmental care and the water resource in general, between north-central and southern Chile<sup>92</sup>. Therefore in this region all the water rights are almost traded without reserve for sustainability.

Therefore, it is worth asking, is this system prepared to face the threats of climate change on water resources? Can Chile, through this brief legal framework, ensure enough water for all the uses, such as the supply of drinking water, irrigation, energy, mining, tourism, among others?<sup>93</sup>

In my opinion, the answer to these questions is a big no. As Kundis Craig says, '[w]ater law creates the foundational rules for how humans use and manage water'<sup>94</sup>. As such it can play a substantial role responding to water-related climate change impacts<sup>95</sup>. In this respect, 'flexibility is a key

<sup>87</sup> COSENS 2016, 382. See also MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS 2013.

<sup>88</sup> PEÑA 2003, 9.

<sup>89</sup> Ídem.

<sup>90</sup> COSTA CORDELLA 2016, 343.

<sup>91</sup> MACPHERSON and O'DONNELL 2015, 183.

<sup>92</sup> COSTA CORDELLA 2016, 347.

<sup>93</sup> MACPHERSON AND O'DONNELL 2015, 172.

<sup>94</sup> KUNDIS 2018, 266.

<sup>95</sup> *Idem*.

attribute of water law's effectiveness in responding to drought<sup>96</sup>, because a flexible water law will allow the allocation and re-allocation of the available water supply in drought periods<sup>97</sup>. Additionally, flexibility in the law generally increases people's capability to adapt to climate change impacts<sup>98</sup>. Also, water law itself can promote or inhibit both the resilience of existing sources to climate change impacts and the development of alternative water supplies<sup>99</sup>.

Pursuant to the above mentioned, in my view, the *Water Code* –which was published 40 years ago– was issued considering the existence of an inexhaustible water resource without foreseeing future droughts. This led in the allocation of practically all of the water resources in the central regions of Chile, which is precisely one of the areas affected by the drought today<sup>100</sup>. And those rights will be the property of who obtained them in perpetuity<sup>101</sup>. Under this legal framework, it is not possible to re allocate the water rights granted<sup>102</sup>. Moreover, all of those water rights have the same value and the same priority extract the amount of water granted, even in periods of droughts<sup>103</sup>. Thus, as it was said, the *Water Code* is very rigid and limit the water management<sup>104</sup>. This means that the *Water Code* is not flexible at all and is not able to face the climate phenomenon which does not contemplate any solution to the shortage<sup>105</sup>. Therefore, Chile requires a law able to prioritise uses and to allocate available water among those uses. A law that allows water rights owners to share their volume of water with other owners in scarcity. In addition, the law should authorize the water authority to acquire water rights in the name of the environment and thus protect ecosystems in the interests of sustainability. In this way, it will be possible to recover water rights that have already been granted, which will mean amount of water free of use for ecological protection and public recreation<sup>106</sup>.

Moreover, the *Water Code* is incapable of handling critical water management issues, such as river basin management, social equity, coordination of multiple water uses, environmental protection, and resolution of water conflicts<sup>107</sup>. All of these issues would be significantly increased by the water-related climate change impacts. In fact, today conflicts exist between community and mining and farming companies because of water shortage, that are not

---

<sup>96</sup> *Idem.*

<sup>97</sup> KUNDIS 2018, 252.

<sup>98</sup> *Idem.*

<sup>99</sup> *Idem.*

<sup>100</sup> MACPHERSON AND O'DONNELL 2015, 183.

<sup>101</sup> There are some exceptions to the perpetuity, such as not paying the fine for non-use the rights, and the subsequently auction of those rights.

<sup>102</sup> Decreto con Fuerza de Ley N° 1122, of 1981.

<sup>103</sup> *Idem.*

<sup>104</sup> SANTIBÁÑEZ 2018.

<sup>105</sup> COSTA CORDELLA 2016, 342.

<sup>106</sup> SANTIBÁÑEZ 2018.

<sup>107</sup> BAUER 2004, 2.

possible to address with the *Water Code*<sup>108</sup>. Therefore, strategic water planning can be a useful model to reduce such conflicts.

Some countries, with arid places where drought is a perpetual threat, provide good illustrations of how governments adapt water law to actual hydrological scenarios<sup>109</sup>. One example of this is the modern version of the England riparianism. The riparianism or riparian rights are 'the accorded legal rights to use surface water to landowners whose properties border a waterway.' However, in the modern version, 'riparian landowners share rights to make reasonable use of the water resource, subject to the co-equal rights of all other riparians on the same waterbody to do the same'<sup>110</sup>. Therefore, what is highlighted here is that riparian rights owners share their rights to make reasonable use of the resource. Which means a collective vision at the extracting time water, unlike the Chilean vision, which is more individualistic.

However, in my view, the Australian example is the most notable in order to face the drought, which improved the English common-law riparianism<sup>111</sup>. Australian states' and territories –with a few exceptions– 'allocate water entitlements entirely through licenses'<sup>112</sup>, unbundling water rights from land rights<sup>113</sup>. These water entitlements have a share component which "provided flexibility for entitlement holders in the way they manage water assets. This includes the ability to manage entitlements to deal with variability in a water resource and accessing the full value of an entitlement"<sup>114</sup>. ... Australian water users tend to "share the shortage" during drought, each reducing its water use to accommodate the available supply, and licensed water suppliers often have use reduction targets built into their licenses"<sup>115</sup>.

This second example shows again the importance to share and adapt the rights considering the water availability.

Therefore, it is essential to reform the Chilean legal system according to the new water conditions, because fresh water is a scarce and essential resource for life, environmental protection and economic production<sup>116</sup>, and it requires good management in order to face the pressures of climate change on water resources. The examples given are a good way to approach to an idea of how to reform the *Water Code*, considering that the freshwater resource belongs to all Chileans. Therefore, an important advance in this matter could be that those who already have water rights may prioritize, share, flexi-

<sup>108</sup> COSTA CORDELLA 2016, 343.

<sup>109</sup> KUNDIS 2018, 254.

<sup>110</sup> *Ibid*, 255.

<sup>111</sup> *Ibid*, 256.

<sup>112</sup> *Idem*.

<sup>113</sup> GARDNER *et al.* 2018, 246–252; KUNDIS 2016, 256; MACPHERSON and O'DONNELL 2015, 171.

<sup>114</sup> *Idem*.

<sup>115</sup> KUNDIS 2016, 257. See also COSENS 2016, 376–379.

<sup>116</sup> COSTA CORDELLA 2016, 335.

ble and adapt these rights according to their uses and according to the levels of the flow that the basins and rivers have.

## 2. The Water Code reforms

The discussion regarding the reform of the *Water Code* started when Chile returned to democracy in 1990<sup>117</sup>, especially regarding the nature of water rights.

In January 2018, in order to protect the Chilean waters, the *Water Code* was amended regarding the submission of information of water rights' holder, control and inspections, and sanctions, reinforcing the powers of the DGA<sup>118</sup>. The purpose of this reform is to demand more information from users, in order to know how much water exists in each of the country's basins. Such holders will be forced to install –at their cost– devices that allow to control and gauge the water, in addition to a system of instantaneous transmission of that information directly to the DGA<sup>119</sup>.

Additionally, it provides tools for inspecting to the DGA, in order to be aware of water theft or other infractions. Finally, this amendment significantly increases the fines for committing infractions up to equivalent \$96.610.000 Chilean pesos<sup>120</sup>.

This reform is a step to have greater knowledge of the water extraction that people do along the country. Authorities will be able to handle more accurate information regarding the availability of water, and people will be inhibited to extract water illegally as a consequence of the high fines.

In my opinion, this modification is worth celebrating because it protects our waters. Now the DGA can know exactly how much water is extracted by each owner of water rights, ensuring that there will be no extra withdrawals to those allowed. This gives security and protection to rivers, basins and groundwater knowing how much water is extracted, having high fines in case of infringement.

Despite the fact mentioned above, there is another reform which has been discussed in Congress since 2011, which refers to the legal nature of water rights. Indeed, this reform has the intent to modify the permanent nature of water rights becoming the new granted rights temporals for a maximum length of 30 years, according to the availability of the source of supply and/or the sustainability of the aquifer. This reform will not modify the water rights already granted.

To this reform, I would add the flexible nature of water rights, which can be able to accommodate the different climatic situations and especially the

<sup>117</sup> BAUER 2004, 53.

<sup>118</sup> Ley N° 21.064, of 2018.

<sup>119</sup> *Idem*.

<sup>120</sup> *Idem*.

effects that climate change can generate. As the examples seen previously in Australia and England.

However, as it was mentioned most of the water was already allocated, especially in the central area of the country<sup>121</sup>. Therefore, this amendment will not have impact in order to address the effects of climate change.

A second amendment is to introduce the expiration of water rights for the following grounds: i) for non-use of the rights after four years for consumptive water rights and eight years for non-consumptive. With the actual *Code*, the holder of water rights that not use the amount of water that was granted is liable to pay a fine annually<sup>122</sup>. ii) When the waters are used for a purpose other than that which has been granted. In this respect, since 2018, it is mandatory to inform to the DGA the purpose for what are going to be used the water rights that are required. iii) For the non-registration of the rights in the Real Estate Registrar<sup>123</sup>. This is with the purpose of having a real knowledge of the water rights that are granted in Chile.

In my opinion, this second amendment can help more addressing the effects of climate change than the first one. Instead of charging a fine for not using the water granted, this reform will make expire such rights, which means that these waters will be back to the public domain.

However –and in relation to the second ground– it is necessary that the authority has enough capacity of control to ensure that the water is being used for what it was granted and that no useless use of water is generated to avoid the extinction of the right.

Additionally, in my view, it would be possible to create a government or independent institution that can obtain water rights that are not being used by their owners or directly purchase water rights to be able to acquire, little by little, those rights that have already been granted with overexploitation of the basins.

The above would help to have a backup to protect ecosystems and achieve greater water distribution with the owners of each basin.

### 3. Public Policies

As it was explained above, the *Water Code* is unable to face the climate change pressures on the water resources. That is why –among other reasons– that the Chilean government is putting all its efforts into publishing public policies to address such impacts.

<sup>121</sup> MACPHERSON AND O'DONNELL 2015, 183. See also COSTA CORDELLA 2016, 347.

<sup>122</sup> Decreto con Fuerza de Ley N° 1122, of 1981.

<sup>123</sup> LIBERTAD Y DESARROLLO 2017.

Prior to talking about public policies on water and climate change, I will make a brief chronology and explanation of the context of how and why Chile comes to develop public policies on climate change.

'Since Chile ratified the [UNFCCC] in 1994, and joined the Kyoto Protocol in 2002, it has been participating actively in the discussions and international efforts in this context'<sup>124</sup>.

The first thing that the country did in this regard was launched the National Climate Change Strategy in 2006 which two years later was operationalised through the National Action Plan for Climate Change I (NAPCC I) for the period 2008-2012, which recognised Chile was vulnerable socially, economically and environmentally to climate change<sup>125</sup>.

Then, the *Law N° 20.417/2010 which creates the Ministry of the Environment, the Environment Assessment Agency and the Environmental Superintendence*, was enacted in 2010. This law modified the *Environmental Law*, establishing in its section 70 subsection h) that the Ministry of the Environment shall 'propose policies and formulate plans, programs and action planes on climate change'<sup>126</sup>. Therefore, since 2010 with the enactment of this law, the State of Chile determined that climate change was something to work for.

Additionally, the *Law N° 20.417/2010* created the Department of Climate Change, which depends on the Ministry of the Environment and is a 'major milestone in the public management of climate change in Chile'<sup>127</sup>. The mission of this Department is to contribute to the sustainable and resilient development of the impacts of climate change and a low carbon economy in the country. This must be sought through the integration and promotion of more and better sectoral public policies that allow the local level to face climate change and implement mitigation actions<sup>128</sup>.

Later, in 2017 Chile ratified the Paris Agreement by Supreme Decree No 30<sup>129</sup>. Because of this agreement, Chile presented the National Determined Contribution (NDC), committing to develop and implement climate policies and actions that allow local adaptation, mitigation and compliance with global agreements<sup>130</sup>.

Then, having better knowledge, concrete progress regarding the actions established in the NAPCC I, and a greater political commitment at both the national and international levels, the Chilean government launched the National Action Plan for Climate Change II (NAPCC II) for the period 2017-2022.

<sup>124</sup> MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE 2016, 37.

<sup>125</sup> FARÍAS and JADRIJEVIC 2017, 15.

<sup>126</sup> Ley N° 19.300, of 1994.

<sup>127</sup> MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE 2016, 15.

<sup>128</sup> Cambio Climático [Climate Change] on Ministry of the Environment <<http://portal.mma.gob.cl/cambio-climatico/>>.

<sup>129</sup> Decreto Supremo N° 30, of 2017.

<sup>130</sup> <<http://portal.mma.gob.cl/cambio-climatico/>>.

The NAPCC II is a public policy that integrates and guides the actions to be taken concerning climate change<sup>131</sup>. The NAPCC II is composed of four areas: Adaptation, Mitigation, Means of Implementation, and Management of Climate Change at the Regional and Community Levels.

Fulfilling its commitments, Chile published in 2014 the National Adaptation Plan to Climate Change. It is one of the goals established in the NAPCC I. It defines the long-term public policies regarding adaptation to the effects of climate change<sup>132</sup>. It also establishes sectoral adaptation plans such as Farming, Biodiversity, Fisheries and Aquaculture, Health, Infrastructure Services, Cities, Energy, Tourism and Water Resources.

Concerning the sectoral plan of Water Resources, it was expected to be published at the end of 2018, however, is still pending<sup>133</sup>.

Additionally, the Ministry of Public Works –the ministry in charge of the DGA– published the National Water Strategy in 2012, for the periods 2012-2025 in order to reconcile the different interests and uses of water resources, create public policies and make the reforms that would be necessary. These three interests all need to take into consideration the effects of climate change<sup>134</sup>.

For the rest of this essay, I will explain some of the documents mentioned above, in order to illustrate whether the Chilean public policy framework is able to deal with the challenges that climate change presents to this country on the water resources.

#### a. *National Water strategy*

The Ministry of Public Works launched the National Water Strategy in 2012, for the periods 2012-2025 in order to settle the different interests and uses of water, create public policies and make the reforms that would be necessary, having in consideration the effects of climate change to this resource<sup>135</sup>. The central institution to carry out this national strategy is the DGA<sup>136</sup>.

In order to develop this strategy, the Ministry took into consideration the water management of both surface and underground water. The strategy sees water as an essential element in the national economy and society and recognises its multiple uses and the interaction between such different uses<sup>137</sup>.

This strategy is framed in five points. The first point is “efficient and sustainable water management”. It has to consider the water rights granted,

<sup>131</sup> FARIÁS and JADRIJEVIC 2017, 11.

<sup>132</sup> <<http://portal.mma.gob.cl/cambio-climatico/>>.

<sup>133</sup> *Ídem*.

<sup>134</sup> MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS 2013, 5.

<sup>135</sup> *Ibid*, 3.

<sup>136</sup> *Idem*.

<sup>137</sup> MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS 2013, 5.

ensure water access for the population and the satisfaction of all other different uses. The primary goals for achieving this point are the Integrated Water Resources Management (IWRM)<sup>138</sup> and the Integrated Watershed Management<sup>139</sup>. In this regard, the management of water resources must consider both surface and groundwater, the forms and cycles of interaction between them, as well as all the productive and non-productive uses that this resource has within a particular basin<sup>140</sup>. Additionally, reserves of flows will be kept for non-traditional uses, in specific basins in which it is deemed necessary for their development, on the basis of technical studies that account for such need<sup>141</sup>.

In my view, this first point will try to manage this weak aspect in the *Water Code*, considering an integrated water resourced management that will contemplate the surface and groundwater resources, ensuring that all different users will have enough water and also the access of water for the Chilean citizens.

An “Integrated Water Resources Management” will allow a better and efficient use of the resource. It will ensure the different uses that are given to the resource by its different holders of water rights. But above all, it is to be expected that it allows each basin and groundwater not to be affected by over-exploitation or effects of climate change.

The second point is to improve the institutional structure for the administration of the water resources. The DGA is the most representative organisation of water institutions but does not have exclusive powers. It coexists with 43 agencies that share the 102 functions related to water<sup>142</sup>. In 2012, the Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD) recognised Chile as the country with the greatest diversity of administrative authorities involved in water management, which leads to difficulties in coordinating its development<sup>143</sup>.

Therefore, the current scenario regarding water resources requires a strengthened institutional framework to rationalize and coordinate the multiple competencies of state agencies that currently coexist in the sector<sup>144</sup>. This will ensure that the planning of the resource, its allocation, protection, control

<sup>138</sup> THE GLOBAL WATER PARTNERSHIP defines IWRM as a process which promotes the coordinated development and management of water, land and related resources in order to maximise economic and social welfare in an equitable manner without compromising the sustainability of vital ecosystems and the environment. *What Is IWRM?* (12 July 2011) Global Water Partnership <<https://www.gwp.org/en/GWP-CEE/about/why/what-is-iwrm/>>.

<sup>139</sup> MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS 2013, 4.

<sup>140</sup> *Ibid*, 25.

<sup>141</sup> *Ibid*.

<sup>142</sup> COSTA CORDELLA 2016, 339.

<sup>143</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD) 2012 40.

<sup>144</sup> MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS 2013, 5.

and resolution of conflicts, will be carried out technically, making compatible the exercise of water rights and the public interest associated with its use<sup>145</sup>.

Institutional reform will allow not only better coordination between the different actors but also a decrease in the times of action that will then allow the effects of climate change in this matter to be handled with greater certainty and speed.

This is a cornerstone to face the challenges that present climate change, especially the drought which is affecting the volumes of water available in the Chilean basin significantly. Improving water governance can support the achievement of better water management allowing the access to water according to its specific uses.

However, at the time of writing this essay, the water institutional structure has not change. This policy was launched in 2012 –six years ago– and there is not even a draft bill regarding this matter<sup>146</sup>. Moreover, as it is shown later, this point is being replicated by the public policies published the following years.

Therefore, it is possible to see again in terms of water, a lack of will to prosper with the improvements and progress of this area. The fact that there is not even an attempt to strengthen the institutional framework, replicates what happens with the *Water Code* where several attempts have been made to modify the nature of water rights without result.

The third point is to face scarcity, one of the great effects of climate change. To achieve this goal, the Minister of Public Works said that it is important to take measures not only to overcome the short-term situation but also to address the shortage more permanently: The construction of reservoirs is an important but not sufficient element. Thus, the artificial infiltration of aquifers will be encouraged, non-traditional alternatives such as desalination will be explored, and unconventional sources of water will be studied and evaluated, such as submarine pipelines, conduction of water flows from basins with the availability of the resource towards basins of the country that they have shortages, among others<sup>147</sup>.

Therefore, from this point of view, a great advance is seen in looking for alternatives that allow facing the drought. Now, it would be necessary to see how much of this has been studied effectively and how much of it is feasible to implement. But will be crucial to observe how these actions that will generate water would be regulated. The regime of use of these waters must be governed by a more flexible code, which allocates water having into conside-

<sup>145</sup> *Idem*.

<sup>146</sup> *Tramitación de Proyectos [Draft Bills Tracking]* Senado de Chile <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?>>.

<sup>147</sup> MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS 2013, 5.

ration social equity, the conservation of the country's living heritage, ecosystems and due respect of everybody interests<sup>148</sup>.

The fourth and fifth points are social equity and an informed citizenry. For the length of this essay, I will not explain these two points.

Therefore, we see that since 2012 there is a spirit of managing a nationwide strategy to protect water, our most precious resource. However, eight years have passed and little of this has been achieved in this regard.

*b. National Action Plan for Climate Change II - NAPCC II*

This plan considers all the progress that has been made in the area of climate change in Chile<sup>149</sup>. The plan includes the lessons learned from the execution of NAPCC I and the management of climate change in recent years. It also includes the advances to date and the future challenges that the country may face, as well as the initiatives in development, institutional aspects, financing, synergies and the vision of the different sectors in this regard<sup>150</sup>.

The NAPCC II is composed of four areas: adaptation, mitigation, means of implementation, and management of climate change at the regional and community levels. Regarding water resources, the most relevant areas are adaptation and means of implementation.

The IPCC defines adaptation as '[t]he process of adjustment to actual or expected climate and its effects'<sup>151</sup>. Regarding NAPCC II, the main purpose of it is to: strengthen Chile's capacity to adapt to climate change by deepening knowledge of its impacts and the vulnerability of the country and generating planned actions that minimise the adverse effects and take advantage of the positive effects for its economic and social development and ensure its sustainability and conserving its natural and cultural heritage<sup>152</sup>.

The means of implementation, for these effects, are those steps necessary for the execution of adaptation and mitigation measures that deal with the impacts of climate change. This includes having a strengthened legal and institutional framework for climate change, developing scientific knowledge available for decision making, strengthening the capacities of both individuals and institutions at the national and regional levels, and facilitating the transfer process of technology and the search for financial resources<sup>153</sup>.

*c. National Climate Change Adaptation Plan - NCCAP*

This plan was a commitment assumed in the NAPCC I. It has nine specific sectorial plans such as Farming, Biodiversity, Fisheries and Aquaculture,

<sup>148</sup> SANTIBÁÑEZ 2018.

<sup>149</sup> FARIÁS AND JADRIJEVIC 2017, 8.

<sup>150</sup> *Ibid*, 11.

<sup>151</sup> PACHAURI and MEYER 2014, 118.

<sup>152</sup> FARIÁS and JADRIJEVIC 2017, 39.

<sup>153</sup> *Ibid*, 56.

Health, Infrastructure, Cities, Water Resources, Energy and Tourism. The first six are already approved, and the other three were expected to be approved at the end of 2018<sup>154</sup>, however there are still not launched<sup>155</sup>. These sectors are considered especially vulnerable to climate change. Therefore, the creation of sectoral plans has as its purpose the need to take measures to avoid economic, environmental and social losses<sup>156</sup>.

