



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
DEPARTAMENTO DE
DERECHO PUBLICO

"Privilegios de la Administración del Estado: Solve et Repete e Inembargabilidad de Bienes de la Administración"

Memoria de Prueba para optar al grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Facultad de Derecho de la Universidad de Chile

Autor : Soledad Ivonne Ojeda San Martín

Profesor Guía : Jaime Jara Schnettler.

INDICE

DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTOS	ii
INTRODUCCION	1 -
7	
CAPITULO I	
EL DERECHO ADMINISTRATIVO	8
1.1. Perspectiva histórica y orígenes del Derecho Administrativo	8
1.1.1. El Estado de Derecho: Bases fundamentales	8 -
10	
1.1.2. Estado de Derecho en Chile	11 -
12	
1.1.3. Diversidad de orígenes del Estado de Derecho e influencia en el Derecho Administrativo	12 -
19	
1.1.4. Orígenes y evolución del Derecho Administrativo chileno	20 -
24	
1.2. Concepto de Derecho Administrativo	24

1.2.1. Doctrina Nacional	24 -
26	
1.2.2. Evolución del Concepto de Derecho Administrativo	27 -
29	
1.3. Bases de la Institucionalidad: Disposiciones contenidas en el Capítulo I de la Constitución Política de la República de Chile	
29 - 30	
1.3.1. Bien Común	30 -
31	
1.3.2. El Estado de Chile: Democrático y Republicano	31 -
33	
1.3.3. Supremacía y Obligatoriedad Constitucional	33 -
35	
1.3.4. Límites al Ejercicio de la Soberanía y de las Potestades Públicas	35 -
36	
1.3.5. Principio de Subsidiariedad	36 -
37	
1.3.6. Habilitación Constitucional.....	37 -
38	
1.4. Las Potestades Administrativas	38 -
44	

CAPITULO II

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS CIUDADANOS FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN	45
---	----

2.1. Los Derechos Fundamentales y su Determinación	45 - 48
--	------------

2.2. Garantías de los Derechos Individuales	49 - 52
---	------------

2.3. Límites Constitucionales a las Potestades Administración del Estado: Los Derechos Humanos	52 - 59
---	---------

2.4. El Proceso y el Procedimiento Administrativo como Garantía para los Administrados	59
2.4.1. Procedimiento Administrativo	59 - 64
2.4.2. Proceso Administrativo	64 - 73

CAPITULO III

PRIVILEGIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

.....	74
-------	----

3.1. Introducción	74 -
-------------------------	------

3.2. Clases de Privilegios	76
3.2.1. Ejecutividad y Ejecutoriedad de los Actos Administrativos	76
3.2.1.1. Ejecutividad	76 -
80	
3.2.1.2. Ejecutoriedad	80 -
85	
3.2.1.3. Ejecutividad y Ejecutoriedad en la Legislación Nacional	85
i) Introducción	85 -
89	
ii) Jurisprudencia Contralora y Judicial	89 -
98	
iii) Análisis de las disposiciones de Ley que establece	
Bases de los Procedimientos Administrativos que	
rigen los Actos de los Órganos de la Administración	
del Estado (19.880), relativos a la Presunción de	
Legalidad, Ejecutividad y Ejecutoriedad de los actos	
Administrativos	98 -
103	
iv) Consideraciones Finales	104 -
106	
3.3. Privilegios Procesales de la Administración del Estado: “Solve et Repete” e	
Inembargabilidad de Bienes en la Ejecución de Sentencias Contra la	
Administración.	106
3.3.1. Privilegios Procesales de la Administración del Estado	107

i)	Introducción	107 -
	108	
ii)	Garantías Constitucionales de los Administrados	108 -
	114	
iii)	Obstáculos al Acceso a la Tutela Judicial Efectiva: Exigencia de Consignación y Agotamiento de la Vía Administrativa.	114 -
	122	
iv)	La Exigencia de Reclamación Previa y el Principio de Impugnabilidad en la Legislación Nacional.....	122 -
	128	
3.3.2.	“Solve et Repete”	128
3.3.2.1.	Introducción	128 -
	129	
3.3.2.2.	<i>Solve et Repete</i> en la Legislación y Doctrina Comparada	129 -
	138	
3.3.2.3.	<i>Solve et Repete</i> en la Doctrina y Legislación Nacional	138 -
	146	
3.3.2.4.	Fundamento	146 -
	149	
3.3.2.5.	Jurisprudencia Nacional	149 -
	193	
3.3.2.6.	<i>Solve et Repete</i> en los Contratos de Concesión	

de Servicios Públicos	193 -
194	
3.3.2.7. Conclusiones	195 -
206	
3.3.3. Privilegios de la Administración en la Ejecución	
de la Sentencia	207
3.3.3.1. Inembargabilidad de los Bienes de la	
Administración	207
i) Introducción	
209	207 -
ii) Ejecución de las Sentencias en la Legislación	
y Doctrina Chilena y Española	209 -
218	
iii) Régimen de Bienes de la Administración	
del Estado	219 -
228	
iv) Inembargabilidad en la Legislación Nacional:	
Normas que la Consagran	228 -
238	
v) Inembargabilidad en la Legislación Administrativa	
Española	238 -
240	
vi) Jurisprudencia Constitucional Española: Ejecución	
de Sentencias Condenatorias contra la Administración	

	e Inembargabilidad	240 -
246		
vii)	Constitucionalidad del Principio de Inembargabilidad	246 -
250		
viii)	Dificultades en torno a la Ejecución de Sentencias por la Administración en la Legislación: Inembargabilidad	250 -
257		
ix)	Fundamentos Doctrinales al Principio de Inembargabilidad de los Bienes de la Administración	257 -
265		
x)	Conclusiones	265 -
277		
	CONCLUSION	278 -
290		
	BIBLIOGRAFIA	291 -
297		