This National Adaptation Plan has as the chief aim the effective implementation of climate change adaptation measures to reduce Chile's vulnerability indexes<sup>157</sup>. To do this, it has a series of objectives of a general nature, but the sectorial adaptation plans will do the particular measures<sup>158</sup>. Therefore, the primary mission of the National Adaptation Plan is to establish the framework and parameters under which the task of adaptation in the country should be developed<sup>159</sup>.

This adaptation plan contemplates four cross-cutting actions: i) scientific research; ii) environmental communication and education; iii) institutional strengthening and iv) disaster risk reduction<sup>160</sup>.

Therefore, the National Adaptation Plan established the framework under which the adaptation policies in the water resources sector must be specifically elaborated.

#### *d. Resources Sectoral Adaptation Plan*

As it was said above, this sectoral plan is not published yet. However, the National Adaptation Plan and the website of the Ministry of the Environment, state the main priorities for this sectoral plan. Some of them are also established in the National Water Strategy made by the Ministry of Public Works, explained in the number 1 above.

Some of this main priorities' actions are the following. First a sustainable management of water resources, which will allow an adequate protection of the quantity and quality of water<sup>161</sup>. A second action is to improve the institutional framework for resource planning, allocation, protection, control and resolution of conflicts<sup>162</sup>. A third action is to prevent and face water scarcity. This means overcome short-term shortage and address it on a permanent ba-

<sup>154</sup> FARIAS 2014, 26.

<sup>155</sup> A draft of the Energy Adaptation Plan was launched on November 2017 and a draft of the Tourism Adaptation Plan was submitted to citizen consultation from September 16, 2019 to November 11, 2019. Recuperado de: [http://consultaciudadanas.mma.gob.cl/mma-epac/app/home\\_ciudadano?execution=e1s2](http://consultaciudadanas.mma.gob.cl/mma-epac/app/home_ciudadano?execution=e1s2)

<sup>156</sup> MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE 2015, 50.

<sup>157</sup> FARIAS 2014, 20.

<sup>158</sup> MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE 2015, 50.

<sup>159</sup> ARAYA 2014, 9.

<sup>160</sup> MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE 2015, 43.

<sup>161</sup> *Ibid.*, 63; <<http://portal.mma.gob.cl/cambio-climatico/>>.

<sup>162</sup> *Idem.*

sis. This implies the understanding of the hydrological cycle in the management of the resources, artificial recharge of aquifers, obtaining resources from new sources, such as desalination plants, construction of water infrastructure and others<sup>163</sup>.

A fourth action is to strengthen and expand monitoring systems<sup>164</sup>. A fifth action is to maintain and strengthen the inventory, monitoring and study of glaciers<sup>165</sup>. A sixth action is to reuse the water resources. This means to study the possibilities of treatment and reuse of grey water and the implementation of differentiated systems in urban areas, including legal considerations for such effects<sup>166</sup>. A final action is to educate the population, promoting the culture of water conservation in the community and actions for the efficient use of the resource<sup>167</sup>. Regarding this last action, I would go as far as to say that today there is already awareness by the Chilean population of taking care of water.

Therefore, it is possible to observe that there is an extensive list of measures and actions in order to protect water resources from the effects of climate change, that will be in full force and effect with the enactment of the Water Resources Sectoral Adaptation Plan.

Many of the ideas proposed in this public policy coincide with the criticisms and proposals for improvements made to the *Water Code* explained before. The implementation of these measures would allow the water law to be better prepared to face the effects of climate change.

Additionally, the sectoral adaptation plans that are in force have measures that expressly refer to water adaptation to climate change, in order to preserve the resource. However, in these sectoral plans, water has a secondary role since the water resource is considered only by its different uses and is not considered as an essential element that needs to be studied and protected with priority. Therefore, in my view this could be a limitation in the implementation of the Water Resources Sectoral Adaptation Plan itself.

Thus, in my opinion, the country is in debt in this respect for not giving priority to the water plan over the others sectoral plans, especially considering the fact that the drought is actually affecting the country. This is reinforced even more by the fact that water is a resource that involves all other sectors. In this respect, water is not just a significant "sector", but it is also a vital resource, which when threatened could affect other fields such as agriculture, energy, biodiversity, infrastructure, health, among others<sup>168</sup>. Therefore, from my point of view, it seems strange that of the nine specific sectoral plans, the

<sup>163</sup> *Idem*.

<sup>164</sup> *Idem*. This complements the amendment already made in the *Water Code* in 2018.

<sup>165</sup> *Idem*.

<sup>166</sup> *Idem*.

<sup>167</sup> *Idem*.

<sup>168</sup> ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD) 2013, 14.

one related to water had not been made in the first place, considering in one hand that the National Strategy of the MOP (Ministerio de Obras Públicas) already existed since 2012 and on the other hand, that water is an essential and transversal resource to other sectors.

In conclusion, without intending to minimise the advances that the Chilean State has made in public policies, in my opinion, the current tools are not yet enough to reach solutions to face the effects of climate change in the waters of Chile. Water has not yet been given the vital importance that it has, giving priority to its management and protection. Knowledge and understanding of the economic, social and environmental significance of water are still missing<sup>169</sup>.

Additionally, it is necessary to reform the *Water Code* in the same line of this public policies. This means a water rights reform backed up by water management and institutional reforms. Also, it is essential to find a way to recover those waters that have been completely allocated in the areas affected by the drought. This means to find a solution to address the over-allocation of water rights which neither of the public policies or the *Water Code* have.

In this context would be necessary to create a new institution with the faculties to manage and purchase water rights or acquire them in the public auction. Also, for recover some water rights would be required –in my view– to amend the *Water Code* in order to establish water rights for a maximum length, according to the availability of the source of supply and/or the sustainability of the aquifer. Also, would be needed and amendment that sets the expiration for non-use the water rights instead of the fine that is established now in the *Code* or the possibility that those owners sell that rights that they acquire for free.

Additionally, to be prepared to face the climate change effects in the matter of water, will be necessary to determine flexibility in the new water rights that will be grant. In this way, will be easy to have better management and sharing the resource in difficulties and scarcity of it. Follow the example of Australia would allow having ideas of how to implement it.

Finally, is mandatory to empower the water authority with more faculties to inspect the illegal extraction and the protection of the ecosystems.

#### 4. Climate Change Law

In July 2018, the government announced the intention to enact a climate change law. This is an important step that Chile will take in the following years<sup>170</sup>. This law is a commitment of the current government which is part

<sup>169</sup> TORTAJADA 2016, 4.

<sup>170</sup> *Gobierno Anuncia Inicio de Elaboración de Ley de Cambio Climático Para Chile [Government Announces the Development of Chile's Climate Change Law]* (5 July 2018) Ministry of the Environment <<http://portal.mma.gob.cl/gobierno-anuncia-inicio-de-elaboracion-de-ley-de-cambio-climatico-para-chile/>>.

of the international recommendations for countries in this matter<sup>171</sup>. The draft bill was submitted to public consultation from June 18, 2019 to July 31, 2019<sup>172</sup>.

This law will clarify the objectives of reducing greenhouse gas emissions and adapting to climate change, as well as establishing a system of climate governance that will adequately address the challenges imposed by this reality<sup>173</sup>.

Climate change laws are legal norms of a general and mandatory nature in order to be able to regulate the problems caused by the climatic phenomenon. In this way will be the end of the lack of legal certainty generated by the non-binding instruments, granting useful powers to the authorities for the adoption of efficient measures to face the impacts of climate change<sup>174</sup>.

Therefore, I expect that with the enactment of this climate change law will be easier to consider and address the water-related climate change effects, especially with the allocations of water rights and its priorities. It will allow a better combination of the 1980 *Code* with the law and modern public policies with a range perspective regarding climate change.

## Conclusion

Even though the waters of Chile are and will be seriously affected by climate change, especially by droughts, the national water law system is not prepared for it. The *Water Code* is not flexible at all and is not able to face the climate phenomenon. It does not contemplate any solution to the shortage<sup>175</sup>. Most of the water resources had been allocated in the central area of Chile, and all of them have the same right to obtain the amount of water that was granted to them. However, water is becoming scarcer every day.

Drought has a vital impact on water supplies and consequently to the respective water law system of a country. Indeed, 'less precipitation means less water for use, and hence a need for law to prioritise uses and to allocate available water among those uses'<sup>176</sup>.

Therefore, it is important that the Chilean *Water Code* evolve to respond to the water-related climate threats that are affecting the country<sup>177</sup>. Australia, as a country with arid places where drought is a perpetual threat, is a good example to follow in this respect, which water entitlements have a share com-

<sup>171</sup> *Idem*.

<sup>172</sup> *Proceso de consulta pública del anteproyecto de ley marco de cambio climático [Public consultation process of the draft Climate Change Law]*. Ministry of the Environment. <https://mma.gob.cl/proceso-de-consulta-publica-del-anteproyecto-de-ley-marco-de-cambio-climatico/>.

<sup>173</sup> *Idem*.

<sup>174</sup> MORAGA and MECKIEVI 2016, 4.

<sup>175</sup> COSTA CORDELLA 2016, 342.

<sup>176</sup> KUNDIS 2018, 254.

<sup>177</sup> *Ibid*, 250.

ponent which 'provided flexibility for entitlement holders in the way they manage water assets'<sup>178</sup>.

Concerning the *Water Code* reform enacted in January 2018, it is an important measure to have better knowledge regarding water extraction along the country. It is vital to build knowledge basis about how much water there is and how much is being used. This reform aims that authorities can handle more accurate information about the availability of water, and people will be inhibited to extract water illegally as a consequence of the high fines.

However, the reform of the *Water Code* regarding the nature of the water rights will not be useful to confront the drought, because the water was already allocated, especially in the central area of the country<sup>179</sup>.

Regarding the public policies framework, the central issue is the intention of strengthening the water institutional framework. In this respect, the OECD recognised Chile as the country with the greatest diversity of administrative authorities involved in the water management, which leads to difficulties in coordinating its development<sup>180</sup>. However, by this time none of the institutional framework has been implemented.

Concerning the sectorial adaptation plans, the Chilean State is misunderstanding the importance of the water resource since it is not giving priority to the water plan over the others sectoral plans, especially considering the fact the drought is actually affecting the country. Furthermore, water is a resource that involves all other sectors, thus, it is not just a significant "sector", but it is also a vital resource, which threat could affect other areas such as agriculture, energy, biodiversity, infrastructure, health, among others<sup>181</sup>.

And as it was exposed, the public policies repeat over and over again the same point to face climate change effects, however there are not changes implemented in that line. Thus, the lack of will to manage the ideas written in public policies is evident, leaving such ideas only as good intentions.

Therefore, in my view, the legal tools that the Chilean government has to challenge the water-related climate change impacts are not enough. 'More robust policy, institutional, development, and management frameworks need to be developed and implemented in collaboration with users and affected sectors of society'<sup>182</sup> in order to confront climate change in the water field.

<sup>178</sup> KUNDIS 2018, 254; COSENS 2016, 382; MACPHERSON and O'DONNELL 2015, 181.

<sup>179</sup> MACPHERSON and O'DONNELL 2015, 183. See also COSTA CORDELLA, 347.

<sup>180</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD) 2012, 40.

<sup>181</sup> *Ibid.*, 14.

<sup>182</sup> TORTAJADA 2016, 4.

## Annex One

### Pictures of Aculeo Lagoon - Metropolitan Region (Central Chile)

The purpose of this Annex is to show with two comparative pictures, how the drought affected the Aculeo Lagoon, that was located in the Metropolitan Region, 65 kms southwest of Santiago.

Figure 1: Aculeo Lagoon January 2009.



Source: <https://www.flickr.com/photos/machimon2006/3216199027/>

Figure 2: Aculeo Lagoon May 2018



Source: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2018/05/09/905496/La-laguna-de-Aculeo-se-seco-por-completo-y-vecinos-ruegan-por-lluvias-para-recuperarla.html>

## Bibliography

- ARAYA, G. (2014). La responsabilidad del Estado en relación a la implementación de la Política Nacional de Adaptación. En: MONTENEGRO, S., ARANDA, J., INSUNZA, X., MORAGA, P., URIARTE, A.L. [ed.], *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental: Recursos Naturales ¿sobreeplotación o sustentabilidad?*. Santiago, Chile, Thomson Reuters LegalPublishing, pp. 3-24.
- BATES, B., ZBIGNIEW K. and SHAOHONG W. (2008). *Climate Change and Water*. Technical Paper of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Disponible en: <http://library.arcticportal.org/1634/1/climate-change-water-en.pdf> [fecha de consulta: 3 de marzo 2019].
- BAUER, C. J. (2004). *Siren song: Chilean water law as a model for international reform*. USA, Routledge, pp.173.
- BUSTOS, A. (2018). Gobierno retira Ley de Glaciares en medio de acusaciones por letra chica. Disponible en: <https://radio.uchile.cl/2018/06/21/ley-de-glaciares-retiro-de-proyecto-deja-en-incertidumbre-su-proteccion/> [fecha de consulta: 25 de febrero de 2019].
- COSENS, B. (2016). Water law reform in the face of climate change: Learning from drought in Australia and the Western United States. *Environmental and planning law journal*, 33 Part 4, pp. 271-274.
- COSTA CORDELLA, E. (2016). Diagnóstico para un cambio: Los dilemas de la regulación de las aguas en Chile. *Revista Chilena de Derecho* 43 (1), pp. 335-354.
- FUNDACIÓN FUTURO LATINOAMERICANO (2019). Resumen Estratégico Transición Hídrica. El Futuro del Agua en Chile. Disponible en: <https://www.escenarioshidricos.cl/wp-content/uploads/2019/06/RESUMEN-BAJA-final-13-6-2019-1.pdf> [fecha de consulta: 17 de noviembre de 2019].
- GARDNER, A., BARTLETT, R., GRAY, J., and NELSON R. (2018). *Water resources law*. USA, Lexis-Nexis Butterworths.
- GARREAUD, R., ÁLVAREZ-GARRETÓN, C., BARICHIVICH, J., BOISIER, J.P., CHRISTIE, D., GALLEGUILLOS, M., LEQUESNE, C., MCPHEE, J., and ZAMBRANO-BIGIARINI, M. (2017). The 2010–2015 mega-drought in central Chile: Impacts on regional hydroclimate and vegetation. *Hydrology and earth system sciences* 21 (12), pp. 6307-6327.
- GLOBAL WATER PARTNERSHIP (2011). What is IWRM?. Disponible en: <https://www.gwp.org/en/GWP-CEE/about/why/what-is-iwrm/> [fecha de consulta: 4 de enero de 2019].
- GO CHILE (2011). Aculeo lagoon. Disponible en: <https://www.gochile.cl/en/aculeo-lagoon/> [fecha de consulta: 5 de marzo de 2019].
- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (2016). *Climate Change 2014: Synthesis Report*. Disponible en: [http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/SYR\\_AR5\\_FINAL\\_full\\_wcover.pdf](http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/SYR_AR5_FINAL_full_wcover.pdf) [fecha de consulta: 4 de enero de 2019].
- INTERNATIONAL ENERGY AGENCY (2018). *Energy Policies beyond IEA countries Chile 2018*. Disponible en: <https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/EnergyPoliciesBeyondIEACountriesChile2018Review.pdf> [fecha de consulta: 25 de marzo de 2019].
- KUNDIS Craig, R. (2018). Water law and climate disasters. En: R. LYSTER and R. VERCHICK. [eds.], *Research handbook on climate disaster law: barriers and opportunities*. Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing Limited, pp. 250-266.
- LIBERTAD Y DESARROLLO (2017). Reforma al Código de Aguas: Impacto en los sectores productivos (1288-2). Disponible en: <https://www.lyd.org/lyd/TemasPublicos/TP1288EfectosreformaCodigodeAguasensectoresproductivos.pdf> [fecha de consulta: 24 de marzo de 2019].
- MACPHERSON, E. and O' DONNELL, E. (2015). Desafíos para la gestión ambiental del agua en Chile: perspectiva Australiana. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (21), pp. 171-202.
- MACPHERSON, E. (2017). Beyond recognition: Lessons from Chile for allocating indigenous water rights in Australia. *University of New South Wales Law Journal* (41), pp. 1130-1169.
- MEZA, F., WILKS, D., GUROVICH, L. and BAMBACH, N. (2012). Impacts of climate change on irrigated agriculture in the Maipo Basin, Chile: Reliability of water rights and changes in

- the demand for irrigation. *Journal of water resources planning and management* (138), pp. 421-430.
- MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. Cambio Climático. Disponible en: <http://portal.mma.gob.cl/cambio-climatico/> [fecha de consulta: 10 de enero de 2019].
- MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE GOBIERNO DE CHILE (2015). *Contribución nacional tentativa de Chile (INDC) para el acuerdo climático París 2015*. Disponible en: <https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2016/05/2015-INDC-web.pdf> [fecha de consulta: 10 de enero de 2019].
- MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE GOBIERNO DE CHILE (2015). Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático. Disponible en: <https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2016/02/Plan-Nacional-Adaptacion-Cambio-Climatico-version-final.pdf> [fecha de consulta: 10 de enero de 2019].
- MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (2016). Atlas del Agua Chile 2016. Disponible en: <http://www.dga.cl/DGADocumentos/Atlas2016parte1-17marzo2016b.pdf> [fecha de consulta: 16 de noviembre de 2019].
- MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE GOBIERNO DE CHILE (2016). Chile's Second Biennial Update Report on Climate Change. Disponible en: [http://portal.mma.gob.cl/wpcontent/uploads/2017/04/2016\\_2BUR\\_en\\_CL.pdf](http://portal.mma.gob.cl/wpcontent/uploads/2017/04/2016_2BUR_en_CL.pdf) [fecha de consulta: 12 de enero de 2019].
- MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE GOBIERNO DE CHILE (2018). Gobierno anuncia inicio de elaboración de Ley de Cambio Climático para Chile. Disponible en: <http://portal.mma.gob.cl/gobierno-anuncia-inicio-de-elaboracion-de-ley-de-cambio-climatico-para-chile/> [fecha de consulta: 12 de enero de 2019].
- MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (2012). Estrategia Nacional de Recursos Hídricos 2012-2025. Disponible en: [https://www.mop.cl/Documents/ENRH\\_2013\\_OK.pdf](https://www.mop.cl/Documents/ENRH_2013_OK.pdf) [fecha de consulta: 14 de enero de 2019].
- MORAGA, P. and MECKIEVI, S. (2016). Análisis comparativo de legislación del cambio climático. Disponible en: [http://www.cr2.cl/wp-content/uploads/2015/08/Derecho\\_comparado.pdf](http://www.cr2.cl/wp-content/uploads/2015/08/Derecho_comparado.pdf) [fecha de consulta: 14 de noviembre de 2019].
- NATIONAL WEATHER SERVICE (2006). Drought: public fact sheet. Disponible en: <https://www.esrl.noaa.gov/gmd/obop/mlo/educationcenter/students/brochures%20and%20diagrams/noaa%20publications/Drought%20Fact%20Sheet.pdf> [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2019].
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD) (2013). *Water and climate change adaptation: Policies to navigate uncharted waters*. European Union, IWA Publishing, pp. 111.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD) (2012). Water governance in Latin America and the Caribbean. Disponible en: <http://www.un-spider.org/risks-and-disasters/natural-hazards/flood> [fecha de consulta: 15 de febrero de 2019].
- PEÑA, H. (2004). Gestión integrada de los recursos hídricos: Marco conceptual. Disponible en: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/20281> [fecha de consulta: 5 de noviembre de 2019].
- RÍOS LANGE, R. (2017). *Cambio climático y el agua: Desafíos inminentes para la legislación ambiental chilena* (Master of Environmental Law Thesis). Universidad de Chile, Chile.
- ROGERS, P. (2016). California Drought: Water guzzlers to face new penalties, possible public disclosure of names. Disponible en: <http://www.mercurynews.com/2016/08/30/californiadrought-water-guzzlers-to-face-new-penalties-possible-public-disclosure-of-names/> [fecha de consulta: 5 de noviembre de 2019].
- SANTIBÁÑEZ QUEZADA, F. (2017). El cambio climático y los recursos hídricos de Chile: Reflexiones y desafíos al 2030. En: APEY, A., BARRERA, D. and RIVAS, T. [eds.], *Agricultura Chilena Reflexiones y desafíos al 2030*. Chile, Andros Impresores, pp. 147-178.
- SANTIBÁÑEZ QUEZADA, F. (2018). Nuevo Código de Aguas: Hacia una modernización en la gestión de los recursos hídricos. Disponible en: <http://www.uchile.cl/noticias/147192/opinion-hacia-una-modernizacion-en-la-gestion-de-recursos-hidricos> [fecha de consulta: 4 de enero de 2019].

- SARTORI, A. (2017). Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales 2017-2025. Disponible en: <http://portal.mma.gob.cl/wp-content/doc/ENCCRV-2017-2025-web.pdf> [fecha de consulta: 12 de enero de 2019].
- TORTAJADA, C. (2016). Water, governance, and infrastructure for enhancing climate resilience. En: C. TORTAJADA [ed.], *Increasing resilience to climate variability and change: The roles of infrastructure and governance in the context of adaptation*. Singapore, Springer, pp. 1-13.
- United Nations Framework Convention on Climate Change, GE.05-62220(E), FCCC/INFORMAL/84 200705 (1992).
- UN-WATER (2013). Water and climate change on UN-Water Disponible en: <http://www.unwater.org/water-facts/climate-change/> [fecha de consulta: 15 de enero de 2019].
- VERGARA BLANCO, A. (2015). *Crisis institucional del agua: Descripción del modelo jurídico, crítica a la burocracia y necesidad de tribunales especiales*. Santiago, Chile, Ediciones UC, pp. 255.

## Legislation

- Decreto Supremo N° 30, promulga el Acuerdo de París. *Diario Oficial*, 27 mayo 2017.
- Ley N° 21.064, introduce modificaciones al marco normativo que rige las aguas en materia de fiscalización y sanciones. *Diario Oficial*, 28 enero 2018.
- Ley N° 19.300, aprueba ley de bases generales del medio ambiente. *Diario Oficial*, 9 marzo.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 1122, fija texto de Código de Aguas. *Diario Oficial*, 29 octubre 1981.



# Twitter: El derecho a no ser bloqueado por los órganos de la Administración

## (Comentario sobre el Dictamen N° 18.671-2019 de la Contraloría General de la República)

Twitter: The right not to be blocked by the organs of the Administration  
(Comment on Opinion N° 18.671-2019 of Comptroller General of the Republic)

Cristian Román Cordero\*

El presente trabajo analiza el reciente Dictamen N° 18.671-2019 de la Contraloría General de la República que dispuso que los órganos de la Administración en sus cuentas institucionales de Twitter no pueden bloquear a usuarios de esta red social.

This paper analyzes the recent opinion N° 18.671-2019 of the Comptroller General of the Republic that provided that the organs of the Administration in their institutional Twitter accounts cannot block users of this social network.

**Palabras clave:** Twitter, bloqueo, Administración, derecho a la información, libertad de expresión.

**Key words:** Twitter, blocking, Administration, right to information, freedom of expression.

### Introducción

El uso de las Redes Sociales por los órganos de la Administración está hoy ampliamente extendido, lo que se evidencia muy especialmente con Twitter. No obstante su relevancia creciente, e incluso la referencia expresa que diversas normas están efectuando a su uso por dichos órganos, no existe hasta el momento, como sería recomendable, alguna regulación sistemática sobre sus límites. En este contexto, la Contraloría

\* Profesor asociado de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Chile. Dirección Postal: Pío Nono 1, Providencia, Santiago de Chile. Correo electrónico: croman@derecho.uchile.cl

Recibido el 20 de noviembre de 2019 y aceptado el 3 de diciembre de 2019.

General de la República, supliendo dicho vacío, los ha ido estableciendo a través de su jurisprudencia administrativa. El último de ellos se contiene en el Dictamen N° 18.671-2019, del pasado 10-7-2019, que precisa que los órganos de la Administración, en su cuenta de Twitter, no pueden, bajo ninguna circunstancia, bloquear a otros usuarios de esta Red Social.

Dada la relevancia del problema que dicho Dictamen aborda, a continuación expondremos sus aspectos medulares (Parte II), comentaremos sus fundamentos, destacando muy especialmente su armonía con la más reciente jurisprudencia comparada (Parte III) y, finalmente, apuntaremos nuestras conclusiones (Parte IV).

## I. Síntesis del Dictamen

La Contraloría General de la República, a través del Dictamen N° 18.671-2019, del pasado 10-7-2019, estableció que un órgano de la Administración, en su cuenta de twitter, no puede bloquear a otros usuarios de esta Red Social.

En cuanto a los hechos que lo motivan, cabe consignar que, en Twitter, dos personas fueron bloqueadas por la Policía de Investigaciones. Atendido lo anterior, ellas requirieron a la Contraloría General de la República pronunciamiento sobre la legalidad de dicho actuar. Por su parte, el referido órgano policial informó a ésta que ello estaba conforme a su manual de uso de Redes Sociales, mismo que permite bloquear a usuarios de Twitter que empleen lenguaje violento o soez, realicen ataques a instituciones, autoridades o a minorías, etcétera; facultad que, agregó, la propia aplicación le reconoce.

En lo medular, el Dictamen en comento se estructuró en base a tres pilos argumentales:

1. El primero refiere el marco normativo que rige esta materia. Al efecto señala:

a) La Constitución Política de la República, en cuanto dispone que los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (artículo 5°); que los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen, son públicos (artículo 8°, inciso 2°); que todas las personas cuentan con la libertad de emitir opinión e informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio (artículo 19, N° 12); y reconoce el derecho de petición (artículo 19, el N° 14);

b) La Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en cuanto dispone que los órganos de la Administración deben observar, entre otros, los principios de eficiencia, eficacia, transparencia y publicidad administrativas, y de participación ciudadana en la gestión pública (artículo 3°); y

c) La Ley N° 19.733, sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, en cuanto dispone que las personas cuentan con la liber-

tad de emitir opinión y de informar, sin censura previa (artículo 1º, inciso 1º), y el derecho a ser informadas sobre los hechos de interés general (artículo 1º, inciso final). Asimismo, en cuanto precisa que son medios de comunicación social aquellos aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público, cualesquiera sea el soporte o instrumento utilizado (artículo 2º, inciso 1º).

2. El segundo nos recuerda los fundamentos que avalan el empleo de Twitter por los órganos de la Administración, mismos que, conforme precisa, conforman los límites a los cuales deben conformarse en su uso. Tales son los principios de eficiencia y eficacia, transparencia y publicidad administrativa y debido cumplimiento de la función pública.

3. El tercero nos recuerda que, conforme a su jurisprudencia administrativa, la cuenta de Twitter de un órgano de la Administración, es un bien de éste, y como tal debe ser utilizado exclusivamente para servir a los fines institucionales que le son propios; y en este contexto, también para publicitar comunicaciones o hechos de interés general acerca de algún aspecto relevante de sus labores, actividades o tareas, lo cual está en correspondencia con: a) el derecho de los ciudadanos a ser informados, b) el derecho a participar en la gestión pública, y c) el derecho a emitir opiniones.

El Dictamen en comentario cuenta, además, con un “añadido” sobre los deberes y derechos de los usuarios de Twitter respecto de las cuentas de los órganos de la Administración en dicha Red Social:

1. Deber: Al dirigirse a las autoridades u órganos de la Administración, a través de Twitter, deben hacerlo con respeto –cita al efecto el artículo 19, N° 14, de la Constitución Política de la República–, y si así no lo hicieran, éstos bien podrían no responderles, y operar, en su caso, los mecanismos legales y judiciales que el Ordenamiento Jurídico prevé respecto de delitos y abusos en este ámbito; y

2. Derecho: Frente a comentarios publicados o divulgados por un órgano de la Administración en su cuenta de Twitter que estimen ofensivos o inadecuados, pueden denunciarlo a los administradores de la aplicación por infracción a las reglas y términos del servicio.

## II. Comentario sobre el Dictamen

Compartimos plenamente lo señalado por el Dictamen en comentario, en orden a que los órganos de la Administración, en su cuenta Twitter, no pueden bloquear a otros usuarios.

Con todo, estimamos que la línea argumental seguida por el Dictamen en comentario es deficiente y confusa, pues sólo nos indica ciertos elementos de juicio –que ya hemos referido–, sin que explicita claramente cuál es la concatenación sucesiva y lógica entre ellos que conduzca inequívocamente a lo dictaminado.

En este contexto, estimamos que tales elementos de juicio bien pueden ser concatenados sucesiva y lógicamente, con dicho propósito, de la siguiente manera:

1. El empleo de Twitter por los órganos de la Administración se sustenta en razones fácticas, y éstas, a su vez, en razones jurídicas. Dichas razones, fácticas y jurídicas, conforman los límites a los cuales aquéllos deben conformarse en su uso.

2. Las razones fácticas del empleo de Twitter por los órganos de la Administración son, en lo medular, el hecho que éste permite sin costo:

- a) la publicidad de sus actuaciones, y
- b) la comunicación entre aquéllos y los ciudadanos.

3. Por su parte, las razones jurídicas que dan sustento a las señaladas razones fácticas, son:

a) En cuanto a la publicidad de sus actuaciones, los principios de publicidad y transparencia de la Administración<sup>1</sup>, y el de participación ciudadana en la gestión pública.

Este último, pues dicha participación precisa necesariamente que la ciudadanía disponga de información sobre el quehacer público. Sin ésta, cualquier forma de participación ciudadana se torna ilusoria o bien aparente. No en vano el artículo 71 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, inserto en su Título IV, "Participación Ciudadana en la Gestión Pública", precisa que "cada órgano de la Administración del Estado deberá poner en conocimiento público información relevante acerca de sus políticas, planes, programas, acciones y presupuestos, asegurando que ésta sea oportuna, completa y ampliamente accesible. Dicha información se publicará en medios electrónicos u otros"; y

b) En cuanto a la comunicación entre los órganos de la Administración y los ciudadanos, el principio de participación ciudadana en la gestión pública<sup>2</sup>.

En este sentido, no podemos dejar de señalar que, conforme a lo previsto en el artículo 70, inciso 1°, de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, inserto en su Título IV, "Participación Ciudadana en la Gestión Pública", "cada órgano de la Administración del Estado deberá establecer las modalidades formales y específicas de participación que tendrán las personas y organizaciones en el ámbito de su competencia"; contexto en el cual estimamos que el sólo empleo de

<sup>1</sup> Artículos 8° de la Constitución Política de la República y 3° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Y en general, la Ley N° 20.285, sobre Transparencia.

<sup>2</sup> Artículo 3° y Título IV de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Twitter por los órganos de la Administración importa el reconocimiento tácito de éste como una modalidad formal y específica de participación.

4. Las razones fácticas, esto es, la publicidad de las actuaciones de los órganos de la Administración y la comunicación entre éstos y los ciudadanos, se evidencian de diversas maneras. Respectivamente:

a) La publicidad de las actuaciones de los órganos de la Administración, pues los tweets que éstos publican en sus cuentas de Twitter, les permiten, tal como consigna el Dictamen en comentario, “publicitar comunicaciones o hechos de interés general para toda la población acerca de algún aspecto relevante de las labores, actividades o tareas que versen acerca de su funcionamiento”.

Ello acontece, por ejemplo, cuando la Oficina Nacional de Emergencia (ONEMI), a través de su cuenta de Twitter, tan pronto acontece un evento telúrico, informa a la ciudadanía sobre su grado y epicentro y, si es del caso, sobre los posibles riesgos de tsunami en zonas costeras.

b) La comunicación entre los órganos de la Administración y los ciudadanos, pues éstos pueden publicar tweets, i) insertando en ellos el nombre de la cuenta de un órgano de la Administración (por ejemplo, “@Administración”), con lo cual de esta forma éste es interpelado (en efecto, le aparecerá dentro de las “notificaciones” de la aplicación); y ii) como comentario a un tweet anterior que un órgano de la Administración ha publicado, al cual queda indisolublemente unido, junto a los demás comentarios efectuados de igual forma por otros usuarios de esta Red Social.

Cabe destacar que la comunicación entre los órganos de la Administración y los ciudadanos, en los hechos, puede tener el carácter de derecho de petición (artículo 19, N° 14, de la Constitución Política de la República), o, a lo menos, de solicitud de información, reclamo o sugerencia, en cuyo caso la cuenta de Twitter del respectivo órgano de la Administración se convierte en una verdadera Oficina de Informaciones, Reclamos y Sugerencias<sup>3</sup> (OIRS) virtual.

<sup>3</sup> Su origen último de estas Oficinas se encuentra en el Decreto Supremo N° 680, de 1990, cuyos artículos 1° y 2° señalaban:

“Artículo 1°.- Los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y los demás servicios públicos a que se refiere el inciso primero del artículo 18 de la Ley N° 18.575 y las empresas públicas creadas por ley establecerán oficinas de información para el público usuario en aquellas unidades que deben atenderlo, con el fin de asistir al administrado en su derecho a presentar peticiones; sugerencias o reclamos ante la Administración del Estado”.

“Artículo 2°.- A dichas oficinas les corresponderá:

a) Informar al administrado sobre la organización, competencia y funcionamiento del órgano, servicio o empresa en el que se adscribe esa repartición; los requisitos, formalidades y plazos de las presentaciones o solicitudes a ellos dirigidas; la documentación y antecedentes, que deben acompañarse a éstas; los procedimientos y su tramitación; y las demás indicaciones necesarias a fin de que el público tenga un acceso expedito y oportuno a sus diversas prestaciones.

Asimismo, deberán informar sobre la ubicación, competencia y horarios de las unidades de la Administración del Estado perteneciente a otros órganos, servicios o empresas relacionadas con las prestaciones que se requieran;

b) Asistir al administrado cuando encontrare dificultades en la tramitación de sus asuntos ante el órgano, servicio o empresa al que pertenece dicha oficina;

Esto es particularmente patente, por ejemplo, en las cuentas de Twitter de las municipalidades, ya que, en las formas antes mencionadas, diversos usuarios de esta Red Social les formulan peticiones (por ejemplo, de re-pavimentación de ciertas calles por existir en ellas “eventos”), solicitan información (por ejemplo, sobre el horario de atención de ciertas unidades municipales), formulan reclamos (por ejemplo, frente a la deficiente labor de funcionarios municipales) y/o sugerencias (por ejemplo, sobre ciertas acciones a adoptar en pos de un mejor servicio).

Mención aparte merece la comunicación que tiene lugar entre los órganos de la Administración y los ciudadanos a través de los comentarios que éstos efectúan a partir de un tweet publicado por aquéllos. Ello por cuanto, de esa forma, en los hechos, se crea, una “audiencia pública”<sup>4</sup> o una “consulta pública”<sup>5</sup> virtual, en la que pueden interactuar, en relación al tema que el tweet fija, tanto los órganos de la Administración y los usuarios de esta Red Social, como éstos entre sí; misma que por tales características en el Derecho Comparado ha sido calificada como una “digital town hall” o un “foro designado”, natural espacio para la discusión democrática y el ejercicio de la libertad de expresión.

---

c) Recibir y estudiar las sugerencias que los administrados presenten ante ellas, que tengan por objeto mejorar el funcionamiento del órgano, servicio o empresa al que pertenece dicha oficina, y d) Recibir los reclamos que los administrados presenten en relación al órgano, servicio o empresa al que pertenece dicha oficina o respecto de alguno de sus funcionarios, que tengan por objeto representar deficiencias, abusos, faltas, omisiones o cualquier otra irregularidad que afecten al interés personal legítimo del reclamante”.

También se refiere a ellas el Instructivo Presidencial sobre Participación Ciudadana N° 30 del 7 de diciembre del 2000.

<sup>4</sup> La audiencia pública es un mecanismo de participación ciudadana en la gestión pública que en nuestro Ordenamiento Jurídico está referido al ámbito municipal. A ella se refiere el artículo 97 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, que dispone:

“Artículo 97.- Cada municipalidad deberá regular en la ordenanza municipal de participación a que se refiere el artículo 93 las audiencias públicas por medio de las cuales el alcalde y el concejo conocerán acerca de las materias que estimen de interés comunal, como asimismo las que no menos de cien ciudadanos de la comuna les planteen. Exceptúanse de esta exigencia las comunas de menos de 5.000 habitantes, en las que el concejo determinará el número de ciudadanos requirentes. Sin perjuicio de la facultad reguladora del concejo, la solicitud de audiencia pública deberá acompañarse de las firmas de respaldo correspondientes, contener los fundamentos de la materia sometida a conocimiento del concejo y, además, deberá identificar a las personas que, en un número no superior a cinco, representarán a los requirentes en la audiencia pública que al efecto se determine”.

<sup>5</sup> La consulta pública es un mecanismo de participación ciudadana en la gestión pública que en nuestro Ordenamiento Jurídico tiene carácter general. A ella se refiere el artículo 73 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración, que dispone:

“Artículo 73.- Los órganos de la Administración del Estado, de oficio o a petición de parte, deberán señalar aquellas materias de interés ciudadano en que se requiera conocer la opinión de las personas, en la forma que señale la norma a que alude el artículo 70.

La consulta señalada en el inciso anterior deberá ser realizada de manera informada, pluralista y representativa.

Las opiniones recogidas serán evaluadas y ponderadas por el órgano respectivo, en la forma que señale la norma de aplicación general”.

5. Cabe ahora destacar cuáles son los efectos que produce el hecho que un usuario de Twitter sea bloqueado por un órgano de la Administración. A saber, éstos son:

a) No podrá visualizar los tweets que publique el órgano de la Administración que lo ha bloqueado;

b) No podrá comunicarse con el órgano de la Administración que lo ha bloqueado; y

c) No podrá participar en la “audiencia pública” o “consulta pública” virtual que puede crearse a partir de cualquier tweet que publique el órgano de la Administración que lo ha bloqueado.

6. A la luz de lo señalado precedentemente, cabe concluir que el hecho que los órganos de la Administración, en Twitter, bloqueen a usuarios de dicha Red Social, es absolutamente contrario a Derecho, ya que:

a) En la hipótesis señalada en la letra a) del numeral precedente, violentaría, respecto de los usuarios bloqueados, los principios de publicidad y transparencia y de participación ciudadana en la gestión pública.

Asimismo, el derecho de toda persona a ser informada de asuntos de interés general<sup>6</sup>. En relación a esto, cabe destacar que todos los tweets que un órgano de la Administración publique, cualquiera sea su contenido, no pueden sino que entenderse con tal carácter (máxime cuando Twitter actualmente se está empleando por algunas autoridades como un medio para informar decisiones en el ejercicio de sus potestades, antes de que ellas sean formalizadas en los actos administrativos de rigor). Y precisamente porque los tweets del Presidente de los Estados Unidos, Donald Trump son de interés público (nacional y mundial), los administradores de la aplicación Twitter han resuelto no borrarlos (ni cerrar su cuenta), no obstante las denuncias que miles de usuarios les han formulado en atención a que el contenido de muchos de esos tweets contravendrían las reglas y términos del servicio<sup>7</sup>.

Y la libertad de expresión, en forma indirecta, y con ello el principio democrático. Esto, pues el usuario bloqueado, al no poder visualizar los tweets que publique el órgano de la Administración que lo ha bloqueado, no podrá informarse de su contenido (asuntos de interés general, conforme se ha in-

<sup>6</sup> Artículo 1º, inciso final, de Ley N° 19.733, sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo.

<sup>7</sup> En efecto, Twitter ha empleado este mismo razonamiento para explicar su decisión de no borrar los tweets del Presidente de los Estados Unidos, Donald Trump, a pesar de las denuncias que numerosos usuarios le han formulado en cuanto a que muchos de esos tweets constituyen amenaza directa, acoso o comportamientos que incitan al odio, conductas todas ellas prohibidas conforme a sus Políticas. En este sentido ha señalado que “*está comprometido con la transparencia y mantener a la gente informada sobre lo que está sucediendo en el mundo*”.

Acá puede verse las secuencias de Twitter a través de los cuales esta Red Social explica el por qué no borra los tweets del Presidente Trump:  
[https://mobile.twitter.com/Policy/status/912438046515220480?ref\\_src=twsrc%5Etfw&ref\\_url=https%3A%2F%2Fd-21684019502120554553.amproject.net%2F1506372648650%2Fframe.html](https://mobile.twitter.com/Policy/status/912438046515220480?ref_src=twsrc%5Etfw&ref_url=https%3A%2F%2Fd-21684019502120554553.amproject.net%2F1506372648650%2Fframe.html)

dicado), lo que, consecuentemente, le impedirá formarse una opinión al respecto y emitirla. No en vano nuestro Tribunal Constitucional ha afirmado que “el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental (...) como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía”<sup>8</sup>.

b) En la hipótesis señalada en la letra b) del numeral precedente, violentaría, respecto de los usuarios bloqueados, el derecho a comunicarse con la Administración y el principio de participación ciudadana en la gestión pública.

Ello por cuanto éstos no podrán dirigir al órgano de la Administración que los ha bloqueado peticiones ni efectuarle solicitudes de información, reclamos y/o sugerencias.

c) En la hipótesis señalada en la letra c) del numeral precedente, violentaría, respecto de los usuarios bloqueados, el derecho a comunicarse con la Administración y el principio de participación ciudadana en la gestión pública.

Asimismo, la libertad de expresión, en forma directa, y con ello el principio democrático. Esto, ya que, tal como hemos señalado, cada tweet que publica un órgano de la Administración permite a los usuarios de esta Red Social efectuar comentarios, observaciones, etcétera, conformándose así una verdadera “audiencia pública” o “consulta pública” virtual, en la que el usuario bloqueado no podrá participar y, consecuentemente, tampoco emitir su opinión. En este contexto, cabe recordar que artículo 19, N° 12, de la Constitución Política de la República, dispone que ésta asegura a todas las personas “La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio”.

### III. Armonía del Dictamen con la jurisprudencia comparada

En otro orden de cosas, cabe destacar que el Dictamen en comento se encuentra en armonía con la más reciente jurisprudencia comparada sobre esta materia. Al efecto podemos señalar:

a) Caso *Schult v. Presidencia*, de Costa Rica (2012)<sup>9</sup>. La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica sostuvo que la Presidencia de ese país, al bloquear en su cuenta de Twitter al señor Schult, vulneró el principio de libre acceso a la información pública y el derecho de aquél a la libre expresión<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Sentencia TC Rol N° 634 (2006).

<sup>9</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución N° 2012016882, de 4-12-2012.

<sup>10</sup> En lo medular, sostuvo: “Ahora bien, en ese espacio digital, no solo cabe hablar de una extensión de los principios que rigen el libre acceso a la información de carácter público, que consta físicamente en las dependencias administrativas, sino también, de una prolongación de los principios que protegen la libertad de expresión de los administrados, no en los medios de comunicación físicos o tradicionales, sino en los presentes en ese mundo cibernético. (...) Desde esta

b) Caso *Iriarte v. Cateriano*, de Perú (2016)<sup>11</sup>. La Corte Superior de Justicia de Lima sostuvo que el Presidente del Consejo de Ministro (portavoz del Estado Peruano), mientras ejercía su cargo, desde su cuenta Twitter personal, que empleaba tal y como fuera institucional, no podía bloquear a usuarios de esa Red Social. Mas, una vez que ha cesado en el cargo, sí, como cualquier otro usuario<sup>12</sup>.

c) Caso *León v. Winckler*, de México (2019)<sup>13</sup>. La Corte Suprema de Justicia de México sostuvo que el fiscal del Estado de Veracruz, en su cuenta de Twitter privada, pero que empleaba para dar difusión a información propia del ejercicio de su cargo, no puede bloquear a otros usuarios de esa Red Social (en este caso, al periodista reclamante), ya que ello importa una restricción indebida al acceso a la información de éstos<sup>14</sup>.