INTRODUCCION

La idea de organización social y política se ha plasmado, en casi todos los países occidentales, en la idea de Estado de Derecho, que conlleva el sometimiento de todos quienes la integran a unas mismas normas y principios básicos, tanto los detentadores de los poderes públicos como los gobernados. En las relaciones entre la Administración y el administrado tiene aplicación el Derecho Administrativo, así como en aquéllas que se dan entre los distintos entes de la administración, así como en el sometimiento a que se encuentra sujeta la Administración en el ejercicio de sus funciones.

Al mismo tiempo, podemos señalar que la base del Derecho Administrativo está dada por la finalidad del Estado: promover el bien común, y por la libertad del ser humano dirigida a alcanzar el bien individual, pero no como individuo aislado sino a través de los grupos por medio de los cuales se organiza el Estado.

En una primera aproximación al Derecho Administrativo, encontramos que éste constituye un elemento de equilibrio entre las potestades atribuidas a los órganos públicos y los derechos de los ciudadanos.

Sin embargo, al analizar ciertas instituciones propias del desarrollo de las funciones propias de la Administración Pública nos encontramos con ciertas prerrogativas exorbitantes, de las que carecen los sujetos privados. Por citar algunas, mediante actos unilaterales puede crear, modificar o extinguir derechos y situaciones jurídicas subjetivas y también se encuentra facultada para ejecutar sus decisiones mediante procedimientos extraordinarios. En este sentido, sus actos están provistos de fuerza ejecutiva, lo cual hace que la carga

de impugnarlos recaiga en los particulares, a través de los mecanismos que el ordenamiento jurídico contempla. En este punto, se manifiesta uno de los más discutidos privilegios de la Administración, y que por lo mismo constituye uno de los ejes del presente trabajo, se trata del denominado “Solve et Repete”, es decir, el requisito del previo pago o consignación previa a la interposición de un reclamo contra un acto sancionatorio de la Administración.

Desde otro punto de vista, relativo al régimen de sus bienes, la Administración Pública es titular de prerrogativas que exceden la legislación común, tales como la inembargabilidad e inalienabilidad de algunos de sus bienes.

A la luz de las antedichas prerrogativas, el equilibrio antes enunciado parece desaparecer; sin embargo frente a ellas existen una serie de garantías para los ciudadanos que radican, en último término, en la ya enunciada titularidad de derechos fundamentales. Pese a ello, existen ciertas prerrogativas que derechamente podrían estimarse atentatorias contra los derechos inherentes a la persona humana que el Estado está obligado, además de no vulnerar, a desarrollar acciones concretas que determinen su promoción.

La Constitución Política de la República de Chile de 1980 significó un importante paso en miras a tal objetivo, a través del reconocimiento de un catálogo de derechos y, lo más importante, de garantías para lograr su máxima efectividad. De esta forma, aparece que la persona constituye la mayor importancia dentro del orden constitucional.

En este sentido, el Estado, con el fin de cumplir con la finalidad que justifica su existencia, es decir, la tutela de los intereses generales, está

legitimado para gozar de las antedichas potestades públicas y privilegios. Pese a que tales características han sido muy discutidas, llegándose incluso a cuestionar por algunos su constitucionalidad. En base a ello, este trabajo pretende determinar sus fundamentos, contenido y manifestaciones, así como su relación con el Estado constitucional de Derecho.

La estructura de la presente Memoria se encuentra dividida en tres Capítulos: el primero de ellos, titulado “El Derecho Administrativo”, aborda los orígenes de aquél, así como los del Estado de Derecho. Del mismo modo analiza las Bases de la Institucionalidad contenidas en el Capítulo I de la Constitución de la República de Chile: Bien común, Estado de Chile: Democrático y Republicano, Supremacía y Obligatoriedad Constitucional, Límites al Ejercicio de las Potestades Públicas y Obligatoriedad Constitucional, Límites al Ejercicio de la Soberanía y de las Potestades Públicas, Principio de Subsidiariedad y Habilitación Constitucional. Para terminar examinando las Potestades Administrativas.

Tal como señalamos al inicio de la presente introducción, el derecho administrativo se estructura en un punto entre las Potestades de la Administración y los Derechos de los Ciudadanos, en virtud de ello, el Capítulo II: “Los Derechos Fundamentales de los Ciudadanos frente a la Administración”, analiza que se entiende por derechos fundamentales, así cómo la forma en que se verifica su determinación y las garantías que los protegen.

Desde la perspectiva del trabajo en cuestión, este capítulo pone énfasis en la determinación de los derechos fundamentales como límites constitucionales a las potestades de la Administración del Estado; así como al

proceso y al procedimiento administrativo como garantía para los administrados.

El Capítulo III constituye la base de este trabajo: “Privilegios de la Administración del Estado en el Procedimiento Administrativo”.

La Administración, con el fin de tutelar los intereses generales, está revestida de ciertas potestades y, en el ejercicio de dichas potestades, es acreedora de ciertos privilegios, todos ellos objeto de regulación por parte del Derecho Administrativo. Tal como señalamos anteriormente, la Administración, con el fin de tutelar los intereses generales, está revestida de ciertas potestades y, en el ejercicio de dichas potestades, es acreedora de ciertos privilegios, todos ellos objeto de regulación por parte del Derecho Administrativo. Dichos privilegios son analizados en este capítulo y entre ellos encontramos: los privilegios de Ejecutividad y Ejecutoriedad de los actos administrativos, en la doctrina, legislación, y jurisprudencia nacional.

Asimismo, en el numeral 3.3., el Capítulo III, se hace cargo de dos temas, ya enunciados por cierto, relativos a los privilegios procesales de la Administración del Estado, así como de las garantías constitucionales de los administrados frente a ellas.

De esta forma, en virtud del hecho que la Administración es acreedora de las mencionadas prerrogativas, resulta determinante la consagración constitucional del derecho de los particulares a la tutela judicial efectiva, como único mecanismo para hacer frente a éstas. En base a ello, se presentan como obstáculos y limitaciones a dicha tutela: la exigencia de consignación previa y el agotamiento de la vía administrativa previa a la judicial.

Por último y durante la etapa de cumplimiento de lo resuelto se manifiestan dos potestades exorbitantes de la Administración: el privilegio del “Solve et Repete” y la “Inembargabilidad de los bienes de la Administración”.

Dichas potestades han sido calificadas por la doctrina como un privilegio procesal que condiciona la admisibilidad de los reclamos contra los actos administrativos sancionatorios, al previo pago de las multas por éstos impuestos o una parte de ellas.

Examinaremos el denominado “Solve et Repete” o regla del previo pago a la interposición de reclamaciones frente a actos de carácter resolutivo de la administración. Tanto en la legislación y jurisprudencia nacional y comparada, como a nivel doctrinario, asimismo sus fundamentos y posibles justificaciones.

Otra especie de prerrogativas que serán tratadas en este Capítulo son aquellos privilegios de la Administración que se manifiestan en la etapa de Ejecución de la Sentencia, específicamente la Inembargabilidad de que gozan determinados bienes de la Administración, la cual será estudiada tanto en la legislación nacional como española, a nivel doctrinario y jurisprudencial, así como su fundamento y conformidad o contradicción con las normas constitucionales vigentes.

Si bien es cierto que la Administración está dotada de prerrogativas que exceden los parámetros en los cuales los particulares desarrollan su actividad; no es menos cierto que la Administración Pública se encuentra limitada en su actuación, a diferencia de lo que ocurre entre los particulares, por ejemplo está determinada por un procedimiento administrativo en la formación de su voluntad, la cual no ser arbitraria; asimismo toda su actuación se encuentra

sometida a un control de legalidad, bajo la máxima sanción que el ordenamiento contempla: la nulidad de derecho público.

Del mismo modo, es necesario hacer presente que, en un Estado de Derecho, el ejercicio del poder se encuentra regulado hacia el cumplimiento de ciertos fines que la comunidad estima de la mayor relevancia en su protección, por lo cual, tales prerrogativas, bajo ciertos supuestos podrían encontrarse justificadas, por ejemplo, en pro de la satisfacción de la finalidad de bien común que la Constitución Política establece.

De esta forma, nos enfrentamos a la disyuntiva de determinar si, bajo ningún respecto la limitación de ciertos derechos de las personas resulta admisible al otorgar una situación de superioridad a la Administración frente al ciudadano o, si tal limitación en definitiva no se verifica, en virtud de las facultades constitucionalmente establecidas a favor de aquélla; por último, es de especial relevancia establecer si tales prerrogativas se encuentran suficientemente justificadas, resultan razonables y proporcionadas en relación a los fines que las determinan o si, por el contrario, constituyen una manifestación abusiva e inconstitucional que debe ser desechada por completo tanto del análisis doctrinal como en la legislación positiva.

CAPITULO I

EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1.1. Perspectiva histórica y orígenes del Derecho Administrativo

1.1.1. El Estado de Derecho: Bases fundamentales

En todos los países de la civilización occidental existe, en formas más o menos similares, pero siempre con un contenido específico, el Estado de Derecho (*Rechtstaat*), término acuñado en la Prusia del siglo XIX por Von Mohl, que viene a significar que para la existencia de un Estado, así como los ciudadanos están sometidos al Derecho, la autoridad también debe estarlo, más precisamente la Administración del Estado.