---

perspectiva, Internet, como medio que permite a los administrados expresar sus opiniones e incrementar su capacidad de acceder a información, impone la necesidad de restringir aquellas medidas que tienen como Único objeto limitar, indebidamente, la libertad de expresión de los usuarios. Entiéndase entonces, que la libertad de expresión se aplica a la red, del mismo modo que a todos los medios de comunicación, de forma tal que resultan inaceptables aquellas restricciones que excedan la limitación básica de respeto al orden público, la moral y las buenas costumbres, así como a derechos personalísimos de terceros. Así las cosas, en tanto el principio de libertad de expresión permea las manifestaciones que se efectúen en el ámbito digital, no se justifica que la Administración discrimine entre quienes tienen acceso como M.A.S amigos, usuarios o seguidores en sus cuentas oficiales en redes sociales o medios abiertos de comunicación, como son, respectivamente, la red facebook y twitter”.

<sup>11</sup> Sentencia de la Corte Superior de Justicia de Lima, Primera Sala Civil, Resolución N° 5, de 24-8-2016.

<sup>12</sup> En lo medular, sostuvo: “existen filtros de bloqueo donde un usuario de Twitter puede restringir a quienes le permite el acceso a su perfil y bloquear a quienes no desea que accedan; sin embargo, en el caso de autos se trata de una persona quién desempeñaba el cargo de Presidente del Consejo de Ministros el cuál es portavoz del Estado Peruano aunque el Twitter era personal; sin embargo esta última situación en la realidad ha mutado, pues este cargo es desempeñado por el señor Fernando Zavala Lombardi quien actualmente es el Presidente del Consejo de Ministros; entonces, actualmente no se podría abrir la vía del amparo a fin de ordenar que el demandado Pablo Álvaro Cateriano Bellido permita que el recurrente pueda acceder al contenido de su perfil de Twitter, pues en primer lugar tenemos que como ciudadano peruano tiene derecho a seleccionar a que seguidores les permite el acceso a su perfil en las redes sociales y en segundo lugar porque ya no es funcionario público en el cargo que se indica; por lo tanto, en la demanda postulada se ha sustraído la materia pues el demandado actualmente no desempeña el Cargo de Presidente del Consejo de Ministros y de otro lado porque el titular de la cuenta de Twitter puede elegir a quien agrega como contacto o seguidor”.

<sup>13</sup> Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Amparo N° 1005/2018, de 20-3-2019.

<sup>14</sup> En lo medular, sostuvo: “En primer lugar, es importante resaltar que en mayo de dos mil once el ciudadano Jorge Winckler Ortiz creó su cuenta con fines personales. Esto es varios años antes de que accediera al cargo de fiscal general. Sin embargo, una vez que fue nombrado fiscal general, a través de esa cuenta ha venido relatando las actividades que realiza como servidor público (según se expuso en los párrafos 87-88 de este documento). Al incluir tuits relacionados con sus actividades como servidor público, decidió voluntariamente colocarse en un nivel de publicidad y escrutinio distintos al de una persona privada. Por esta razón, el propio funcionario fue quien libremente decidió extraer su cuenta de la esfera privada para trasladarla al ámbito público, con todos los contenidos que preexistían en ella. (...) En este sentido, el umbral de protección del derecho a la privacidad del que gozan las personas privadas y sus respectivas cuentas en redes sociales se vio afectado por la voluntad del propio fiscal, al decidir utilizar su cuenta de Twitter

d) Caso *Knight First Amendment Institute v. Trump*, de Estados Unidos (2019)<sup>15</sup>. La Corte de Apelaciones del Segundo Circuito sostuvo que el Presidente de los Estados Unidos, Donald Trump, en su cuenta de Twitter, no puede bloquear a otros usuarios de esta Red Social, ya que de esa forma infringiría la libertad de expresión de éstos (reconocida en la Primera Enmienda de la Constitución del señalado país<sup>16</sup>). Al efecto planteó que a partir de los tweets que ese Mandatario publica, se crea un “foro público designado”, aunque virtual (una suerte de “digital town hall”), en el que sus participantes no sólo pueden comunicarse con dicho Mandatario, sino que también intercambiar, con él y con otros usuarios, informaciones y puntos de vista sobre la política gubernamental. Y como en ese foro no pueden participar los usuarios de Twitter que aquél ha bloqueado, concluyó que éstos habían sido lesionados en su derecho a expresar libremente sus opiniones<sup>17</sup>.

Cabe destacar que esta sentencia de la Corte de Apelación del Segundo Circuito está en armonía con la sentencia de la Corte Suprema de este país, dictada en el caso *Packingham v. North Carolina*, que en lo medular sostuvo que las Redes Sociales son una “modern public square” (moderna plaza pública)<sup>18</sup>.

---

como un canal de comunicación con la sociedad. De tal forma que, al ser una persona pública y particularmente un funcionario público, su derecho a la intimidad se ve “desdibujado” en aras de favorecer el derecho a la información. Esto es así porque los temas de interés general, como los relacionados con el desempeño de su gestión gubernamental, están sometidos a un fuerte nivel de escrutinio por parte de los medios de comunicación y la sociedad. (...) Luego, bloquear el acceso a un ciudadano a los contenidos ahí publicados representa una restricción indebida a su derecho al acceso a la información. Lo expuesto anteriormente no implica que el derecho a la privacidad de los servidores públicos deba ser limitado en todos los casos, ya que existe un contenido mínimo de este derecho que debe ser respetado. En el asunto que nos ocupa, el recurrente no expresa razones suficientes para considerar que su cuenta de Twitter pueda ser clasificada como una cuenta privada, ni mucho menos que la información ahí contenida sea de carácter reservado, cuya difusión vulnere su derecho a la privacidad, ni que haya encontrado algún comportamiento abusivo por parte del quejoso”.

<sup>15</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, de 9-7-2019.

<sup>16</sup> Esta Enmienda establece: “El Congreso no podrá hacer ninguna ley con respecto al establecimiento de la religión, ni prohibiendo la libre práctica de la misma; ni limitando la libertad de expresión, ni de prensa; ni el derecho a la asamblea pacífica de las personas, ni de solicitar al gobierno una compensación de agravios”.

<sup>17</sup> En lo medular, sostuvo: “Sostenemos que las porciones de la cuenta @realDonaldTrump –el ‘espacio interactivo’ donde los usuarios de Twitter pueden interactuar directamente con el contenido de los tweets del Presidente– se analizan adecuadamente bajo las doctrinas de ‘foro público’ establecidas por la Corte Suprema, que dicho espacio es un foro público designado, y que el bloqueo de los demandantes basado en su discurso político constituye una discriminación en el punto de vista que viola la Primera Enmienda”.

<sup>18</sup> Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, de 19-6-2017.

## Conclusiones

A la luz de todo lo anterior, concluimos:

a) Compartimos plenamente lo establecido por el Dictamen en comento. Los órganos de la Administración, en sus cuentas de Twitter, no pueden bloquear a otros usuarios de esta Red Social. Tal como se ha señalado, lo contrario contravendría, entre otros, el derecho a la información y la libertad de expresión de los ciudadanos, y con ello el principio democrático.

b) Con todo, estimamos que tal limitación aplica igualmente, y por las mismas razones, a las autoridades y altos funcionarios de la Administración respecto de sus cuentas de Twitter personales cuando éstos les dan un uso manifiesta y evidentemente público, tal y como si se tratara de cuentas institucionales. O sea, la clave para la resolución de esta particular hipótesis radica en el uso público que aquéllos dan a sus cuentas, y no en el carácter personal de las mismas. En otras palabras, sostenemos que en tal caso dichas cuentas, inicialmente personales, se “publican” por el uso público que se les da, quedando afectas a las mismas limitaciones que rigen el uso de las cuentas institucionales por los órganos de la Administración. En consecuencia, en esta hipótesis, tales autoridades o funcionarios, en sus cuentas personales de Twitter, no podrían bloquear a otros usuarios de esta Red Social<sup>19</sup>. Tal “publicación” tendría lugar durante el periodo que media entre que éstos empiecen a hacer uso público de su cuenta personal de Twitter en los términos referidos, hasta que cesen en el respectivo cargo.

## Bibliografía citada

- ROMÁN CORDERO, Cristian (2018). #Twitter y @Administración, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 25, pp. 27-43.
- ROMÁN CORDERO, Cristian (2018). Twitter: Fui bloqueado por un órgano de la Administración. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/twitter-fui-bloqueado-por-un-organo-de-la-administracion-del-estado/> [consultado el 29-11-2019].
- ROMÁN CORDERO, Cristian (2017). Uso de Twitter por la @Administración: #Límites, *Revista del Abogado*, N° 70, pp. 14-17.
- ROMÁN CORDERO, Cristian (2017). Sentencia de la Corte Federal del 9° Circuitornidos Tweets publicados en cuentas Twitter de la Administración: ¿actos administrativos?. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/tweets-publicados-en-cuentas-twitter-de-la-administracion-actos-administrativos/> [consultado el 29-11-2019].

<sup>19</sup> Lamentablemente, la Contraloría General de la República recientemente ha señalado lo contrario, reparando en el carácter privado de la cuenta. En este sentido, el Dictamen N° 14.953, de 4-6-2019, planteó: “la situación en examen se refiere a una cuenta de carácter privado de una persona en la citada red social, que ejerce como una autoridad de gobierno y que no afecta la probidad administrativa, por lo que queda dentro del ámbito particular de la misma, no correspondiendo que esta Contraloría General emita un pronunciamiento acerca de la posibilidad que aquélla posee, como usuario, para bloqueos de otras cuentas o de su mantención”.

## Jurisprudencia citada

### Jurisprudencia nacional

Dictamen N° 14.953 (2019): Contraloría General de la República, 4-6-2019.  
Dictamen N° 16.518 (2018): Contraloría General de la República, 29-6-2018.  
Dictamen N° 42.281 (2016): Contraloría General de la República, 8-6-2016.  
Dictamen N° 8.600 (2016): Contraloría General de la República, 3-2-2016.  
Dictamen N° 2.241 (2016): Contraloría General de la República, 11-1-2016.  
Dictamen N° 45.181 (2014): Contraloría General de la República, 20-6-2014.  
Dictamen N° 71.422 (2013): Contraloría General de la República, 5-11-2013.  
Dictamen N° 57.638 (2013): Contraloría General de la República, 6-9-2013.  
Dictamen N° 74.551 (2011): Contraloría General de la República, 29-9-2011.

### Jurisprudencia extranjera

*Knight First Amendment Institute v. Donald Trump*, sentencia de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito N° 18-1691, de 9/7/2019.  
*León v. Winckler*, sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo 1005/2018, de 20/3/2019.  
*Packingham v. North Carolina*, sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos 582 US, de 19/6/2017.  
*Iriarte v. Cateriano*, sentencia de la Corte Superior de Justicia de Lima, Primera Sala Civil, Resolución N° 5, de 24/08/2016.  
*Schult v. Presidencia*, sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 2012016882, de 4/12/2012.

## Anexo: Texto íntegro del Dictamen N° 18.671 de la Contraloría General de la República

N° 18.671 Fecha: 10-VII-2019

Los señores Manuel Lobos González y David Zúñiga Vera denuncian que la Policía de Investigaciones de Chile (PDI) habría bloqueado de manera irregular en la cuenta institucional que ésta mantiene en la red social Twitter, sus cuentas personales, al no existir normativa que permita aquello.

Requerido su informe, la Jefatura Jurídica de la PDI señala que posee un manual de uso de redes sociales, reservándose el derecho a bloquear las cuentas de usuarios que transgredan ciertas normas básicas como uso de lenguaje violento, soez, ataques a instituciones, autoridades y a cualquier tipo de minorías, entre otros tópicos. Además, sostiene que es facultad exclusiva y excluyente de todo administrador de una cuenta de ese tipo la de aceptar y/o bloquear discrecionalmente a sus seguidores y/o comentarios efectuados, sin constituir una conducta arbitraria o ilegal, sino una manifestación de su derecho sobre la misma.

Sobre el particular, corresponde señalar, en lo pertinente, que de acuerdo con el artículo 5° de la Constitución Política, es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la misma. Enseguida, el inciso segundo del artículo 8° prevé que son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen.

Luego, el artículo 19, N° 12, de la Carta Fundamental asegura a todas las personas, la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de esas prerrogativas.

Enseguida, el N° 14 del antedicho precepto asegura a todas las personas “El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes”.

En armonía con lo dispuesto anteriormente por mandato constitucional, el inciso segundo del artículo 3° de la ley N° 18.575, previene que la Administración del Estado deberá observar, entre otros, los principios de eficiencia, eficacia, transparencia y publicidad administrativas, y de participación ciudadana en la gestión pública.

En este contexto, el inciso primero del artículo 1° de la ley N° 19.733 –sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo–, dispone que “la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, constituyen un derecho fundamental de todas las personas”, agregando su inciso final que se reconoce a las personas “el derecho a ser informadas sobre los hechos de interés general”. Su artículo 2°, inciso primero, preceptúa

que para todos los efectos legales, son medios de comunicación social aquellos aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público, cualesquiera sea el soporte o instrumento utilizado.

Por su parte, esta Contraloría General ha manifestado que se puede acudir al uso de tecnologías de la información para apoyar la labor administrativa, postura que encuentra su fundamento en los anotados principios de eficiencia y eficacia, transparencia y publicidad administrativas y debido cumplimiento de la función pública por parte de los organismos públicos, todos los cuales deben observar al utilizar una plataforma digital como uno de sus medios de comunicación institucional (aplica el Dictamen N° 43.233, de 2015).

Ahora bien, cabe tener presente que Twitter es una herramienta digital de comunicación social que permite a sus usuarios de todo el mundo crear y compartir ideas, imágenes, videos, audios e información interactuando en tiempo real con personas e instituciones de su interés a través de mensajes breves de texto, siendo la mayor parte de carácter público y, por tanto, cualquier persona puede acceder a aquéllas. En tal sentido, dicha red virtual es un medio que pueden utilizar los organismos del Estado para dar a conocer a la colectividad usuaria de la misma hechos o acciones directamente relacionados con la consecución de sus fines y con su quehacer institucional, así como también de participación ciudadana en la gestión pública al ser de libre acceso, en cuanto a los usuarios y a las opiniones que en esa plataforma abierta se expresen, cumpliendo, por cierto, las reglas y términos del referido servicio de difusión.

En ese entendido, es necesario destacar que, conforme al criterio sostenido por este Órgano Contralor en sus dictámenes N°s 71.422, de 2013; 79.472, de 2016 y 14.953, de 2019, entre otros, la cuenta institucional de Twitter de un organismo público como la PDI, corresponde a un bien de dicho servicio, que debe ser utilizado para servir a los fines institucionales o para publicitar comunicaciones o hechos de interés general para toda la población acerca de algún aspecto relevante de las labores, actividades o tareas que versen acerca de su funcionamiento –vinculados fundamentalmente con la misión y otras funciones que se le encomiendan, contenidas, en lo principal, en los artículos 4° y 5° del decreto ley N° 2.460, de 1979, su Ley Orgánica–, en correspondencia con el derecho de los ciudadanos a conocer y ser informados de las actividades y labores desarrolladas en forma continua y permanente por los servicios públicos, y a emitir opiniones sobre ello.

Consecuente con lo expuesto, no corresponde que la PDI bloquee unilateralmente en su cuenta institucional a aquellos usuarios particulares de la citada plataforma virtual de comunicación social que han emitido ciertas opiniones o expresiones, debiendo adoptarse, a la brevedad, las acciones necesarias para subsanar dicha situación.

Lo anterior, de ningún modo supone que las personas puedan tratar en términos inapropiados o insultantes a las autoridades o dirigirse a los servicios públicos sin el debido respeto –como exige el consignado artículo 19, N° 14, de la Carta Fundamental–, ya que ello habilita a la autoridad a no atender los requerimientos efectuados, quien además puede utilizar los mecanismos legales y judiciales que la legislación establece en caso que se considere que han existido delitos y abusos por los particulares a través de medios digitales en el ejercicio de tales prerrogativas constitucionales.

Asimismo, tampoco se ve limitada la posibilidad de que frente a comentarios divulgados o publicados en una cuenta institucional en dicha red social y que se estimen inadecuados u ofensivos, se gestionen mediante la propia aplicación Twitter las pertinentes denuncias de incumplimiento de las reglas y términos del servicio, a los administradores de la misma.

Saluda atentamente a Ud.,

JORGE BERMÚDEZ SOTO  
*Contralor General de la República*



# Hacia la búsqueda de una definición de las autoridades administrativas independientes en Francia

## Towards the search for a definition of independent administrative authorities in France

Hubert Alcaraz\*

Desde finales de los años ochenta se multiplicaron en Francia las autoridades administrativas independientes. Se crearon sin directrices ni programas preestablecidos. Así las cosas, los estatutos se diversificaron, disponiendo para cada autoridad conforme sus especificidades. Desde principios de los años 2000, tanto el legislador como la doctrina, han empezado un trabajo de unificación y de homogeneización de esta categoría, del cual las leyes del 20 de enero de 2017 representan la última etapa. Pero, pese a esos esfuerzos, la categoría sigue buscando su definición y su unidad.

**Palabras clave:** Autoridades administrativas independientes, autoridades públicas independientes, Organización administrativa, Modelo administrativo, Consejo de Estado, Parlamento.

Since the end of the 1980s the authorities multiplied in France independent administrative authorities.

They were created without guidelines or preset program. So statutes have diversified, each authority has its specificities. Since the beginning of the years 2000s, the legislator, as doctrine, have started a work of unification and homogenization of this category, of which the laws of January 20, 2017 represent the last stage. But despite those efforts, the category is still looking for its definition and unit.

**Keywords:** Independent administrative authorities, independent public authorities, administrative organization, administrative model, council of state, Parliament.

RESUMEN / ABSTRACT

\* Profesor titular HDR de derecho público en la Universidad de Pau et des pays de l'Adour, miembro del Instituto de estudios ibéricos e iberoamericanos (IE2IA - CNRS UMR 7318). Dirección Postal: Avenue du Doyen R. Poplawski BP 1633-64016 PAU, Francia. Correo electrónico: hubert.alcaraz@univ-pau.fr

Recibido el 17 de enero de 2019 y aceptado el 12 de marzo de 2019.

## Introducción

La cuestión de la regulación administrativa y, en realidad, parte del modelo administrativo francés, acaban de ser objeto de actualización en Francia, puesto que el 20 de enero de 2017 se adoptaron dos leyes con la finalidad de crear un estatus general para las autoridades administrativas independientes y las autoridades públicas independientes. Ello no significa, no obstante, que la figura de la autoridad administrativa independiente o de la agencia autónoma independientes del poder ejecutivo es nueva en el derecho francés, lo cierto es que desde la ley del 6 de enero de 1978, que creó la Comisión Nacional de la Informática y de las Libertades (CNIL), han ido creándose una larga serie de autoridades administrativas independientes. Desde este punto de vista, no cabe duda de que el desarrollo de estas autoridades así como la descentralización administrativa, es una de las mayores evoluciones de la organización de las instituciones administrativas en Francia durante los últimos cincuenta años.

Estas organizaciones constituyen, de hecho, una respuesta institucional a la crisis del modelo administrativo francés. En realidad, la aparición de esas autoridades responde a preocupaciones distintas que son principalmente tres. Primero, la creación de aquellas autoridades debería garantizar a los administrados una protección eficaz de sus libertades y derechos cuando la administración, al ejercer sus competencias, puede especialmente amenazarles. Segundo, el recurso a las autoridades administrativas independientes ha constituido una solución, ya que permitió asegurar una regulación objetiva de los mercados económicos en los cuales participan empresas públicas o que estén susceptibles de ser desajustados por la intervención directa del Gobierno. Es lo que se llama –como se sabe– la regulación económica. En tercer lugar, el crecimiento de casos político-financieros condujo a la adopción de varias medidas destinadas a asegurar la transparencia de la acción pública. Mientras las dos primeras categorías de autoridades siguen desarrollándose, el recurso a aquellos organismos constituyó igualmente un medio para responder a la desconfianza de los administrados respecto de la administración gubernamental.

Sin embargo, desde el punto de vista de la unidad de aquellas autoridades administrativas, ese desarrollo, que fue traducido en su éxito, provocó al mismo tiempo su debilitamiento: ello por tener misiones muy variadas y en sectores muy distintos, a través de formas muy dispares, y la sistematización de sus estatutos parecía difícil. Así, después de un primer informe público del Consejo de Estado en 2001<sup>1</sup>, a partir del 2006<sup>2</sup> fue el Senado quien inició un trabajo con la finalidad de asegurar la racionalización de aquellas autoridades y de organizar un estatus general, antes de que la Asamblea Nacional se preocupara también de la cuestión<sup>3</sup>. La ley orgánica y la ley ordinaria del 20 de enero

<sup>1</sup> CONSEIL D'ÉTAT 2001.

<sup>2</sup> GÉLARD 2006.

<sup>3</sup> DOSIÈRE et VANNESTE 2010.

del 2017, en relación a las autoridades administrativas independientes y las autoridades públicas independientes, emanan precisamente de aquellas labores.

Con la finalidad de profundizar en alguna medida este tema y entender las últimas evoluciones normativas francesas, es necesario observar que la noción de autoridad administrativa independiente en Francia abarca varias entidades: primero, las "autoridades", así designadas en el texto fundador; luego, las autoridades llamadas "autoridades independientes" o "autoridad pública independiente"; en fin, una cierta cantidad de autoridades no calificadas por los textos, pero que la jurisprudencia y la doctrina acogieron en la categoría general de autoridad administrativa independiente. Sin embargo, desde el origen, es decir, desde principio de la década de los 80, esta diversidad de denominaciones responde a un régimen jurídico heterogéneo que resulta de la yuxtaposición de textos. Para decirlo de otro modo, la ausencia de homogeneidad de la categoría es el reflejo de la diversidad de los estatutos jurídicos de cada una, lo cual se ve reflejado igualmente en sus designios.