La Administración del Estado, en el *Rechtstaat*, debe encontrarse sometida al Derecho y regida por los principios de legalidad y responsabilidad, los cuales quedan plasmados en la creación, organización y establecimiento de sus atribuciones. Dentro de ellas se contempla la reserva legal, asimismo el legislador debe dictar leyes que concretizan de tal forma la norma jurídica deseada que el acto administrativo que se dicte sea previsible por los

ciudadanos, y por último esta sujeción se manifiesta en la prohibición de dictar leyes retroactivas, erróneas o incompletas. Del mismo modo, se refleja en que el Estado será responsable de todos aquellos actos y conductas contrarios a derecho. De esta forma, otorgando una competencia determinada, se limita la discrecionalidad en el ejercicio de sus funciones y además, el ámbito en el que actuarán, será el señalado en la Constitución y en las leyes; todo lo cual carecería de sentido sin un sistema de controles que determine, si la administración y los órganos públicos en general, desplegaron su actividad de acuerdo al principio de juridicidad, como asimismo para la vigencia de los derechos individuales.

Otro de los pilares del Estado de Derecho es la imprescindible protección de las libertades y derechos de los particulares, ya sea por medio de su reconocimiento, como también por la prohibición de afectar, por ley, un derecho constitucional. Si tal reconocimiento no existiera, los poderes del Estado no se encontrarían limitados y ejercerían su autoridad con una discrecionalidad arbitraria.

También podemos señalar como base del Estado de Derecho, la seguridad jurídica, que se concretiza con el establecimiento de tribunales independientes y capaces de controlar a la Administración y, por último, con la efectiva consagración del principio de separación de funciones. El profesor Hugo Caldera sostiene que la seguridad jurídica “es uno de los objetivos más importantes del ordenamiento jurídico y consiste en dar estabilidad al ejercicio y goce de los derechos adquiridos y a prevenir y garantizar que sus titulares no serán privados de ellos”¹.

¹ Caldera, H. Tratado de derecho administrativo. Tomo I. Ediciones Parlamento Ltda. Santiago. 2001, p. 82.

El Estado de Derecho y el requisito de la igual sujeción de gobernantes y gobernados a Derecho, constituiría sólo una mera declaración de principios sin la existencia de un juez independiente e imparcial competente para conocer de las contiendas que se promuevan por los ciudadanos contra la administración.

Por otra parte, es preciso señalar que el Estado de Derecho no constituye un fin del Estado, sino que es un instrumento para conseguir el bien común, el cual, por mandato constitucional constituye la finalidad de Estado.

A lo largo de los dos últimos siglos, la intervención del Estado en el cumplimiento de este fin ha variado sustancialmente, producto de los constantes atentados contra los derechos ciudadanos por parte del monarca y sus funcionarios, los cuales determinaron una limitación de la actividad estatal por medio de su sometimiento a la ley. Posteriormente, luego de la Revolución Industrial, el Estado debió asumir una activa intervención, desplegando dicha actividad, en la regulación del mercado, como asimismo, en la producción de bienes y servicios.

1.1.2. Estado de Derecho en Chile

En Chile, la Constitución de 1833 ya contemplaba mecanismos de resguardo al Estado de Derecho, desconocidos en la época en Francia, Italia, Inglaterra o Alemania, así el Art. 160 establecía: "Ninguna majistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aún a pretesto de

circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo”. Norma, asegurada a través de la obligación impuesta al Presidente de la República de “guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes” (Art. 81), además del Art. 108 que establecía que los tribunales tenían competencia exclusiva para conocer las causas civiles y criminales, ejerciendo dicha función en forma privativa, de esta forma ni el Presidente de la República ni el Congreso ejercer funciones judiciales, ni avocarse causas pendientes o hacer revivir procesos fenecidos.

La Constitución de 1925, por su parte, en el Capítulo III, al reconocer derechos fundamentales inherentes a la persona se hace cargo de otra de las bases del Estado de Derecho, garantizando la libertad personal a través del Recurso de Amparo y la propiedad, por la reglamentación de la expropiación. Asimismo, se consagra el principio de legalidad en la actuación de la Administración y el control de ésta por medio de un juez independiente e imparcial; al respecto, en diversas disposiciones la Constitución sienta las bases del debido proceso. Se reconoce de esta forma el derecho a recurrir ante un tribunal, que resolverá los conflictos que se planteen en el orden temporal, dentro de la República, sea cual fuere su naturaleza y la calidad de las partes que en él intervengan.

1.1.3. Diversidad de orígenes del Estado de Derecho e influencia en el Derecho Administrativo

El Estado de Derecho tal como lo conocemos existe en los países occidentales con caracteres más o menos uniformes, pese a las diversas circunstancias que determinan su surgimiento, sea éste producto de una repentina conmoción interna o producto de la evolución en el desarrollo de los derechos de los ciudadanos y, por consiguiente, del sometimiento de la Administración al derecho. Los distintos orígenes del Estado de Derecho determinarán en que forma se verificará dicho sometimiento por parte de los poderes públicos; así, en Francia, donde éste hecho se produce en el año 1789 con la Revolución Francesa, se encuentran regidos por el Derecho Administrativo, a diferencia de los que ocurre en Inglaterra, en donde el Estado absoluto desaparece con anterioridad a tal revolución, hacia el año 1688 con la llamada “gran revolución” y la Administración se encuentra sometida al derecho privado. Por distintas circunstancias, la aplicación del sistema inglés se reduce a unos pocos países con lo cuales comparte el idioma, en cambio, el sistema francés se extenderá por toda Europa continental. De esta forma, la doctrina ha descrito dos regímenes de sometimiento de la Administración: el “*rule of law*” y el régimen administrativo, propios en sus orígenes de Inglaterra y Francia, respectivamente.