Frente a esa diversidad, la independencia de todas esas autoridades puede constituir un elemento de unidad –o por lo menos un punto en común– pero que nace de una pluralidad de disposiciones estatutarias o funcionales; mientras que respecto a sus competencias, también se nota una heterogeneidad, así es que la misma autoridad puede disponer a la vez de atribuciones administrativas clásicas, como el poder de regulación y de atribuciones cuasi jurisdiccionales, así como del poder punitivo y del poder de resolución de conflictos. En todo caso, un elemento de unidad surge de nuevo por el hecho de que todas las autoridades administrativas independientes son objeto de un control que siempre es, al menos, jurisdiccional.

De tal forma que, frente a esas características generales, a un estatuto muy a menudo heterogéneo y un control jurisdiccional que pesa sobre cada una de esas entidades, son dos las observaciones de modo sintético que se pueden hacer para presentar la actualidad de esa figura en el derecho público francés: por un lado, es una noción que sigue siendo excepcional (I); y por otro, es una noción que sigue buscando su unidad (II).

## I. Una noción siempre excepcional

Hay que reconocerlo: las autoridades administrativas independientes constituyen una curiosidad jurídica. En particular, dos aspectos alimentan la singularidad de las autoridades administrativas independientes, relevando interrogaciones. Para decirlo de otra manera, su carácter excepcional es el resultado, por una parte, de la heterogeneidad de la noción (1) y, por la otra, de esa referencia a su independencia (2).

### 1. La heterogeneidad de la noción

Primero, la originalidad de la categoría "autoridad administrativa independiente" tiene que ver con la definición y la delimitación de esta noción. Res-

pecto a este tema, por un lado, se puede preguntar sobre si constituye una verdadera categoría jurídica o simplemente una “categoría de hecho”. Así, la pregunta sería la siguiente: ¿se trata, en el fondo, de una noción que permite agrupar convenientemente organismos en realidad muy diferentes? ¿o de una noción que puede ver su contenido determinado como concepto, enumerando sus características?

Después del primer organismo calificado como autoridad administrativa independiente –la Comisión Nacional de Informática y Libertades (CNIL)–, creada con la ocasión de la adopción de la ley de 1978 relativa a la informática<sup>4</sup>, organismos similares vieron la luz en diferentes sectores de la vida pública, pero de manera desordenada, es decir, sin directrices ni programas preestablecidos. Hasta el punto de que hoy es difícil proponer una definición general y erigir una lista oficial y exhaustiva de organismos que pertenecen, sin contesta, a aquella categoría.

Esquemáticamente, se oponen dos concepciones: una concepción estrecha y una concepción amplia de la noción de autoridad administrativa:

a) Según una concepción estrecha, se reserva la denominación de autoridad administrativa independiente a un pequeño número de instituciones. La razón sería bastante sencilla en este caso: la autoridad administrativa independiente es tal porque ha sido calificada así por el texto legislativo que la creó o, porque en ausencia de una definición textual, presenta similitudes manifiestas con las primeras.

b) Según una concepción amplia, se puede incluir un número mucho más alto de organismos, por extensión de la cualificación a instituciones que pueden presentar similitudes más o menos importantes con las autoridades administrativas “oficiales”. Esta prevalece porque la concepción estrecha sufre de una permisividad legislativa, que hace crecer las denominaciones y hace coexistir las “autoridades administrativas independientes” con las “autoridades públicas independientes”, así como las “autoridades independientes” simples. Finalmente, es esta concepción amplia la que domina hoy en día la doctrina, así como en el uso administrativo y político. Y así, se incorpora en la noción de autoridad administrativa independiente, las autoridades públicas independientes y ciertas autoridades no expresamente calificadas como tales por el texto fundador.

Durante los últimos años, la calificación de “autoridad pública independiente” tuvo bastante éxito y ello se encuentra relacionado con la atribución de la personalidad jurídica otorgada por el legislador. Así es el caso, por ejemplo, de la Autoridad de los Mercados Financieros<sup>5</sup>, la Alta Autoridad de

<sup>4</sup> Ley N° 78-17 de 1978.

<sup>5</sup> La Autoridad de los mercados financieros fue creada por la Ley N° 2003-706 de 2003 y fusiona el Consejo de los mercados financieros, la Comisión de las operaciones de bolsa y el Consejo de disciplina de la gestión financiera.

Salud<sup>6</sup>, la Agencia Francesa de Lucha contra el Dopaje<sup>7</sup>, el Alto Consejo de Auditoría de Cuentas<sup>8</sup>, la Alta Autoridad por la Difusión de Obras y la Protección de Derechos en Internet<sup>9</sup>, así como con la Autoridad de Regulación de las Actividades Ferroviarias<sup>10</sup>. Esa evolución, aunque difícilmente puede considerarse ajena al campo de las autoridades administrativas independientes, tal como existen desde principios de los años ochenta, alimenta esa dificultad de definición en la medida en que no hay trabajo de distinción o, al contrario, de fusión de las categorías “autoridades públicas independientes” y “autoridades administrativas independientes”. Y a esta primera dificultad hay que añadir también el hecho de que el legislador no siempre se toma la molestia de calificar el organismo que crea, y son los observadores que usan la calificación de autoridad administrativa independiente por algunas características que aparecen en la ley creadora de cada institución.

Básicamente, son tres las características que las definen: primero, la autoridad administrativa independiente tiene el poder de tomar decisiones individuales o reglamentarias en nombre del Estado; segundo, el organismo tiene una verdadera autonomía estatutaria y funcional frente al Estado; y tercero, el organismo no es en sí mismo una jurisdicción cuyas decisiones podrían ser recurridas. Pero, fuera de esos elementos, tenemos que observar cuáles son las incertidumbres y dudas que predominan en la materia. A modo de ejemplo, , con la aparición del Defensor de los derechos (*Défenseur des droits*), figura que nació de la última reforma constitucional,<sup>11</sup> es calificado como “autoridad constitucional independiente” no por la Constitución francesa misma<sup>12</sup> sino por el artículo 2 de su ley orgánica<sup>13</sup>. Pero, lo que sorprende, es que no tiene personalidad jurídica, a diferencia de las autoridades

<sup>6</sup> Creada por la Ley N° 2004-810 de 2004.

<sup>7</sup> Con la ley N° 2006-405 de 2006.

<sup>8</sup> Instituido por la Ley N° 2003-706 de 2003.

<sup>9</sup> Creada por la Ley N° 2009-669 de 2009.

<sup>10</sup> Creada por la Ley N° 2009-1503 de 2009; fue transformada en Autoridad de regulación de las actividades ferroviarias y de carretera con la Ley N° 2015-990 de 2015.

<sup>11</sup> Ley Constitucional N° 2008-724 de 2008.

<sup>12</sup> El nuevo artículo 71-1 de la Constitución del 4 de octubre de 1958, insertado por la reforma del 2008, no utiliza la expresión “autoridad constitucional independiente”. Solo dispone: “El Defensor de los Derechos velará por el respeto de los derechos y las libertades por parte de las administraciones del Estado, las entidades territoriales, los establecimientos públicos, así como cualquier organismo encargado de una misión de servicio público o respecto del cual la ley orgánica le atribuya competencias. Podrá ser solicitado, en las condiciones previstas en la ley orgánica, por cualquier persona que se considere perjudicada por el funcionamiento de un servicio público o un organismo referido en el primer párrafo. Podrá ser solicitado de oficio. La ley orgánica definirá las atribuciones y las modalidades de intervención del Defensor de los Derechos. Determinará las condiciones en que pueda ser asistido por un colegio para el ejercicio de algunas de sus atribuciones. El Defensor de los Derechos será nombrado por el Presidente de la República por un mandato de seis años no renovable, según el procedimiento previsto en el último párrafo del artículo 13. Sus funciones serán incompatibles con las de miembro del Gobierno y miembro del Parlamento. Las demás incompatibilidades serán fijadas por la ley orgánica. El Defensor de los Derechos dará cuenta de su actividad al Presidente de la República y al Parlamento”.

<sup>13</sup> Ley Orgánica N° 2011-333 de 2011.

públicas independientes. Todo esto tampoco contribuye a aclarar la cuestión de la independencia de estas autoridades administrativas independientes.

## 2. La independencia de las autoridades

La voluntad de asegurar la independencia de dichas autoridades es, en sí mismo, algo inédito y excepcional. Pero es, precisamente, esa dinámica la que puede provocar discusión. Para sintetizarlo, podríamos decir que el debate se desarrolla en una doble vertiente. La primera, relativa a la naturaleza de esta independencia; La segunda, se relaciona con las funciones de esta independencia.

### a) *Naturaleza de la independencia*

En cuanto al primer punto, es imprescindible discutir sobre la naturaleza de la independencia: ¿qué tipo de independencia debe asegurar el orden jurídico a esos organismos para que se pueda considerarles independientes *stricto sensu*? Sabemos que la independencia se aplica para todos los poderes y en todas las direcciones, sean económicas y políticas. Desde ese punto de vista, hay que tener en cuenta que frente a los intereses económicos considerables que conviven hoy en cada sociedad, en un mundo globalizado, en la comunidad internacional toda y frente a la solidez de las estructuras de los grupos privados, la independencia económica de esos organismos y de los miembros que las integran no puede ser ignorada. Hay que imaginar condiciones que permitan asegurar o garantizar de la mejor manera posible su autonomía frente a presiones financieras externas.

En relación con el poder político, dicha cuestión parece compleja y quizás lo sea aún más puesto que paradójicamente la necesidad de libertad que requiere el organismo en cuestión se contrapone al hecho de que la figura de la que estamos hablando, es al mismo tiempo parte de la misma administración. Para decirlo de otro modo, se pretende con la figura de la autoridad administrativa independiente crear una entidad cuyo origen surge como elemento interno o propio de la administración, es decir, como elemento de fuerza del poder político –lo que significa estar desprovisto de toda independencia frente a dicho poder– pero al mismo tiempo, dotándola de una característica excepcional –la independencia– que es, para decirlo de manera directa, contraria al espíritu que rige a la administración (al menos según la concepción que históricamente dominó la construcción del aparato administrativo francés). Este antagonismo lleva hasta el punto de que la pregunta podría ser la siguiente: ¿Puede una autoridad ser administrativa y tener a la vez un estatuto independiente?

Este interrogante, aunque parezca radical, no puede ser ocultado o ignorado y precisamente es para enfrentarlo que nacieron esas reflexiones a propósito del estatuto de esas autoridades. Es decir, se intentó imaginar elementos estatutarios capaces de propiciar garantías de independencia. Y desde este punto de vista, a través del régimen jurídico pueden ser las com-

petencias, el estatus y el propio control, las palancas que permitan intentar responder a esta preocupación para borrar esa(s) contradicción(es).

Son evidentemente los textos que rigen el estatuto, las misiones y el funcionamiento que pueden ser instrumentos de esa independencia. Observamos que si bien hay similitudes entre las disposiciones en los textos que crean las autoridades administrativas independientes, se trata más de una inspiración común que de un régimen jurídico común. Dos vías han sido utilizadas hasta ahora: la de la independencia orgánica y la de la independencia funcional. Desde la óptica de la independencia orgánica, se nota que una de las características comunes de las autoridades administrativas independientes es su composición colegiada, que responde a dos exigencias: por un lado, la voluntad de equilibrio entre las influencias de las instancias de nominación –lo que constituye una garantía de independencia– y, por otro lado, asegurar una deliberación colectiva sobre asuntos sensibles o complejos, para una garantía de objetividad y de seriedad<sup>14</sup>. En cuanto, más precisamente, a las condiciones de designación de los miembros de las autoridades administrativas independientes, si no satisfacen las exigencias de independencia, las garantías estatutarias particulares pueden permitir compensarlo y así satisfacer dichas exigencias<sup>15</sup>.

Para responder a la misma preocupación, los miembros de las autoridades administrativas independientes están sujetos a varias obligaciones, y la disciplina reside en el autocontrol, es decir, de la asamblea respecto de sus propios miembros, lo que les da una verdadera independencia en el desempeño de sus funciones. La naturaleza y la amplitud de las obligaciones impuestas a los miembros de estas autoridades son muy diversas. Es necesario presentar brevemente estas obligaciones, por ser éstas tan importantes como lo es el periodo de los mandatos. En general, si bien las soluciones caben en un espectro común, son diferentes según las autoridades<sup>16</sup>. El mandato es, por supuesto, irrevocable. Sin embargo, sobre estos temas el legislador de 2017 no ha definido un marco general, la situación cambia según la importancia de las misiones de cada autoridad administrativa. La diferencia principal entre las diferentes autoridades reside en las formaciones dedicadas respectivamente a procesos penales y a las sanciones administrativas. La separación entre ambas formaciones se debe a las presiones de la jurisprudencia.

<sup>14</sup> Pero el número de participantes en las asambleas es muy variable según las autoridades. Además, la idea de colegialidad tiene excepciones (Mediador de la energía, el Defensor de los derechos, el Supervisor general de los lugares de privación de las libertades).

<sup>15</sup> Algunas de ellas están compuestas por magistrados de dos jurisdicciones: Conseil d'État, Cour de cassation y Cour des comptes. Con menos frecuencia diputados y senadores participan en unas autoridades (Comisión nacional informática y libertades o CNIL, Comisión de acceso a los documentos administrativos o CADA, Comisión nacional de control de las técnicas de inteligencia o CNCTR, por ejemplo). Pero lo más destacable es la participación en muchas autoridades administrativas independientes de representantes de la llamada sociedad civil. Es una verdadera innovación que subraya una evolución hacia la sociedad civil mediante personalidades designadas por su autoridad, su competencia o experiencia en un sector en particular.

<sup>16</sup> La mayoría de los mandatos son de 5 a 6 años.

cia de la Corte Europea de Derechos Humanos en relación con el principio de imparcialidad.

*b) Elementos funcionales de la independencia*

En cuanto a la independencia en su vertiente funcional, la autonomía de estos órganos también se ha de apreciar bajo la premisa de elementos funcionales. Entre estos elementos se encuentran los medios jurídicos, es decir, las competencias de estos órganos. Aquí tampoco existe ningún modelo establecido ni esquema predeterminado, de tal manera que solo se puede señalar el carácter amplio y diverso de las prerrogativas que disponen dichas autoridades. Ciertamente, es natural que esas autoridades ejerzan prioritariamente tareas administrativas. Sin embargo, algunas autoridades también disponen de prerrogativas casi jurisdiccionales. En la mayoría de los casos es la función de "regulación" que permite justificar el cúmulo de esta gama de medios por una institución encargada de pilotear con imparcialidad, eficiencia y flexibilidad un sector de dichas actividades. En numerosos casos, la autoridad se analiza más como una autoridad consultiva, al menos parcialmente, que como un órgano administrativo. Dicha autoridad puede de esta forma, proporcionar asesoramiento, dictar instrucciones, formular recomendaciones o realizar aclaraciones.

A estas prerrogativas se añade frecuentemente el hecho de que dichas autoridades disponen de poder reglamentario. Para resultar constitucionalmente admisible dicho poder no puede, primeramente, condicionar la existencia del poder reglamentario general que pertenece al Primer Ministro y, por otro lado, la habilitación legislativa bajo el fundamento del cual se otorga tiene que limitarse a medidas "limitadas tanto en su ámbito de aplicación como en su contenido"<sup>17</sup>. Diversos organismos como, por ejemplo, la CNIL, la Comisión de Sondeos o el Consejo Superior Audiovisual disponen de dicho poder reglamentario. El cúmulo del poder reglamentario y del poder de sanción no resulta fuente de dificultad, siempre que el poder de sanción se organice de modo de asegurar el respeto del derecho de defensa, el carácter contradictorio del procedimiento y la imparcialidad de la decisión.

A propósito del hecho de que las autoridades administrativas independientes dispongan de un verdadero poder de sanción administrativa, es decir, de un poder que afecte a la situación funcional y patrimonial de los destinatarios de dichas sanciones, la cuestión fue discutida y finalmente no ha sido admitida fácilmente. Sin embargo, es verdad que dicho poder tiende a generalizarse, aunque todas las autoridades administrativas independientes no disponen del poder de sanción sistemáticamente. En todo caso, ha de respetarse una doble reserva: si estas autoridades disponen de dicha facultad, es sólo en el límite exclusivo de las necesidades relativas al buen ejercicio de sus misiones, y la sanción pronunciada nunca puede desembocar en

<sup>17</sup> Conforme con la Jurisprudencia del Consejo Constitucional Francés: Decisión N° 88-248 DC (1989).

una medida privativa de libertad, que únicamente autoridades judiciales tienen el poder de tomar. Por otro lado, varias garantías procesales y de fondo enmarcan este poder administrativo represivo, contribuyendo a dotarlo de un cierto aspecto judicial<sup>18</sup>.

En todo caso, observamos que desde el punto de vista de la independencia, como ya era el caso de la definición, no hay una única solución o una respuesta única por parte del ordenamiento jurídico francés. Finalmente, se sigue buscando la homogeneidad o la unidad de la categoría.

## II. Una noción a la búsqueda de su unidad

Dos caminos pueden ser imaginados o analizados hoy como vías para lograr una forma de unidad de la categoría de las autoridades administrativas independientes. Los dos nos ofrecen fundamentos igualmente robustos, sobre todo la vía legislativa, la que no consigue abarcar todas las entidades ya existentes (1), a pesar de que la existencia de unas formas de control, sobre todo jurisdiccional, aparezca mucho más como una vía conveniente y común a todos esos organismos, aunque no sea también totalmente satisfactoria (2).

### 1. La unidad a través de la ley

La Ley Orgánica del 20 de enero de 2017<sup>19</sup>, como la ley ordinaria del mismo día<sup>20</sup> después de casi cuarenta años, pretendía cerrar las reflexiones, tanto parlamentarias como doctrinales, a propósito de esta figura que nació a principios de los ochenta bajo la apelación de "autoridad administrativa independiente". El esfuerzo principal consistía en una clarificación y racionalización de una categoría jurídica considerada, desde mucho tiempo, como faltante de coherencia. Ya en 2001, el Consejo de Estado proponía solamente una puesta en orden de la categoría y unas recomendaciones para tener en cuenta de la dificultad de juntar todas las autoridades existentes dentro de un único estatuto común. En aquella época, el informe del Alto Tribunal catalogó 34 organismos administrativos que podían ser calificados como autoridades administrativas independientes, sea por razón de la elección del legislador o del juez, sea por razón de sus características que eran conforme con los criterios identificados por el propio Consejo de Estado.

En 2015, en un nuevo informe del Senado<sup>21</sup>, se identificaron hasta 42 autoridades administrativas independientes y autoridades públicas independientes. Y en los hechos, muchos organismos que no fueron necesariamente

<sup>18</sup> Consejo constitucional, Décision N° 2000-433 DC (2000), *considérant* 50.

<sup>19</sup> Ley Orgánica N° 2017-54 de 2017.

<sup>20</sup> Ley N° 2017-55 de 2017.

<sup>21</sup> Un État dans l'État: canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler, Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes, bajo la presidencia de Mme M.-H. Des Esgaulx, rapporteur M. J. Mézard, senadores, N° 126 (2015-2016), 28 octubre de 2015.

pensados en el momento de su creación como integrantes de esas categorías, sí lo fueron después de su aparición y a partir de la interpretación de la supuesta voluntad del legislador, almacenados en esta categoría; es decir, como si el Parlamento descubriera que había creado, sin saberlo, autoridades administrativas independientes. Desde este punto de vista, se podía considerar que las distintas autoridades fueran más de aparición aleatoria que el resultado de una estrategia global y reflexionada para transformar el modelo de administración francés.

Entonces, la voluntad del legislador de 2017 era la de realizar una labor de clasificación para limitar la categoría a unas entidades que comparten elementos comunes que son propios de un modelo de administración específico. Para lograr este objetivo, el trabajo, muy voluntarista, tenía la intención de utilizar la vía de la ley ordinaria y la vía orgánica para conseguir la reunión de las reglas comunes a esas autoridades dentro de un texto único. En este sentido, por un lado, la ley ordinaria se encarga de fijar un estatuto general para las autoridades administrativas independientes y para las autoridades públicas independientes; por el otro, la ley orgánica aparece imprescindible para fijar elementos que pertenecen a la reserva de competencia del legislador orgánico, es decir, sobre todo los elementos relativos a incompatibilidades con mandatos en colectividades territoriales de ultramar y de Nueva-Caledonia, con funciones dentro del Consejo Superior de la magistratura, del Consejo Económico Social y Medioambiental o con la función de magistrado o ciertos nombramientos por parte del Presidente de la República.

El principal objetivo es, entonces, armonizar el estatuto de las autoridades públicas independientes y de las autoridades administrativas independientes que figuran, de ahora en adelante, en una lista creada por la ley, sin que se clarifique la cuestión de sus atribuciones o las discusiones a propósito de eventuales fusiones o supresiones de tales autoridades. Pero, como se puede imaginar, esto no permitió aclarar todos los problemas y las preguntas jurídicas que ya habían sido identificadas. De tal forma que el Parlamento no logró la reunión de todos los elementos troncales y elementales de estas entidades diferentes. Con la preocupación de luchar contra la inseguridad jurídica que conlleva la existencia de tantas autoridades diversas, el legislador se encontró, finalmente, frente a la elección imposible entre las ventajas de un estatuto hecho a medida y las de un estatuto uniforme y único para todas.

Recordemos que en el año 2001, para el Consejo de Estado no parecía posible crear un estatuto único de autoridades administrativas independientes; pero esto no impedía el reconocimiento de unas reglas básicas comunes relativas a la garantía de su independencia y de su imparcialidad, dentro del espectro de las exigencias constitucionales y europeas. En 2017, el legislador se atrevió a usar la expresión de *estatuto general*, pero renunciando en compensación a ciertas reglas comunes, lo que significa que la elección fue a favor de la unidad a costa de un mínimo común denominador. Así, la ley reúne en un marco jurídico único autoridades administrativas y autoridades

públicas independientes sin aclarar las relaciones entre esas dos entidades, cuando sabemos que las segundas cuentan con personalidad jurídica lo que puede suponer elementos estatutarios peculiares. De tal forma que la unidad dista mucho de ser perfecta y podría aun verse desestabilizada. Y, de forma bastante lógica, la ley contiene la enumeración limitativa de esas autoridades administrativas independientes y autoridades públicas independientes: solo 26 fueron consideradas como tales por el legislador que, al producir esta lista confiesa la imposibilidad de propiciar una definición operatoria. La ley concurre a la identificación de la noción sin poder cumplir totalmente con su ambición de cerrar la unidad de la materia. Quizás la existencia de control(es) sobre esas autoridades contribuye también a su armonización.