Siguiendo la doctrina de A. V. Dicey² en Inglaterra, el sistema del *rule of law* podemos reducirlo a: igualdad ante la ley o igual sujeción de todas las clases a la ley ordinaria del país, aplicada por los tribunales ordinarios; constituyendo el Derecho Administrativo, por tanto, la antítesis a estos principios, por las siguientes razones: en primer lugar, en razón de las prerrogativas y privilegios de que goza la Administración frente a los

²Citado por Entrena, R. Curso de Derecho Administrativo. Editorial TECNOS S.A. Madrid. 1999, p.54.

particulares y que son determinadas de forma distinta a los derechos y obligaciones de que son titulares los particulares entre sí; la segunda razón está dada porque la Administración y sus funcionarios, en tanto comparezcan como tales, se encuentran excluidos de la jurisdicción de los tribunales ordinarios.

Las razones de tales diferencias se dan porque, en primer término, en el derecho inglés no existe un estatuto jurídico orgánico determinante de la organización estatal, es decir, una Constitución tal como en el sistema continental sino un conjunto de cuerpos legales que tienen por fin cautelar las libertades individuales, desconociéndose asimismo que el Estado está revestido de un poder para el ejercicio de sus funciones respecto de los súbditos, así se encuentra sometido a la misma ley y estará sometido al único juez, que será el de los particulares. Estas particulares características podrían ser resumidas en: “la supremacía del Derecho, por sobre todo privilegio, y la igual sumisión de los individuos, al Derecho, cuya defensa y tutela se encontraba encomendada a los tribunales llamados del *common law* (es decir, lo que hoy en día serían los llamados “tribunales ordinarios)”³. Dicey estimaba que en Inglaterra no existía un derecho administrativo ni tribunales especiales para conocer de los asuntos en que la administración fuera parte, lo cual constituía la más eficaz cautela de las garantías de los ciudadanos no así el sistema francés. Respecto a dichas conclusiones Soto Kloss, analizando lo que acontecido en la práctica, afirma que: “Ni la ausencia de prerrogativas ni la misma ley aplicable para súbditos y autoridades se daban en la concreta realidad, baste sólo pensar en los privilegios de la Corona y en la absoluta

³ Soto, E. Derecho Administrativo: Bases fundamentales, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 1996, p. 135.

imposibilidad que le fueran aplicables los principios jurídicos de la responsabilidad, hechos que Dicey podría haber observado largamente en su tiempo”⁴.

Es del caso señalar que a mediados del siglo XIX, en virtud de ciertas modificaciones legales, se verificó un cambio en cuanto al régimen de administración local inglés, por medio de la centralización de las administraciones locales, con lo cual hubo una pérdida de autonomía de éstas, además de una mayor intervención de la administración estatal, debido a su facultad de nombrar funcionarios y a un creciente sistema de control. Todo ello se traduciría en el surgimiento de una administración central, con lo cual las características atribuidas al sistema inglés (ausencia de privilegios y el mismo régimen para el monarca y los súbditos), pierden su vigencia.

Posteriormente, se ejerció una auténtica potestad reglamentaria por parte de los ministros para dictar disposiciones de orden general, quienes se irrogaron cada vez más prerrogativas respecto de los ciudadanos, lo cual sumado al hecho de que la administración estaba facultada a dictar actos de carácter ejecutivo, no existiendo posibilidad de suspensión en su ejecución ni aún cuando son recurridos, asimismo dentro de estas prerrogativas encontramos la acción de oficio, es la exclusión de una serie de asuntos de la competencia de los tribunales ordinarios, otorgados, por cierto, a tribunales administrativos lo que conduce a esta conclusión.

Finalmente, en cuanto a la afirmación de que los tribunales ordinario son quienes conocen de los conflictos de relevancia jurídica en que intervenga la Administración inglesa, podemos señalar que cuando interviene como un

⁴ Ibid, p. 254.

particular es claro que se encuentra sometida a las mismas reglas que los ciudadanos y a la competencia de los tribunales ordinario, pero en asuntos en los que se despliega su poder exorbitante, como por ejemplo en materia de expropiaciones, el procedimiento y las normas que lo rigen son distintas a las aplicables en un conflicto entre particulares.

De esta forma, en cuanto a la supuesta ausencia de prerrogativas y privilegios por parte de la Administración, el análisis de ciertas normas posibilita afirmar que la posición diceyana no reviste la mayor exactitud.

Al respecto, siguiendo la teoría de Maurice Hauriou, para quien todos los Estados modernos asumen funciones administrativas, pero no todos poseen el régimen administrativo⁵, las diferencias entre el *rule of law* y el sistema francés, se encontrarían en el tipo de organización administrativa, en las facultades de la administración y, finalmente, en los tribunales con competencia para conocer de aquellos conflictos en que sea parte la Administración. Así, en los países en los cuales hay un régimen administrativo la administración es centralizada, y posee privilegios entre los que destacan la autotutela de la administración, ejecutividad y acción de oficio, por último, la competencia para la resolución de sus conflictos se encuentra radicada en tribunales especiales.

Así, Rafael Entrena señala que: “En conclusión, puede, pues, afirmarse que hoy existe en Inglaterra una serie de normas que atribuyen a la Administración prerrogativas del mismo tipo de las que ésta posee en los países de la Europa continental. Lo que equivale a afirmar la existencia del Derecho Administrativo en aquél país”⁶.

⁵ Hauriou, M. Principios de derecho público y constitucional. Comares. Granada. 2003, p. 154.

⁶ Entrena, R. Curso de Derecho Administrativo. Editorial TECNOS S.A. Madrid. 1999, p.59.

La situación en Alemania durante el siglo XVIII se diferenciaba de la existente en Inglaterra y Francia, ya que la monarquía ostentaba un poder casi absoluto, tanto en el ámbito de los bienes como en las libertades individuales; sin embargo se vislumbraba una separación de las autoridades judiciales de las de carácter administrativo. Los súbditos encontraron una cierta protección de parte de las autoridades decisorias de los litigios por medio de un expediente propio del derecho romano, surgiendo así la “teoría moderna del fisco”⁷, pese a que dicha protección no llegaba a los actos del monarca, el cual, no era responsable por sus actos de gobierno y de administración; con el fin de paliar esta situación, se recurrió a la creación de un sujeto de imputación: una persona moral de carácter estatal. Lo cual constituye un importante avance en la configuración del Estado con un enfoque propiamente jurídico.

El “tribunal del imperio” tenía competencia para conocer de las reclamaciones de los ciudadanos contra el monarca, procurando de esta forma limitar al monarca para que en su fin de lograr el bienestar común, no alcance a perjudicarlos. Al respecto, el profesor Soto Kloss concluye que “tales límites podrían ser referibles a dos órdenes de ideas: a la naturaleza misma del hombre, en cuanto libre, y a dicha misma naturaleza en cuanto apta para adquirir derechos –especialmente patrimoniales-; sobre este doble eje los tribunales y la doctrina de aquella época contribuían –en el modo peculiar de ese tiempo- a resolver el problema, aún arduo en nuestros días, del individuo frente al poder del Estado”⁸.

Entre los poderes del monarca figuraba, el de dictar normas, con el fin de regular la administración del territorio, las cuales surgían de su propia

⁷ Soto, E. op cit, pp. 176-177.

⁸ Ibid. p. 180.

voluntad y dictadas para casos concretos, algunas de las que ni siquiera eran publicadas. Respecto a estas normas, no cabía reclamación alguna por parte de los particulares, ya que su conocimiento no era de competencia de tribunal alguno. Posteriormente, su competencia alcanzó el conocimiento de estos asuntos, cuando se esgrimía un atentado a los derechos individuales. Si bien es cierto que, a los príncipes les fueron otorgados privilegios por parte del monarca con el fin de no ser sometidos a la vía jurisdiccional por parte de los súbditos, los derechos de éstos fueron particularmente diezmados. Asimismo, desde la elección de Carlos V, los príncipes al ver una posible disminución de sus derechos y garantías, previeron la celebración de las “capitulaciones imperiales” entre el futuro emperador y los príncipes, en las cuales eran señaladas las libertades y derechos de que gozarían; con dichas capitulaciones los tribunales del imperio fueron privados de competencia para conocer de los asuntos entre los príncipes y los súbditos, siempre en materias de derecho privado, de esta forma eran competentes los tribunales territoriales dependientes directamente del príncipe, con la consiguiente merma en los derechos de los súbditos. Esta falta de protección de los particulares sería, posteriormente, morigerada a través de la influyente “teoría del fisco”.

La doctrina de la época ya vislumbraba una separación entre el patrimonio del monarca y el del Estado. La administración en ciertos casos ejecutaba actos como un particular, imputándolos a una persona moral: el fisco, sometiendo los asuntos que se ventilaren entre dichos “particulares”, a las reglas del derecho privado y al conocimiento de los tribunales territoriales; constituyendo de esta forma una cierta garantía para los súbditos. De esta forma, podemos distinguir dos tipos de actos estatales: mandatos imperativos

del monarca y aquellos que ejecutaba como un particular más, respecto de estos últimos el monarca estaba vinculado a la misma ley civil que los particulares, sin perjuicio de los privilegios de que era acreedor, y las consecuencias jurídicas eran imputadas al fisco.