## 2. La unidad a través del control

Toda autoridad administrativa se encuentra sometida a diversas formas de control. Por supuesto, las autoridades administrativas independientes y las autoridades públicas independientes no escapan a esta evidencia. Pero, lo que quizás durante un tiempo fue propio de esas entidades es la presencia, dentro de esos controles, de un control jurisdiccional realizado en última instancia por un juez especial, es decir, el más alto juez de lo contencioso-administrativo francés, el Consejo de Estado. Así que, esta característica pudo funcionar, durante un tiempo, como criterio específico de identificación de esos organismos. La verdad es que, después de la reforma de 2017, la eficacia de este dato o índice no sigue siendo segura porque asistimos a una multiplicación de los tipos de control como a su diversificación, aun hasta el juez ordinario, es decir, el juez judicial.

En cuanto al tema del control, la primera observación que tenemos que hacer es que, en cuanto autoridades administrativas independientes, esos organismos no están sometidos al poder jerárquico. Es una evidencia; sin embargo, es importante recordarlo, al igual que hay que destacar que el poder de definir su propio reglamento interno tampoco está carente de significado, particularmente en el terreno del derecho de defensa y del procedimiento contradictorio.

En materia presupuestaria, si es difícil afirmar la existencia generalizada de control, es también difícil imaginar o concebir, dentro de un Estado unitario como es la República francesa, su ausencia absoluta. En efecto, con respecto a los recursos financieros, en los casos en los cuales las autoridades administrativas independientes carecen de personalidad jurídica, tampoco disponen de patrimonio alguno o de recursos propios susceptibles de otorgarles una autonomía financiera. Entendemos que, en esa configuración, dependen, en todo lo relativo a sus gastos, al organismo que se encarga de administrar sus finanzas. Entonces, en esta materia, la cualidad –para decirlo así– de su independencia será directamente relacionada con el espacio de libertad que se les deja en materia de decisión relativa al uso de los recursos que le corresponden. Sin embargo, cuando la ley las califica como autoridades públicas independientes o que son titulares de personalidad jurídica son,

por supuesto, dotadas de un patrimonio propio, lo que disminuye la presión del control presupuestario que soportan que, empero, en ningún caso desaparece. Además, pueden beneficiarse de exenciones fiscales. No obstante, dicho lo cual, hay que resaltar que, aun cuando no disponen de personalidad jurídica propia, la ejecución de los gastos de las autoridades administrativas independientes nunca puede ser objeto de un control *a priori*, puesto que un control de este tipo constituiría la negación absoluta de toda autonomía presupuestaria.

Sobre el tema del control jurisdiccional al que son sometidas las autoridades administrativas independientes, tomando en cuenta el carácter administrativo de dichas autoridades, la competencia recae, en principio, en el juez contencioso administrativo. No obstante, aun en relación con este criterio, como lo hemos adelantado, observamos que, al contrario de lo que ocurrió durante un tiempo, no seguimos encontrando tampoco aquí el elemento que permite de manera absoluta y automática identificar o asegurar la unidad de la categoría. En efecto, existen ahora ciertos casos en los cuales el juez judicial es competente, especialmente en materia de regulación económica. Así, en dicho caso y tomando en cuenta el imperativo “de buena administración de la justicia”, resulta necesario definir bloques competenciales que justifiquen que se derogue la competencia de principio del juez administrativo, evitando que se multipliquen los casos en los que la aplicación de las reglas generales desemboque en una competencia compartida entre juez judicial y juez administrativo<sup>22</sup>.

En todo caso, el grado de control ejercido por el juez varía en función de la gravedad de la decisión tomada por la autoridad administrativa. Así, el Consejo de Estado ha estimado, en primer lugar, que los recursos contra las sanciones administrativas se han de juzgar en plano contencioso<sup>23</sup>. De modo igualmente muy general, el Consejo ha hecho progresar para todas las sanciones administrativas la intensidad de su control de la adecuación entre la gravedad de la sanción y la gravedad de los hechos reprochados, y procede ahora a un control entero de proporcionalidad<sup>24</sup>. Con respecto a las medidas administrativas ordinarias –que no tienen el carácter de sanciones– que llegan hasta la jurisdicción administrativa en base a los recursos de anulación, el juez aplica su jurisprudencia clásica que consiste en distinguir los casos en los cuales la autoridad ejerce un poder discrecional (para los cuales el control es restringido) y los casos en los cuales la autoridad se sitúa en situación de competencia vinculada (*compétence liée*).

Además, la ley del 20 de enero de 2017 reforzó dos controles: el del Parlamento y el del Gobierno sobre esas autoridades. Así, cada autoridad independiente, sea administrativa o pública, tiene que preparar cada año,

<sup>22</sup> Se puede ver y leer la famosa decisión del Consejo Constitucional N° 86-224 DC (1987).

<sup>23</sup> CE, ass., 16 févr. 2009, *Société Atom*.

<sup>24</sup> CE, 29 mai 2009, N° 310356, *Société Laboratoires Mayoli Spindler*.

antes del 1 de junio, un informe sobre su actividad para dar cuenta del ejercicio de sus misiones y de sus recursos, informe a destinación del Parlamento, pero también del gobierno. De tal modo que, para concluir, podemos observar que las leyes de enero del 2017, si bien no aportan ningún cambio fundamental, se inscriben en la vía de lograr una clarificación de la noción y del estatus de las autoridades administrativas independientes. Así, reconocen expresamente la calidad de autoridades administrativas independientes o de autoridades públicas independientes a 26 autoridades, de tal manera que pareciera que dicha lista tiene carácter limitativo y que, de aquí en adelante, el criterio único de identificación se fundamenta en la cualificación expresa por el legislador. A partir de esta fecha, esos dos tipos de autoridades administrativas se pueden definir como aquellas autoridades a las cuales se les aplica el estatus general previsto por la ley orgánica y la ley ordinaria, todas de 2017. Exceptuando las imperfecciones que hemos identificado, tienen el mérito de enmarcar fuertemente para el futuro la creación de nuevas autoridades administrativas independientes, de someterlas a reglas estatutarias que, sin ser idénticas, podrán ser similares y de progresar en el esfuerzo de identificación de lo que sigue siendo, en parte, un objeto original del modelo administrativo francés.

### Bibliografía citada

- CE (2009). *Société Atom*. Disponible en: [https://www.fallaitpasfairedudroit.fr/images/files/Droit%20administratif/21%20-%20REP/Controle\\_Sanctions\\_administratives\\_-\\_CE\\_-\\_13112013\\_-\\_Dahan.pdf](https://www.fallaitpasfairedudroit.fr/images/files/Droit%20administratif/21%20-%20REP/Controle_Sanctions_administratives_-_CE_-_13112013_-_Dahan.pdf)
- CONSEIL D'ÉTAT (2001). *Rapport public 2001. Les autorités administratives indépendantes, Études et Documents N° 52*. Disponible en: <http://www.conseil-tat.fr/content/download/368/1132/version/1/file/rapport-public2001.pdf>
- CONSEIL D'ÉTAT (2009). *Société Laboratoires Mayoli Spindler*. Disponible en: [http://www.monod-colin-stoclet.com/sites/default/files/pdf/lettre\\_droit\\_pharma\\_octobre\\_2009.pdf](http://www.monod-colin-stoclet.com/sites/default/files/pdf/lettre_droit_pharma_octobre_2009.pdf)
- CONSEJO CONSTITUCIONAL (1987). *Loi transférant à la jurisdiction, judiciaire le contentieux des decisions du Conseil de la concurrence*. Disponible en: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1987/86224DC.htm>
- DOSIÈRE, René et VANNESTE, Christian (2010). *Les autorités administratives indépendantes: pour une indépendance sus la garantie du Parlement*. Disponible en: <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2925-ti.asp>
- GÉLARD, Patrice (2006). *Les autorités administratives indépendantes: évaluation d'un objet juridique non identifié*. Disponible en: <https://www.senat.fr/notice-rapport/2005/r05-404-2-notice.html>
- SÉNAT (2015). *Un État dans l'État: canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler, Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes*. Disponible en: <http://www.senat.fr/rap/r15-126-1/r15-126-18.html>

### Normativa citada

- Ley N° 78-17, Relativa a la informática, a los ficheros y a las libertades. Publicado 6 enero 1978.
- Ley N° 2003-706, de Seguridad Financiera que fusiona el Consejo de los mercados financieros, la Comisión de las Operaciones de Bolsa y el Consejo de disciplina de la gestión financiera. Publicado 1 agosto 2003.

- Ley N° 2004-810, relativa al Seguro Médico. Publicado 13 agosto 2004.
- Ley N° 2006-405, relativa a la lucha contra el dopaje y a la protección de la salud de los deportistas. Publicado 5 abril 2006.
- Ley Constitucional N° 2008-724, de modernización de las Instituciones de la Quinta República. Publicado 23 julio 2008.
- Ley N° 2009-669, sobre difusión y protección de la creación en Internet. Publicado 12 junio 2009.
- Ley N° 2009-1503, relativa a la organización y a la regulación de los Transportes Ferroviarios y comportando diversas disposiciones relativas a los transportes. Publicado 8 diciembre 2009.
- Ley Orgánica N° 2011-333, relativa el Defensor de los derechos. Publicado 29 marzo 2011.
- Ley N° 2015-990 para el crecimiento, la actividad y la igualdad de oportunidades económicas. Publicado 6 de agosto 2015.
- Ley Orgánica N° 2017-54, relativa a las Autoridades Administrativas Independientes y a las Autoridades Públicas Independientes. Publicado 20 enero 2017.
- Ley N° 2017-55, sobre el Estatuto General de las Autoridades Administrativas Independientes y de las Autoridades Públicas Independientes. Publicado 20 enero 2017.

### Jurisprudencia citada

- Consejo Constitucional Francés: *Décision N° 88-248 DC del 17 de enero de 1989.*
- Consejo Constitucional: *Décision N° 2000-433 DC del 27 de julio de 2000, considérant 50.*

# Reflexiones sobre la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado\*

## Reflections on the distinction between Public Law and Private Law

Eberhard Schmidt-Assmann\*\*

El artículo delinea el marco conceptual de la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, para después abordar algunos problemas actuales concernientes a la utilización del Derecho Privado por parte de las administraciones públicas.

**Palabras clave:** Derecho Público; Derecho Privado; Libertad en derecho privado; Dualismo; Actividad Administrativa.

The article outlines the conceptual framework of the distinction between Public Law and Private Law, then addressing some current issues regarding the use of Private Law by public administrations.

**Keywords:** Public Law; Private Law; Freedom in private law; dualism; administrative activity.

RESUMEN / ABSTRACT

\* Publicado previamente en: *Diritto Amministrativo*, año XXV, Fasc. 4 (Milán, Giuffrè Editore) 2017, pp. 625-636. Traducción del italiano bajo el cuidado del prof. Alejandro Vergara Blanco.

\*\* El prof. EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN (Celle, Alemania, 1938) es profesor emérito de Derecho público en la Universidad de Heidelberg, Alemania. Licenciado en Derecho y Filología clásica en las Universidades de Göttingen y de Ginebra y Doctor en Derecho por la Universidad de Göttingen y Doctor *Honoris Causa* por la Universidad de Atenas (Grecia); por la Universidad de Huelva (España) y por la Universidad *La Sapienza*, Roma (Italia). Miembro de la Academia de Berlín-Brandenburg de Ciencias y Humanidades. Entre su extensa obra, cabe destacar especialmente con motivo del presente trabajo traducido, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee* (Springer, 1998), traducido en España como *La teoría general del Derecho administrativo como sistema* (INAP-Marcial Pons, 2003) por Javier Barnes y otros, en la que, siguiendo la presentación de la obra al español "se ocupa de la ciencia del Derecho administrativo en los albores del siglo XXI" (p. XVIII).

Recibido el 10 de diciembre de 2018 y aceptado el 11 de abril de 2019.

[“*Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem.*”<sup>\*\*\*</sup>]

## Introducción

Con esta distinción entre los dos regímenes jurídicos, formulada al inicio del *Corpus Iuris* (Inst. 1, 1, 4 y D. 1, 1, 2), el pensamiento romano ha impreso una huella irreplicable en los sistemas jurídicos de los pueblos<sup>1</sup>. El dualismo de Derecho Público y Privado ha ejercido una fuerza determinante sobre todo el globo: caracteriza las grandes codificaciones del Derecho Civil y del procedimiento administrativo; influencia los sistemas de justicia de muchos Estados que, junto a los jueces ordinarios, han instituido jueces administrativos; se manifiesta aun hoy en las articulaciones disciplinarias de las facultades de jurisprudencia y en las creaciones de cátedras y de estudios de investigación.

Ciertamente, los textos clásicos no se referían a una separación categórica. Los romanos no entendieron con esto poner en discusión la unidad de su ordenamiento jurídico<sup>2</sup> y tampoco nosotros pensamos en esto. Todavía, tanto hoy como entonces, tiene sentido distinguir los dos segmentos del ordenamiento jurídico. A continuación, me gustaría ante todo delinear el marco conceptual de esta distinción (I y II), para después afrontar algunas cuestiones actuales referentes a la relación de la administración con el Derecho privado (III-IV).

### I. [Marco conceptual de la distinción, 1]

#### 1. La *res pública*

El concepto de *statum rei Romanae* se equipara a *res publica*. Es el Derecho Público quien se ocupa de esta<sup>3</sup>. La *res publica* se presenta ante nosotros en una doble forma: representa, en primer lugar, un fin conectado al bien común y, en segundo lugar, una específica *organización del poder*. Por ende, ella necesita de acciones promocionales pero también de límites. Se puede hablar de una “doble tarea”: por una parte, hacer eficaz el poder estatal y, por otra,

<sup>\*\*\*</sup> *Corpus Iuris Civilis*, texto y traducción publicados por O. Behrends, R. Knütel, B. Kupisch, y h. h. Seiler, Vol. 2, 1995: *Digesten*, 1, 1, 2; *Institutionen*, 1.1.4. [Trad.: “Es derecho público el que se refiere al estado de la cosa romana; privado el que pertenece a la utilidad de cada cual”].

<sup>1</sup> En cuanto a los diversos matices de significado del concepto *ius publicum*, desde el fin de la República, y a la evolución y difusión del mismo durante el periodo imperial, cfr. WIEACKER 1998, 29 I 2. En cuanto al significado actual de la distinción en el Derecho alemán cfr. BURGI 2006 en HOFFMANN-RIEM W. / SCHMIDT-ABMANN E. / VOBKUHLE A. (editores); en el Derecho italiano CERULLI IRELLI 2011, 1 y ss.; CLARICH 2017, 46 y ss.; desde un punto de vista comparativo NAPOLITANO 2003, 1 y ss.

<sup>2</sup> En tal sentido KASER 1995, 175: “Los romanos no consideraron sacrificar la unidad del ordenamiento jurídico, contraponiendo el Derecho privado al Derecho común”.

<sup>3</sup> Al respecto, véase ZOLLER 2008, 3: “El concepto de *res publica* es la *raison d’être* del Derecho público”.

disciplinar puntualmente el ejercicio. En el Derecho Público y especialmente en el administrativo, se trata exactamente de esto.

El poder estatal es un poder donde se deposita confianza<sup>4</sup>, por lo que en el estado constitucional tiene valor en consecuencia el principio de la *asimetría entre la libertad y la atribución (Kompetenza)*<sup>5</sup>. Mientras el ciudadano actúa en el ejercicio de sus libertades elementales, el Estado actúa, en cambio, en el ejercicio de sus atribuciones legales. Esta evidente asimetría no está limitada al Estado nacional, pero se puede observar también cuando organizaciones internacionales ejercen un poder público ("*public authority*")<sup>6</sup>. En una determinada fase de su desarrollo, el Derecho Público ha resultado estrechamente conectarlo con la idea de Estado nacional<sup>7</sup>. Esto no se encuentra todavía circunscrito a los estados nacionales, pero cumple un rol específico cuando se trata de disciplinar jurídicamente un poder soberano.

Las autoridades públicas no tienen ninguna libertad, pero sí tienen atribuciones, las que le son asignadas por el Derecho (constituciones, leyes, tratados internacionales). Las atribuciones tienen una doble naturaleza: autorizan a actuar unilateralmente, a decidir según el principio de mayoría y eventualmente a imponer las decisiones con medios coercitivos. Sin embargo, las atribuciones pueden ser ejercitadas solo dentro de su propio marco jurídico y deben ser justificadas, desde el punto de vista finalista, en relación a la prosecución del bien común. La elaboración jurídica de este último constituye el núcleo fundante del Derecho Público.

## 2. ¿Es muy distinto el Derecho Privado!

El eje del Derecho Privado está constituido por elecciones libres de sujetos jurídicos en posición de igualdad. A estos se les debe asegurar un marco jurídico de confianza. El contenido de estas relaciones, a su vez, queda confiada fundamental a la autonomía privada. En contraposición a la doble naturaleza de las atribuciones, la libertad posee una naturaleza simple. Los individuos mismos regulan sus propios intereses y los expresan autónomamente. Ellos no deben motivar sus conductas, ciertamente no pueden producir unilateralmente efectos jurídicos, sino solo consensualmente. Como regla, no son necesarias especiales autorizaciones o garantías procesales, como aquellas que pertenecen a los estándares del Derecho público. El Derecho privado delinea límites externos. En esto reside su especial flexibilidad y ubicuidad.

<sup>4</sup> Al respecto, véase la Decisión de la Corte Federal Constitucional Alemana 128, 222, 244 y ss.

<sup>5</sup> Al respecto, véase SCHMIDT-ASSMANN 2004, 16 y ss. y 284 y ss.

<sup>6</sup> Al respecto, véase VON BOGDANDY A. / WOLFRUM R. / VON BERNSDORF J. / DANN P. / GOLDMANN M. (editores) 2010, 659 y ss.

<sup>7</sup> CASSESE 2010, 41; ZOLLER 2008, 25 y ss. (Comparación de los desarrollos en Francia, Alemania, Inglaterra y en los Estados Unidos).

## II. [Marco conceptual de la distinción, 2]

En los ordenamientos constitucionales que distinguen entre la libertad civil y vínculo estatal y que se fundan sobre la necesaria legitimación de cada acción estatal, es normal expresar las distintas tipologías de intereses con dos distintos regímenes jurídicos. El dualismo no representa, sin embargo, un *a priori*. Como *concepto* esto resulta *plausible*, porque intenta recoger en dos modelos de regulación –que son a sabiendas y sistemáticamente estructurados de distinto modo– las cuestiones relativas a la legitimación y al bien común que se plantean la sociedad y el Estado. Respecto del ejercicio del poder estatal, no podemos estar satisfechos con que el Derecho ponga solo algunos límites extrínsecos. La necesidad de motivación conduce sobre todo a utilizar estructuras jurídicas específicas que alcanzan el ámbito interno del proceso decisonal mucho más en profundidad que en el caso del Derecho Privado, en que existe una especie de “marco” en el ámbito del cual la actividad privada se desarrolla libremente.

El dualismo no se pone en duda por el hecho que hoy Estado y sociedad, administración y economía, cooperan en modos multiformes. Al contrario: si el “*Estado cooperativo*” no debe traducirse en un desorden general y no se debe empañar la responsabilidad democrática de los órganos estatales, entonces es necesaria una clara diferenciación de las distintas racionalidades de acción de los socios que colaboran. Los organismos estatales no pueden deshacerse de sus vínculos, poniéndose al mismo nivel de los privados. Estos quedan sometidos a las prescripciones constitucionales aun cuando utilizan formas contractuales. La forma puede también ser la del Derecho Privado,, sin embargo, el vínculo permanece. Esta conclusión se puede formular en modo más claro en un contexto de dualismo conceptual que en uno de monismo.

La referencia al monismo de los países del *common law* no constituye en cada caso un argumento *contra* el dualismo. Está fuera de discusión que, indistintamente de cuánto sugieren el Derecho romano y las tradiciones continentales, un orden jurídico puede ser construido en forma monista. Sin embargo, si se observa atentamente, se comprende que incluso en los contextos monistas se debe poner atención a la distinción entre libertad y atribución. Esto constituye un legado hereditario del estado constitucional del Atlántico<sup>8</sup>. Cito a este propósito la Corte Suprema de los Estados Unidos en la decisión *Lebron v. Amtrak*: “It surely cannot be that government, state or federal, is able to evade the most solemn obligations imposed in the Constitution by simply resorting to the corporate form”<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Al respecto, ZOLLER 2008, 1: “Independientemente de su diversidad, todos los sistemas jurídicos toman en cuenta, en un modo u otro, la necesaria distinción entre el Derecho público y privado”. Cfr. también LOUGHLIN 2003 (con una insistente defensa de la autonomía del Derecho público).

<sup>9</sup> 513 U.S. 374, 397 (1995) *National Lebron v. Railroad Passenger Corporation (Amtrak)*. [Trad.: Si se trata de un gobierno, estatal o federal, se pueden evadir las obligaciones más solemnes consagradas en la Constitución simplemente recurriendo simplemente a formas corporativas.]

Con palabras casi idénticas se ha expresado la Corte constitucional federal alemana en la decisión Fraport<sup>10</sup>.

Han transcurrido ampliamente los tiempos en los cuales la acción estatal podía ser gestionada jurídicamente con pocas “prerrogativas” y en cuanto al resto recurriendo al *common law*. También, en los Países de Derecho anglo-americano existe hoy un Derecho Administrativo que –sin perjuicio del sistema jurisdiccional monista– refleja unos especiales vínculos y las especiales atribuciones del Government<sup>11</sup>. Las preguntas que en la sistemática continental representan las preguntas centrales del Derecho Público, allá son tratadas como áreas problemáticas singulares y como temas específicos del ordenamiento monista. En este sentido, la diferencia entre *civil law* y *common law* no tiene que ser entonces exagerada<sup>12</sup>. La concepción dualista, seguida en la mayor parte de los Estados europeos, facilita la reflexión sistemática, porque ofrece a todas las reglas particulares relativas a la acción estatal un marco conceptual unitario y un único punto de referencia con la orientación a la *res publica*.

### III. [Cuestiones actuales referentes a la relación de la administración con el Derecho privado, 1]

El dualismo continental debe recurrir también naturalmente a otras diferenciaciones. Esto es de inmediata evidencia cuando se deben ordenar las variadas formas de acción y de organización de la administración en el campo en el cual se coordinan el Derecho Público y aquello que es privado<sup>13</sup>. Aquí entran en juego los puntos de vista de la práctica administrativa que tienen su legitimidad en un Derecho Administrativo orientado a la práctica, sin que se ponga en duda la diferencia entre libertad y atribución.

El punto de partida es claro: cuando la administración dispone unilateralmente, es decir, desea actuar ejerciendo su imperio, lo puede hacer solo utilizando el Derecho Público. Para este fin ésta tiene a disposición los instrumentos del acto administrativo y de la coacción administrativa, así como las posibilidades ofrecidas de la estandarización administrativa (regulaciones, estatutos, prescripciones administrativas). En el Derecho de la organización también las instituciones y los entes de Derecho público deben asegurar un proceso decisorial democrático. Estas formas de acción constituyen el corazón del Derecho Administrativo cuya relevancia y efectividad es demostrada diariamente por cientos de millones de decisiones (tasaciones fiscales, decisiones sobre demandas de pensión, autorizaciones de edificación y comerciales, reconocimiento de requerimientos de asilo, disposiciones de policía y de

<sup>10</sup> Decisión de la Corte Federal Constitucional Alemana 128, 226 (245).

<sup>11</sup> Cfr. D’ALBERTI 1992.

<sup>12</sup> Igualmente DELLA CANANEA 2005, 96 y ss.

<sup>13</sup> Cfr. DE PRETIS 2014, 77 y ss.

las autoridades de regulación), en las cuales se desarrolla la actividad administrativa de Derecho Público.

La administración no se encuentra limitada a recurrir al poder de imperio: ésta debe planificar, confrontarse, incentivar la actividad privada y reaccionar ante nuevas situaciones; coopera con los privados y participa en empresas privadas<sup>14</sup>. La tarea de promover el bien común –la *res publica*– presenta muchas facetas<sup>15</sup>. El Derecho Público no ofrece instrumentos adecuados para todas las tipologías de actividad. Para evitar condenar a la administración a permanecer inactiva o confinarla en la zona gris de la acción informal, se le debe permitir utilizar los instrumentos del Derecho Privado.

La mayor parte de los ordenamientos jurídicos lo permiten en un modo más o menos amplio, a veces contra su voluntad<sup>16</sup>. Sobre la administración organizada y operante según los módulos del Derecho Público, hay sectores en los cuales la administración utiliza las formas del Derecho Privado. En Alemania se trata de sectores importantes, incluyendo también la ley de contratación. En Italia tales ámbitos son más limitados, sin embargo, también en ese país la administración tiene la facultad de sacar provecho del Derecho Privado.

Frecuentemente la alternativa entre régimen público o privado es reconducida a una “libertad de elección” de la administración. Esto puede generar algún malentendido: en un Estado constitucional la administración no goza de alguna libertad “civil”, se requiere elegir los instrumentos más adecuados sobre la base de un juicio ponderado de naturaleza discrecional<sup>17</sup>. Consecuentemente, la administración no está legitimada a “refugiarse” en el Derecho Privado con el objetivo de eludir disposiciones imperativas de carácter público.

Sí deberíamos, sin embargo, ser cautos en condenar el uso del Derecho Privado como si fuese algo patológico. El uso del Derecho privado *puede* involucrar consecuencias peligrosas para el Estado de Derecho. Sin embargo, también el uso de las formas del Derecho Público puede involucrar análogas consecuencias. La tarea del Derecho Administrativo es individuar las situaciones de peligro que se configuran en algunas ocasiones, de analizarlas y de desarrollar medidas capaces de contrarrestarlas. En sustancia esto significa: un Derecho administrativo moderno no puede ser limitado al Derecho Público. Se trata del “Derecho de la administración” en sentido amplio, que incluye también el Derecho Privado en el cual se avala la administración<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Ha sido siempre así y esto no es una consecuencia de las privatizaciones de los últimos decenios. Las recientes privatizaciones han sin embargo contribuido a aumentar la intensidad de la cooperación. Claro en tal sentido MOLITERNI 2016, 50 y ss.

<sup>15</sup> Cfr. CERULLI IRELLI 2011, 87 y ss.; D'ALBERTI 2013, 163 y ss..

<sup>16</sup> Resulta evidente en tal sentido la relación sobre Italia de MATTARELLA, 38 y ss.

<sup>17</sup> Las personas jurídicas de Derecho Público (el Estado y sus articulaciones: Estados federales, Regiones, Comunas) no son, en principio, titulares de Derechos fundamentales; a tal propósito, renombrando a la Convención europea sobre los Derechos del hombre. RÖBEN 2013.

<sup>18</sup> BURGI 2006 dice: “El Derecho público y el Derecho privado son regímenes de Derecho de los que se nutre el Derecho de la administración”: a una conclusión análoga llega CERULLI IRELLI 2011,

Quienes definen el Derecho Administrativo de modo tradicional solamente como un Derecho imperativo y lo consideran expresión de la soberanía del Estado, temerán probablemente una pérdida de identidad o aún una capitulación del “buen Derecho Administrativo”. No atribuyo valor alguno a estas previsiones de posibles pérdidas o capitulaciones. En el desarrollo del Derecho Administrativo no debemos consentir la antigua mitología: no estamos pasando de la edad de oro a la edad del hierro. ¡Al contrario! Hoy estamos mucho más atentos y más equipados, respecto a las épocas precedentes, para afrontar nuevos retos. No le doy importancia a estos escenarios de disminución que conducen, bajo un perfil didáctico, hacia una dirección errada. ¿Qué estudiante podrá interesarse por una materia la cual los expertos afirman que está en riesgo de decadencia? Tenemos la tarea de motivar positivamente a nuestros estudiantes. El Derecho Administrativo (a diferencia de otros grupos de *lobby*) no tiene el apoyo de fuerzas políticas influyentes. Sin embargo, si queremos contribuir a la reforma del Estado y de la administración, debemos hacerlo formando estudiantes motivados, que estén convencidos de la relevancia de la materia y logren transportar tal convicción a su futura actividad profesional.

#### IV. [Cuestiones actuales referentes a la relación de la administración con el Derecho Privado, 2]

Aun subsistiendo buenos motivos para consentir a la administración, la utilización, aunque limitada, del Derecho Privado debe, sin embargo, garantizarse que sean respetados los estándares elementales de una administración democrática en un Estado de Derecho. Se trata de un difícil ejercicio de equilibrio que no puede llevar a la usurpación de libertades fundamentales por parte de la administración. Tal proceso no puede, sin embargo, igualmente conducir a una completa distorsión del Derecho Privado por obra de vínculos de carácter público; esto reduciría la flexibilidad tan deseada. En casos dudosos, los vínculos públicos deben prevalecer, en cuanto a la utilización del Derecho Privado por parte de la administración representa solamente una técnica de reglamentación que va interpretada en modo estructural, no sustancial.

Para la realización práctica de estas tareas pueden ser propuestas una pluralidad de construcciones. Resulta obligado discutir en tal sede, al menos, tres de éstas:

1. Se puede anteponer a la utilización del Derecho Privado una proporción de Derecho público. Tal construcción encuentra su fundamento en la teoría de los “actes détachables” [actos separables] o “dei due livelli” [de dos niveles]<sup>19</sup>. Las preguntas más importantes, en lo concerniente al perfeccionamiento de la relación jurídica, se resuelven en el primer nivel en el sen-

239 y ss.. En el sentido contrario evidenciando la autonomía del Derecho administrativo respecto al Derecho privado CLARICH 2017, 47 y ss..

<sup>19</sup> En cuanto a la Italia CERULLI IRELLI 2011, 116.; en cuanto a Alemania SCHMIDT-ASSMANN 2004, 290 y ss.

tido del Derecho Público. Las preguntas más técnicas en relación a la ejecución pueden luego ser resueltas en el segundo nivel con los instrumentos del Derecho Privado. En tal sentido, en estas materias viene asegurada la influencia de los jueces administrativos, de los que se espera un conocimiento en el sector del Derecho Público. Por otra parte, supone una circunstancia negativa que una acción jurídica unitaria sea impedida, circunstancia que puede levantar consecuentes dificultades de delimitación de los respectivos niveles.

2. Tales dificultades son evitadas por una segunda construcción, que en Alemania se ha denominado “Derecho privado de la administración” (*Verwaltungsprivatrecht*)<sup>20</sup>. La acción jurídica queda sujeta en su totalidad al Derecho privado y recae en la jurisdicción de los jueces civiles, considerados competentes y dotados de la necesaria experiencia para asegurar también el respeto de las particulares exigencias de tutela requeridas por el Derecho Público (principio de equivalencia de las vías jurisdiccionales)<sup>21</sup>. Estas exigencias de tutela son permitidas, por un lado, por la aplicación en vía analógica de la ley de procedimiento administrativo: imparcialidad, corrección procesal y transparencia, los que son válidos también cuando la administración se ampara en el Derecho Privado. Lo mismo pasa con las restricciones relativas a los Derechos fundamentales y a las obligaciones de paridad de tratamiento, de proporcionalidad y de tutela la legítima confianza. La aplicación analógica deja naturalmente espacio a las necesarias exigencias de diferenciación. Los vínculos son particularmente rígidos en los casos en los cuales el Derecho Privado sea utilizado para realizar tareas de carácter público como, por ejemplo, la política territorial comunal, la compraventa de terrenos edificables y la concesión de subvenciones. En la hipótesis en la cual la administración sea uno de los tantos concurrentes sobre el mercado, los vínculos no son así de rígidos. En ningún caso la administración goza de una plena libertad contractual. Para el resto el “Derecho privado administrativo” representa un proyecto dogmático en vía de desarrollo que debe ser utilizado de un modo conscientemente flexible.

3. Una cuestión aparte muy complicada, sería la relativa al uso de formas organizadas de naturaleza privada, por ejemplo, en los casos en que la administración gestione las propias actividades constituyendo o participando en una sociedad por acciones. En estos casos se trata principalmente de garantizar la influencia decisional de la institución legitimada democráticamente. A tal propósito las típicas formas jurídicas de ley de la empresa privada y de la empresa no son propiamente adecuadas. El instrumento con el cual la administración viene inducida a respetar, también en tales ocasiones, las particularidades del Derecho público, es expresado en alemán con *Einwirkungspflicht* [obligación de influencia o de dirección]<sup>22</sup>. Si la administración quiere sacar

<sup>20</sup> SCHMIDT-ASSMANN 2004, 291 y ss.

<sup>21</sup> Sobre la concurrencia de los jueces civiles y administrativos cfr. SCHMIDT-ASSMANN et al. 2016, 711-769.

<sup>22</sup> Al respecto, H-H. TRUTE, 75 y ss.

provecho de las formas administrativas del Derecho Privado, debe garantizarse que las decisiones de los órganos de las empresas sirvan a la *res publica* y que pueden ser controladas por los representantes de la misma *res publica*. Para este fin, la administración –si quiere emprender una *joint-venture* o una colaboración público-privada– requerirá la atribución de los derechos necesarios en los contratos sociales. Esto resulta más fácil en las sociedades de responsabilidad limitada que en las sociedades por acciones. Sin embargo, ni siquiera las sociedades por acciones son inmunes a tal obligación de influencia impuesto por la constitución. En el Derecho privado de la empresa, como en el Derecho privado contractual, se pueden implementar elementos fundamentales que aseguren la tutela de exigencias públicas. No se puede depositar mucha confianza en el legislador y en sus intentos de crear formas especiales de Derecho de sociedades. Es oportuno, más bien, confiar en lo dogmático, en la acción sinérgica de la jurisprudencia y de la ciencia jurídica la tarea de desarrollar tales formas.

## V. Quien bien distingue, bien juzga

¡Volvemos una vez más al texto del Corpus Iuris! La frase citada al inicio de este escrito sobre la distinción entre las dos ramas del Derecho es precedida por otra frase anticipada. Esta dice (D.1,1,2): “*Huius studii duae sunt positiones*” [Dos son los aspectos de este estudio].

El contexto ayuda a aclarar que la distinción entre los dos sectores del Derecho ha sido pensada principalmente por los estudios jurídicos, de los cuales se habla también al inicio del primer libro del Digesto<sup>23</sup>. La distinción entre Derecho Público y Derecho Privado tiene, por lo tanto, una naturaleza sistemática y es el fruto de una reflexión teórica, no privada de importancia que representa una pregunta central para la comprensión del ordenamiento jurídico<sup>24</sup>.

“*Bene iudicat qui distinguit*” [quien bien distingue, bien juzga]. Las libertades de los ciudadanos y las atribuciones de los sujetos titulares de poder soberano tienen cada uno la propia disciplina jurídica. Ambos regímenes jurídicos del Derecho Público y del Derecho Privado reflejan sustancialmente tales principios. Su distinción no está obsoleta: era y es tarea de la dogmática del Derecho Administrativo moldearla y adecuarla a los nuevos desafíos<sup>25</sup>. Lo dogmático representa el foro de la reflexión sugerida por el Digesto y puede presumir de una larga y consolidada tradición en los ordenamientos continentales, como resultado de la actividad conjunta de la práctica y de la ciencia jurídica. También hoy esto amerita de nuestra confianza así como de nuestra creatividad; su tarea es poner siempre en equilibrio la componente

<sup>23</sup> CALZANTE E. ZOLLER 2008, 263: “En otros términos, en un origen la distinción entre Derecho público y privado era significativa solo a fines de estudio del Derecho”.

<sup>24</sup> RADBRUCH 1956, 228 menciona: “El carácter de un ordenamiento jurídico se revela en modo significativo como un Derecho público y el Derecho privado se colocan uno respecto al otro”.

<sup>25</sup> SCHMIDT-ASSMANN 2013; en tal punto de vista las opiniones de DE LUCIA et al. 2015.

estática y aquella dinámica del Derecho. Esto vale también para la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado. Su utilización es concreta y flexible y conoce, como se ha demostrado por el Derecho Privado de la administración, formas intermedias. Las coordenadas fundamentales resultan, aun hoy, firmes: *"Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem"* [Es derecho público el que se refiere al estado de la cosa romana; privado el que pertenece a la utilidad de cada cual].

### Bibliografía citada

- BURGI, M. (2006). Rechtsregime. HOFFMANN-RIEM, W., SCHMIDT-ABMANN, E., VOBKUHLE, A. [eds.], *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Vol. 1, 2ª edición, 1 y ss;
- CASSESE, S. (2010). Die Entfaltung des Verwaltungsstabes in Europa. Von Bogdandy A., Cassese S., Huber, P.M. [eds.], *Ius Publicum Europaeum-IPE-*, Vol. 3, pp. 1-68.
- CASSESE, Sabino (2015). Un nuevo curso del diritto amministrativo?. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, N° 1, pp. 25-27.
- CERULLI IRELLI V. (2011). *Amministrazione Pubblica e diritto privato*. Torino: G. Giappichelli Editore, 288 pp.
- CLARICH, M. (2017). *Manuale di diritto amministrativo*. Il Mulino, 521 pp.
- DE LUCIA, Luca (2015). Il diritto amministrativo tedesco e il rinnovamento della dogmatica giuridica. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* N° 1, pp. 1-8.
- DE PRETIS, Daria (2015). Una dogmatica "riformata" del diritto amministrativo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* N° 1, pp. 9-16.
- DE PRETIS, D. (2014). Die Entfaltung des Verwaltungsstabes in Europa. Von Bogdandy A., Cassese S., P.M. Huber [eds.], *Hanbuch Publicum Europaeum. IPE*, pp. 77 y ss.
- DELLA CANANEA, G. (2005). Public Law Disputes in a unified Europe. *Italian Journal of Public Law*, Vol.7, N° 1, pp. 96 y ss.
- KASER, Max (1955). *Das römische Privatrecht*. C.H. Beck, 651 pp.
- LOUGHLIN, Martin (2003). *The Idea of Public Law*. Oxford, University, 188 pp.
- MERUSI, Fabio (2015). Divagazioni su di una pretesa nuova dogmatica nel diritto amministrativo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, N° 1, pp. 17-23.
- MOLITERNI, A. (2016). *Amministrazione consensuale e diritto privato*. Napoli: Jovene Editore, 487 pp.
- NAPOLITANO, Giulio (2003). *Pubblico e Privato nel Diritto Amministrativo*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 262 pp.
- B.G. Mattarella (2015). Die Entfaltung des Verwaltungsstabes in Europa. Von Bogdandy A., Cassese S., P.M. Huber [eds.], *Hanbuch Publicum Europaeum (nota N° 8)*, IPE Bd. 3, 45 N° 38 y ss.
- RADBRUCH, Gustav (1956). *Rechtsphilosophie*. Alemania: Stuttgart, 5ª edición, 391 pp.
- RÖBEN, V. (2013). *Kapitel 5: Grundrechtsberechtigte und -verpflichtete, Grundrechtsgeltung*. Dorr O., Grote R., T. Marauhn [eds.], EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2ª ed., vol. 1 cap. 5, N° 48 y 59, pp. 253-286.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2004). *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*. Alemania: Springer, 2ª Edición, 470 pp.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2013). *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*. Tübingen: Mohr Siebeck, 192 pp.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, DE LUCIA, Luca, ROMANO, Maria Chiara (2016). *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*. Diritto Processuale Amministrativo, N° 3, pp. 711-769.
- H-H. Trute, en Rechtsregime. HOFFMANN-RIEM, W., SCHMIDT-ABMANN, E., VOBKUHLE, A. [eds.], *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Vol. 1, 2ª edición (nota al pie N° 2) 6 N° 75 y ss.
- VON BOGDANDY, Armin, WOLFRUM, Rüdiger, VON BERNSDORF, Jochen, DANN, Philipp, GOLDMANN, Matthias [eds.] (2010). *The Exercise of Public Authority by International Institutions*. Heidelberg: Springer, 1008 pp.

WIEACKER, Franz (2006). *Römische Rechtsgeschichte*. München: Beck, 474 pp.  
ZÖLLER, Elisabeth (2008). *Introduction to Public Law: A comparative Study*. United States of America: Martinus Nijhoff Publishers, 290 pp.

### **Normas citadas**

Constitución Federal Alemana (Grundgesetz die Bundesrepublik Deutschland), 1949.

### **Jurisprudencia citada**

Decisión de la Corte Federal Constitucional Alemana 128, 226, pp. 244 y ss.



## Alcaraz, Hubert y Vergara Blanco, Alejandro

*Itinerario Latinoamericano del Derecho Público Francés: Homenaje al profesor Franck Moderne* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2019) 626 páginas.

El libro que a continuación se reseña, centra su idea en hacer un homenaje póstumo al profesor Franck Moderne, haciendo un análisis de su influencia en el derecho público comparado, y en particular en el derecho latinoamericano. La publicación es co-dirigida por Hubert Alcaraz y Alejandro Vergara Blanco.

El libro está estructurado en torno a un tema central, consistente en los *Escritos en homenaje a Franck Moderne*, y a partir de ahí, se organizan las distintas colaboraciones en los siguientes capítulos: *La figura de Franck Moderne; Derecho constitucional y garantías; Principios jurídicos y fuentes del Derecho Público; Contratación administrativa y servicios públicos; Responsabilidad administrativa* y, por último, el *Contencioso administrativo*. En éstos, podemos ver que el homenaje en sí consiste en profundizar distintas temáticas ya abordadas en mayor o menor medida por el profesor Moderne, relativas principalmente a Derecho Constitucional y Derecho Administrativo. Además, el texto cuenta con una Introducción, la cual se enfoca en sus inicios, formación intelectual y desarrollo profesional y académico, dando cuenta tanto de su rico conocimiento como del reconocimiento que obtuvo en diversos países, particularmente de Latinoamérica. Se le da especial importancia al hecho de que no solo explicaba el Derecho Público francés en los distintos países a los que era invitado, sino que también escribía e informaba sobre el Derecho del lugar que visitaba.

En cuanto a los escritos relativos a la *Figura de Franck Moderne*, podemos recalcar que nos permiten conocer no sólo al jurista, sino también a la persona, mediante los relatos de los distintos autores quienes nos exponen sus experiencias con el profesor, así como también alaban

sus aptitudes y métodos para abordar distintas áreas del Derecho Administrativo.

En el segundo apartado, relativo al Derecho Constitucional y Garantías, se desarrollan temas que ya habían sido atendidos, directa o indirectamente, por Moderne, como el *Referéndum Revocatorio* en Venezuela, y respecto al cual se plantea su fracaso como herramienta democrática, al menos en ese país. A su vez, se analizan las relaciones recíprocas entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional, y como ambas ramas del derecho han debido compatibilizarse, a raíz de la proliferación en el último siglo de instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Así, en todos los aportes efectuados por los autores en este capítulo podemos ver la influencia de Franck Moderne, puesto que pese a ser del otro lado del mundo, tenía un profundo conocimiento acerca de la situación social y política en América Latina, lo cual le brindaba total autoridad para referirse con propiedad a ella.