De esta forma, podemos concluir que en todos los países occidentales la Administración se encuentra sometida a la ley, como un imperativo del Estado de Derecho, ya sea al sistema del *rule of law* o al régimen administrativo. En los términos de Rafael Entrena “Hoy no puede mantenerse que exista país alguno donde la Administración se encuentra sometida al Derecho privado. En todos los países occidentales se da el derecho administrativo y se da esta rama del Derecho porque en todos ellos nos encontramos con una serie de normas presididas por la idea de coordinar las prerrogativas de la Administración con las garantías de los particulares”⁹. Las diferencias que se plantean entre los dos sistemas de encuentran radicadas precisamente en estos últimos caracteres: la dicotomía entre las prerrogativas de la administración y los derechos de los ciudadanos, siendo por tanto en el derecho anglosajón inferiores tanto las prerrogativas de la administración como las garantías del ciudadano.

1.1.4. Orígenes y evolución del Derecho Administrativo chileno

En nuestra doctrina administrativa no existe una sistematización del Derecho Administrativo, sino que los distintos autores se han limitado a la exposición de sus principios fundamentales. Así, hasta mediados del siglo XIX,

⁹ Entrena, op. cit, p. 61.

la doctrina nacional estuvo decisivamente influenciada por el derecho francés, en este sentido Lastarria describe al Derecho Administrativo como una rama que se ubica entre el derecho público constitucional y el derecho civil, que busca regular las relaciones entre la administración y los particulares¹⁰, con principios e instituciones propias que lo hacen ser el ordenamiento de los órganos de la administración del Estado, que afectará a los particulares cuando éstos se relacionen con aquéllos en asuntos de carácter exclusivamente administrativo.

“Es evidente que esta concepción afrancesada contribuyó decisivamente a la formación de nuestro propio sistema constitucional, ya que nuestra carta de 1833 recoge en muchos pasajes instituciones o normas derivadas de las cartas francesas de fines del XVIII y principios del XIX. Así la construcción de la organización administrativa “Consejo de Estado”, tiene una clara cercanía con las instituciones galas, donde los principios de la centralización, jerarquía y supremacía se impondrán como características insoslayables de la administración estatal y responderán a una visión autoritaria y paternalista de ésta”¹¹. Asimismo, los principios de separación de funciones, legalidad y responsabilidad, y el régimen de los actos administrativos.

El Derecho Administrativo era concebido como “un derecho de prerrogativas para las autoridades públicas al igual que el derecho francés”¹², por cuanto es esencial para el desarrollo de la función pública que la Administración tenga potestad coercitiva.

¹⁰ Lastarria, J. V. Estudios Políticos i Constitucionales, Imprenta, Litografía i encuadernación Barcelona. Santiago. 1906, p. 21.

¹¹ Ferrada, J. El sistema de derecho administrativo chileno: Una revisión crítica desde una perspectiva histórica. Revista de derecho Universidad Austral de Chile. Valdivia. 2005, p. 101.

¹² Weil, P. Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1986, pp.45 y ss.

Posteriormente, nuestra doctrina acoge, a mediados del siglo XIX y de la mano de los autores liberales de origen anglosajón, sus críticas a los postulados del derecho público francés. Durante el siglo XX la doctrina nacional a partir de las bases del derecho francés, explicita los principios e instituciones del derecho administrativo nacional, concibiéndolo como un derecho de prerrogativas para la administración, indispensables para el cumplimiento de sus fines. Sin embargo, las concepciones originales francesas y españolas clásicas son, en cierta medida, desplazadas por la influencia de las doctrinas neoliberales anglosajonas, puesto que las bases del Derecho Administrativo se encuentran en las normas constitucionales y es a finales del siglo XX con la promulgación de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, la que establece redefiniciones fundamentales como el rol subsidiario del Estado y con el reconocimiento de un conjunto de derechos de contenido económico, que las potestades “tradicionales” de la administración han sido limitadas y con ello, como ya fue señalado, las bases doctrinarias francesas y españolas clásicas.

El profesor Soto Kloss, desde la perspectiva del nuevo rol del Estado y de la preeminencia de las libertades ciudadanas, alejándose del derecho administrativo chileno tradicional y del europeo continental, remitiéndose al Derecho Indiano e Hispánico, señalará que el Derecho Administrativo “no es un derecho potestativo, estatutario y en el que primen los intereses públicos por sobre los particulares, sino que un derecho al servicio de las iniciativas privadas, tutelador de los derechos e intereses particulares y en el que el

Estado tiene sólo un rol servicial, coherente con el principio de subsidiariedad económica que proclama el nuevo régimen político”¹³.

Para otros autores como Hugo Caldera, en un mismo orden de ideas, añade que la actividad administrativa se restringe a la realización del bien común y con pleno respeto a los derechos y garantías establecidos por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile. Sin embargo, en cuanto a las características que Soto Kloss niega al derecho administrativo: estatutario y potestativo; señala que éste es especial y por tanto autónomo al derecho privado, y por la misma razón justifica la validez de las potestades públicas¹⁴.

En cuanto a la relación del derecho chileno con los principios del Derecho Administrativo francés, Fiamma afirma que el Derecho Administrativo constituye un “régimen administrativo tutelado” y las prerrogativas públicas derivan de la Constitución, con lo cual se evidencia una indiscutible cercanía al sistema europeo continental, separándose por cierto, en cuanto al sistema de revisión judicial de los actos administrativos que, en nuestro país, corresponde a los tribunales ordinarios de justicia¹⁵.