Lo anteriormente señalado lo vemos con claridad en el tercer capítulo, relativo a los Principios jurídicos y fuentes del Derecho Público, y en particular en el texto relativo a *El principio de protección de la confianza legítima ante la doctrina y jurisprudencia chilenas*, en el cual, a modo de conclusión, los autores reconocen que no obstante el tiempo transcurrido, las observaciones del profesor Moderne respecto al principio en cuestión, permanecen vigentes para nuestro sistema y ordenamiento jurídico.

Los últimos tres tópicos, y en particular en los relativos a Contratación Administrativa y Responsabilidad Administrativa, nos demuestran el espíritu visionario que tuvo Moderne al pronunciarse respecto a asuntos muy comentados hoy en día,

como por ejemplo la libertad de comunicación audiovisual, lo que demuestra que siempre estuvo consciente de las necesarias adaptaciones del derecho a las nuevas tecnologías y formas de comunicación. Otro asunto muy contingente que fue abordado por el profesor, y que ratifica lo anterior, fue su pronunciamiento acerca de las obligaciones *in solidum*, ya que es un tema que hasta el día de hoy no está zanjado del todo, en particular respecto al régimen de responsabilidad en litigios contra el Estado.

Desde una perspectiva metodológica, reconocemos en los autores un esfuerzo por abarcar la mayor cantidad de textos dedicados a este profesor, lo cual permite al lector reconocer en Franck Moderne a un personaje de una trascendencia notable en el ámbito del Derecho Público en la mayoría de los países de Latinoamérica. El desarrollo del texto se ha cen-

trado en una recopilación de colaboraciones de autores que quisieron ser parte de este homenaje, y que, a partir del desarrollo de sus respectivos temas, demuestran la influencia y relevancia que ha tenido Franck Moderne en el tratamiento de los mismos, quien hasta el día de hoy sigue siendo una luz que guía el camino de los autores al estudiar y abordar asuntos de Derecho Público y Constitucional.

Como vemos, el libro propone un formato en donde diversos autores colaboraron con un tema en particular, lo cual me parece sumamente útil para su propósito, que es homenajear demostrando la influencia de Franck Moderne en el estudio de esos asuntos en distintos países de Latinoamérica. En mi opinión, el objetivo se cumple, ya que el lector a medida que va leyendo el libro, puede advertir la diversidad de temas abordados por Moderne, su innegable sabiduría en los mismos, y su estrecha conexión con América Latina.

**Maximiliano Andrés Baeza Rauna**

*Abogado e Investigador Programa Derecho  
Administrativo Económico  
Pontificia Universidad Católica de Chile*

**Vergara, Rafael; Quinzio, Cristián y Olivares, Marcelo (editores); Bravo, Jorge (coordinador)**

*Actas de las VII, XIII y XV Jornadas de Derecho de Minería.* Santiago: Thomson Reuters, 2019, 872 pp.

Doy noticia de esta relevante publicación de la disciplina del derecho minero, tomando mis palabras del día de la presentación del libro realizada en Santiago, en el Salón de Honor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, el 3 de septiembre de 2019. El libro reúne las ponencias presentadas en las VII, XIII y XV Jornadas de derecho de minería.

Al presentar esta obra quisiera transmitir dos tipos de consideraciones: primero, sobre el acontecimiento mismo de editar un magnífico libro, que trasluce la celebración previa en los años 2004, 2011 y 2017 de unas magníficas jornadas de derecho de minería; segundo, sobre el contenido de estas actas; y, tercero, sobre el fondo de la materia minera; del significado de esta ordenada colección de sesenta trabajos, y de su íntima conexión con los más actuales problemas que intenta resolver la regulación minera y su conflictividad. Esto es, con el neomoderno Derecho de minería.

### 1. Sobre las jornadas de derecho minero

Este libro es un trasunto, un reflejo, de unas jornadas: las ya tradicionales Jornadas de derecho de minería. Esta casa de estudios ha celebrado en tres oportunidades, en los años 2004, 2011 y 2017. Esas jornadas fueron dignas sucesoras de todas las anteriores celebradas en diversas casas de estudios desde 1998. Quisiera recordar algunos hechos relacionados con estas jornadas de derecho de minería. Ellas nacieron bajo el amparo, conjunto, de dos Universidades; la Universidad de Atacama y la Pontificia Universidad Católica de Chile, en un momento en que a mí mismo me correspondió impulsarlas, con la compañía de algunos excelentes

universitarios. Entonces, en este homenaje que se hace a don Carlos Ruiz Bourgeois, cabe agregar entre sus noblezas su apoyo decidido al inicio de estas jornadas. Inicio que, cabe recordar, fue algo polémico, pues en esa época había varios profesores que estimaban, curiosamente, que estos eventos podían ser dañinos para la industria minera..., pero eso puede ser objeto de otra oportunidad. Lo relevante es que existió el empeño y la compañía suficientes para la realización de aquellas primeras jornadas, y de todas las demás que han seguido.

Fue la misma época en que surgieron otras dos jornadas temáticas en nuestro país, que son "hermanas" en este sentido, las Jornadas de derecho de aguas (que ya llevan XXI ediciones) y las jornadas de derecho de energía (que ya llevan XIX ediciones). A las que se agregaría más tarde las jornadas de derecho administrativo. Yo siempre he estado muy contento de haber puesto mi parte en la organización de todas estas actividades, pues mi esfuerzo ha sido no sólo muy compensado sino infinitamente menor comparado con los beneficios que yo y todos hemos obtenido de estos eventos académicos, los cuales le han cambiado el tono a la discusión jurídica sobre estas ramas especializadas. Y menciono todas estas jornadas por la conexión que todos esos temas (minería, aguas, energía y actividad de la administración) han tenido siempre en el desarrollo de la industria minera, como queda en evidencia al repasar el Índice de estas Actas.

### 2. La edición de las Actas de las Jornadas de Derecho de Minería

De una buena organización de estas jornadas no sólo se obtiene una buena

discusión y análisis académicos durante el día en que se produce, sino que, además, se ha de producir, en lo posible una huella literaria de las mismas. Como resultado de esas tres jornadas, entonces, aparecen ahora estas Actas.

a) *Su forma*. En cuanto a la forma, y aspectos generales de la edición, el libro está editado con mucho cuidado. Es un libro pulcro y bien editado. Es notoria la preocupación de sus editores por el tamaño del libro, por el ancho de la caja, por el tamaño de la letra, de tal manera que cupieran en sus 872 páginas todo el material. Las actas contienen nada menos que sesenta trabajos de diferentes autores expuestos en las tres épocas en que respectivamente se celebraron las Jornadas de derecho de minería: 2004, 2011 y 2017.

b) *Orden y sistematización*. Todas las ponencias están perfectamente clasificadas en unos apartados que más o menos se repiten en los tres casos: 1° La industria minera; 2° El sistema legal minero; 3° Contratación minera; 4° Tributación minera; 5° Planificación territorial; 6° Medio ambiente y comunidades; y, 7° Suministros estratégicos: agua y energía. De un modo muy atinente se han ordenado todas esas 60 ponencias en algunos de estos apartados, articuladores. Su sola lectura, la verdad, da una idea de la actual complejidad e interconexiones de la regulación minera.

c) *El cumplimiento de una obligación natural*. Cabe celebrar el compromiso académico de los editores, y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile con el cumplimiento de una de las promesas más relevantes de estos rituales que llamamos jornadas académicas, como lo es la publicación de sus Actas. Por cierto que ello requiere, previamente, o por su parte, el cumplimiento de sus propias obligaciones por los autores de las ponencias.

Esto es, de modo metafórico, como ver cumplida una obligación más allá de los plazos de prescripción, como una verdadera obligación natural... Pues habían

pasado hartos años desde 2004 (no tanto desde 2011 y 2017) y a veces quienes no llevan a cabo una tarea en su plazo corriente y esperado (en este caso, unos dos o tres años como máximo, después de las jornadas), suelen rendirse y dejarlo por incumplido. Pero esa no ha sido la conducta de los editores de estas Actas, en esta oportunidad, lo que cabe celebrar.

### 3. Sobre el aporte de fondo de estas actas: la doctrina como reflejo de una legislación

Una pregunta que cabe hacerse es, entonces, por el aporte de estas Actas. Puedo decir que aquí, en este libro, en lo que pareciera ser a primera vista un amasijo de diferentes ponencias de diferentes autores, ya no sobre una mismo tema específico, sino sobre diversos temas relacionados con la industria minera, lo que hay es una muestra más de lo que aportan los juristas, desde sus diversas posiciones, a la sociedad democrática.

Si bien, en principio podría parecer que tras algunas de estas ponencias hay un impulso profesional, por mostrar algunos autores sus experiencias ganadas en el ejercicio de la profesión, y aunque ello pareciera desconectado con el producto prototípico de la academia o de la universidad, el resultado es que, ambos tipos de perspectivas (la más academicista o la más profesionalista) en esta área tiene unos resultados muy positivos.

a) *las legislaciones mineras*. La disciplina del derecho de minería se ha alimentado de recordadas legislaciones. Nadie olvida, y ustedes lo recuerdan, el primer código de minería sistemático de nuestra tradición occidental es una vieja *lex dicta romana* del siglo I de nuestra era, La *lex metallis dicta*. La cual, junto con el derrumbe del imperio romano se perdió en medio de las abandonadas faenas mineras, en especial de las provincias romanas. Las que hoy conocemos, como saben, fueron descubiertas en los escom-

bros de una antigua mina romana en la que es hoy la localidad de Aljustrel en Portugal, y son dos tablas de bronce que pueden ser vistas por los visitantes.

También hay otros famosos textos legales posteriores, que tocan con nuestra herencia legal, como son la serie de Ordenanzas que desde el medioevo, y toda la época moderna rigieron las explotación de las minas en nuestro territorio antaño bajo la dominación española, como el caso de las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno; las de Nueva España, y las más específicas de Chile. Son también famosas las ley francesa de 1810, y de gran influencia en nuestra codificación civil y minera del siglo XIX y del XX, hasta llegar a las leyes vigentes, con todas las cuales hay una unidad genética. Todas fueron recibiendo influencias, unas a otras, como en cadena; salvo algunos quiebres regulatorios, por llamarle así, entre los cuales el más próximo es el de la regulación minera chilena de los años 80, que fue una verdadera revolución.

Nadie duda que la legislación, en las sociedades democráticas, es una fuente ineludible del derecho, y su fuerza no cabe negar ni esquivar. Pero lo que ha nutrido científicamente la disciplina es la doctrina de los autores.

*b) Las Actas en la mejor tradición de derecho minero doctrinario.* Pero, ¿qué decir de la doctrina del derecho minero? ¿Existe en nuestro país una doctrina de derecho de minería? ¿Son estas actas una muestra de esa doctrina, en la actualidad? No caben dudas, y quisiera conectar genéticamente este libro, sin exageraciones, simplemente como un eslabón más de esta larga cadena.

Permítanme retroceder nuevamente, y ello guiado por la conexión que los propios autores han señalado siempre.

Pareciera que el primer intento por rescribir un verdadero tratado de derecho minero es del siglo XVI, y corresponde a Georgius Agrícola, el gran humanista de

la modernidad naciente. Agrícola escribió en su *De re metallica*, esa impresionante muestra de técnica minera y de geología, un capítulo completo dedicado al derecho minero (el IV), en proceso de traducción ahora mismo. Pero, ese capítulo y otros de Agrícola alimentaron el primero tratado verdadero de derecho minero de nuestra tradición más directa, del mexicano Francisco Xavier de Gambia, de comienzos del siglo XVIII, el cual está plagado de citas de Agrícola.

Y, ambos alimentaron los dos tratados, algo más modestos pero relevantes, propiamente chilenos, me refiero al *Manual del Minero* de Pedro Cobos, de 1854, que estaba en la biblioteca de Andrés Bello; y la *Exposición de las leyes de Minería* de José Bernardo Lira, en 1870). Estos libros se consideraban herederos de una especie de "jurisprudencia elegante", por usar el término alemán, esto es, libros de doctrina de gran prestancia y profundidad.

Pero, en el siglo XX los textos de derecho minero proliferaron hasta sus últimos años, como los de Julio Ruiz Bourgeois, Armando Uribe Arce, Samuel Lira (quien hoy mismo ha fallecido y recordamos desde este lugar, como profesor y autor de la disciplina). Los únicos hitos paralelos han sido colectivos, como es el caso de la Revista de derecho de minas, editadas durante la década de 1990, y ahora, con mucha dignidad, se les ha unido estas magníficas actas. Espero, que este sea un impulso por intentar recuperar para la disciplina más manuales y tratados, en que se dialogue profundamente sobre todos los temas atinentes, uniéndose a este último eslabón de la cadena debido al esfuerzo y pasión de los editores y a la respuesta de todos los autores que han colaborado. Será ahí en esas sedes, donde continuaremos el diálogo con todos y cada uno de quienes han colaborado en esta obra.

**Alejandro Vergara Blanco**

*Pontificia Universidad Católica de Chile*



# INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

## I. Envío de colaboraciones

### 1. 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. Recoge estudios de doctrina, comentarios de jurisprudencia, sistematizaciones normativas y ensayos, y recensiones o comentarios bibliográficos en las 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.

### 2. 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 siguientes estándares:

- NCh1143.Of1999 Documentación – Referencias bibliográficas – Contenido, forma y estructura; equivalente a norma ISO 690: 1987 (*Information and documentation – Bibliographic references – Content, form and structure*).
- NCh1143/2.Of2003 Información y documentación – Referencias bibliográficas 2: Documentos electrónicos o partes de ellos; equivalente a norma ISO 690-2 (*Information and documentation – Bibliographic references – Part 2: Electronic documents or parts thereof*).

## II. 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.

Los trabajos se enviarán en lengua castellana, en soporte electrónico, escritos en Microsoft Word o en formato compatible, al correo electrónico [redae@uc.cl](mailto:redae@uc.cl) bajo el asunto "Envío de trabajo para ReDAE", e indicando la disciplina del Derecho abordada y el tipo de trabajo, según corresponda a: doctrina, comentario de jurisprudencia, sistematización normativa y ensayo, o bibliografía. Asimismo, debe indicarse si el trabajo presentado tiene contenidos que estén siendo sometidos a otras sedes de edición, como parte de un trabajo más extenso.

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.

### 3. Reglas para la sección Doctrina

- Deberán ser escritos en tamaño carta; su extensión total no deberá ser mayor a ochenta mil caracteres (80.000) con espacios, incluidas notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso; con interlineado sencillo y sin espacios entre párrafos.

- La fuente debe ser Garamond, tamaño 13 para el texto y 10 para las notas a pie, con uso de caja amplia.

- No se deben añadir sangrías, viñetas o adornos innecesarios, así como caracteres en negritas o subrayados. Los destacados o énfasis se deberán realizar con *cursivas*.

- La primera página incluirá el título del trabajo (en castellano y en inglés), el nombre de su autor o autores; un resumen (en castellano y en inglés) de máximo trescientos caracteres (300) con espacios cada uno, y tres a cinco palabras clave (en castellano y en inglés).

- En nota a pie, antes de las notas correlativas, se incluirá solo la filiación académica principal del autor o autores, precisando la institución de origen, ciudad y país, así como su dirección de correo electrónico institucional.

- Otras referencias cuya incorporación sea estrictamente necesaria (como grados académicos que posea el autor o los autores, junto con la universidad que los otorgó; sus cargos o compromisos laborales; agradecimientos o dedicatorias; o los proyectos científicos patrocinados donde el trabajo se enmarca) podrán incluirse como nota al pie de página, antes de las notas de numeración correlativa.

- La estructura de cada capítulo debe quedar bien determinada, comenzando siempre, a continuación del resumen/abstract, con una "Introducción", que no va numerada. A continuación se presentarán los "Capítulos" (que deberán numerarse I, 1, a), i); 2, a), i); II, 1, a), i); etc.); y finalmente las "Conclusiones". Al final del trabajo se deberán presentar las secciones "Bibliografía citada", "Normativa citada" y "Jurisprudencia citada", en las que se deberá incluir solo las fuentes efectivamente citadas en el texto, siguiendo las reglas que se indican *infra*.

- En caso de incluirse figuras, gráficos, cuadros o tablas, estos deben encontrarse en formato editable, en blanco y negro o escala de grises, y ser nítidos y legibles. Asimismo, deberán indicar la denominación correlativa (tabla, cuadro, figura), título y fuente (externa o elaboración propia).

4. 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:

- Sistematizaciones normativas y ensayos: 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.

- Comentarios de jurisprudencia: no se incluirán 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: 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 reseña o reseña y de la institución de origen, incluyendo la ciudad y país, irán al final del trabajo.

5. Bibliografía citada. Todas las referencias a libros, artículos de revista, capítulos y formatos electrónicos *efectivamente citados o referidos en el trabajo* se deberán listar al final del mismo, en orden alfabético según el apellido de su autor.

Los apellidos de los autores se escribirán en *VERSALES* y sus nombres en redondas; y el título de la obra en que se encuentra, en *cursiva*. En la referencia de libros se hará indicación del número total de páginas; en la de artículos de revista o capítulos de libros hará indicación de los números de página de inicio y final.

Ejemplos de cita:

a) de libro: CASSAGNE, Juan Carlos (2006). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Editorial LexisNexis T II, 847 pp.

b) de traducciones: CANARIS, Claus-Wilhem (1998[1983]). *El sistema en la jurisprudencia* (trad. Juan Antonio García Amado), Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 186 pp.

c) de capítulos de libros: CARMONA SANTANDER, Carlos (2006). Dos nuevas potestades del Presidente de la República. En: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto [coord.], *La Constitución Reformada de 2005*. Santiago, Librotecnia, pp. 149-243.

d) de artículo de revista: VILLAR ROJAS, Francisco (2007). La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales. *Revista de Administración Pública*, N° 172, pp. 141-188.

e) de documentos en formato electrónico: Ejemplo: RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio (2005). La Responsabilidad Patrimonial por Acto Administrativo. Comentario a una reciente monografía española. Disponible en: <http://www.cde.cl/revista.php?id=201> [fecha de consulta: 20 noviembre 2006].

6. Normas citadas. Se deberá considerar al final del trabajo un listado de las normas efectivamente citadas o referidas. Se indicarán: número de la norma, denominación oficial (si la tiene), título de la publicación oficial en que aparece y la fecha de publicación (día, mes y año).

Ejemplo: Ley N° 19.880, establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 29 mayo 2003.

Solo se admiten abreviaturas de normas si el autor ofrece un listado alfabético de abreviaturas. Ejemplo para la Ley señalada: LBPA.

7. 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.

Ejemplos:

a) Para sentencias judiciales: *Tamaya con Atocha* (1999): Corte Suprema, 6 abril 1999 [Rol N° y año].

b) Para sentencias constitucionales: Sentencia TC Rol N° 1303 (2010): Tribunal Constitucional, 20 abril 2010.

c) Para dictámenes de la Contraloría General de la República y del Panel de Expertos de la Ley Eléctrica:

Dictamen N° 70.637 (2013): Contraloría General de la República, 30 de octubre de 2013.

Dictamen N° 04 (2014): Panel de Expertos, 22 de mayo de 2014.

En el caso de citar jurisprudencia internacional, se deberá utilizar, para su identificación, el sistema propio de referencia de las cortes y tribunales de origen de la sentencia, tanto en el listado final como en las referencias abreviadas.

Ejemplos:

Estados Unidos: *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954)

España: STC 095/2010.

8. 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.

9. Referencia abreviada de Obras. En las referencias abreviadas a libros, artículos de revista y demás formatos se señalarán en la nota al pie solo los apellidos del autor (en VERSALES), el año y el número(s) de página(s) precisa(s) en que aparece la referencia citada.

Ejemplo:

a) Obras con un autor: CASSAGNE 2006, 52. / MODERNE 2005, 113.

b) Obras con dos autores: GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2006 tomo I, 392.

c) Obras con tres o más autores: EMBID *et al.* 2002, 94.

d) Más de una obra de diferentes autores: "Varios autores (ALSANA 1984, 51; COLODRO 1986, 41; LÓPEZ y MUÑOZ 1994, 32) concluyeron que..."

e) Más de una obra de un mismo autor, publicadas en el mismo año: GUZMÁN 2005a y GUZMÁN 2005b.

10. 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", al final del trabajo (que se describe más arriba).

Ejemplo: Ley N° 19.880, de 2003.

11. Referencias abreviadas de Jurisprudencia

Ejemplos:

a) En sentencias judiciales: *Tamaya con Atocha* (1999).

b) En sentencias constitucionales: Sentencia TC Rol N° 1303 (2010).

c) En dictámenes: Dictamen N° 70.637 (2013); Dictamen N° 04 (2014).

12. Citas textuales. El autor que cite literalmente un texto debe incluir, al final de la reproducción, el número de la nota correspondiente, citando la referencia al pie, de acuerdo a las reglas antes señaladas. No deben realizarse referencias bibliográficas en el cuerpo principal.

### III. Evaluación y publicación de trabajos

1. Sobre las correcciones de prueba. Los trabajos presentados a la *Revista de Derecho Administrativo Económico* (ReDAE), serán revisados por ayudantes de redac-

ción para la verificación del cumplimiento de estas normas, su corrección gramatical, ortográfica, atinencia y novedad, de manera previa al envío a arbitraje. Las solicitudes de corrección de los trabajos a sus autores no generan un compromiso de publicación por parte de la *Revista*.

2. Sobre el arbitraje. Los trabajos de Doctrina, previamente revisados por la Redacción de la *Revista*, serán evaluados anónimamente por, al menos, dos árbitros 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.

3. 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.

4. Sobre el Contrato de edición. Una vez aceptado un trabajo para su publicación, el autor deberá firmar un Contrato de edición a favor de la *Revista de Derecho Administrativo Económico* (ReDAE) y remitirla a la *Revista* en el plazo establecido por esta; 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. Asimismo, 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.

5. 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*.

6. 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 de Chile podrán siempre repetir en contra del autor por el monto total de las indemnizaciones y costas, más los reajustes e intereses del caso.

7. 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 que el autor no suscriba el Contrato de la 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 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 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>