En la actualidad ciertas bases del Derecho Administrativo europeo continental han recobrado vigencia, con la promulgación de normas de rango legal que consagran principios y prerrogativas de dicha raigambre. “Esto explica la evidente contradicción que existe entre la doctrina y la jurisprudencia al abordar ciertas materias, ya que los puntos de partida, las bases del sistema, son diametralmente distintos”¹⁶. De esta forma, se vuelven a considerar

¹³ Soto, op. cit. p. 275.

¹⁴ Caldera, op. cit. pp. 55 y ss.

¹⁵ Fiamma, G. El régimen administrativo tutelado. Gaceta Jurídica N° 71. 1986, pp. 7-8.

¹⁶ Ferrada, J. op. cit. p. 117.

algunos postulados del Derecho Administrativo europeo continental, compartiendo sus caracteres de originalidad, naturaleza potestativa, interpretación restrictiva y de aplicación formal¹⁷. Así, en esta nueva época, tanto la doctrina como la jurisprudencia rescatarán algunas de las bases esenciales del régimen administrativo chileno, especialmente frente a los derechos de los particulares¹⁸.

Respecto a la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, Pantoja señala que “Esas regulaciones constitucionales han alcanzado directamente la Administración del Estado como parte que es del Estado nación, sujeto al cual están referidas tales prescripciones, obligándola a someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”, por la misma razón afirma que “la doctrina chilena no puede sino hacer suya e incorporar a su marco teórico los nuevos parámetros que le impone el Texto de 1980; que son de carácter valorativo y teleológico, y que hacen de la disciplina, desde el ángulo positivo, un ordenamiento que ha de estar al servicio de la persona humana y de promover el bien común”¹⁹. Así, podemos concluir que la base del Derecho Administrativo está dada por la finalidad del Estado: bien común, y por la libertad del ser humano dirigida a alcanzar el bien individual, pero no como individuo aislado sino a través de los grupos por medio de los cuales se organiza el Estado.

1.2. Concepto de Derecho Administrativo

¹⁷ Pantoja, R. El Derecho Administrativo. Clasicismo y Modernidad. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1994, pp. 150 y ss.

¹⁸ Ibid, pp. 166 y ss.

¹⁹ Pantoja, R. “El concepto de Derecho Administrativo en el derecho chileno”. Revista de Derecho Público N° 64. 2002, p.206.

1.2.1. Doctrina Nacional

Para la definición del derecho administrativo la doctrina elabora conceptos que están estrechamente relacionados con las circunstancias en las cuales se insertan. La doctrina nacional toma como punto de partida el derecho francés, y particularmente, analiza la relación existente entre los ciudadanos y la administración, y de esta forma, la clara separación entre el derecho administrativo y el derecho privado, debido principalmente a las prerrogativas exorbitantes de que goza el poder público, en este sentido encontramos a autores como Guillermo Varas y posteriormente, a profesores como Aylwin o Silva Cimma y, siendo el Derecho Administrativo el derecho de la Administración, estiman que ésta gozará de un conjunto de prerrogativas con miras a satisfacer el interés general, las que primarán sobre los intereses particulares de los afectados²⁰.

Asimismo, adquiere relevancia el concepto de servicio público, proveniente por cierto, del derecho francés, pasando a ser indispensable dentro de la actividad administrativa. Para ambos autores el derecho administrativo es el derecho de los servicios públicos, ya que este constituiría la finalidad principal de la actividad administrativa.

Posteriormente, luego del cambio en la actividad administrativa posterior al año 1973, el nuevo rol del Estado y el advenimiento de un catálogo de derechos para los ciudadanos trajo consigo que el Derecho Administrativo fuera

²⁰ Silva Cimma, E. Derecho Administrativo chileno y comparado. Introducción y fuentes. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1996, pp.26 y ss.

concebido, en términos del profesor Soto Kloss, como un “derecho centrado en la persona” y el rol del Estado será básicamente de “servicialidad”²¹.

Actualmente, el profesor Juan Carlos Ferrada conceptualiza el Derecho Administrativo chileno como “Un subordenamiento integrado por un conjunto de instituciones, principios y normas específicas distintas del Derecho Privado, siendo aquel el derecho común aplicable en el ámbito del Derecho Público. En este derecho, los órganos de la Administración del Estado ostentan una posición singular, reconociéndoseles una serie de poderes y privilegios que son consecuencia de las cargas y deberes peculiares que le impone el propio ordenamiento jurídico, en particular, la consecución del bien común, a través de la satisfacción continua y permanente de las necesidades públicas”²². De este concepto podemos obtener ciertas características que están presentes a lo largo del análisis del concepto de Derecho Administrativo, como es la particularidad del órgano público que está revestido de potestades públicas exorbitantes, razón por la cual requiere de un estatuto propio y distinto de las normas de derecho privado que rigen las relaciones de los ciudadanos entre sí, ya que no existe una relación de conmutatividad entre ambos ni persiguen los mismos fines. Al mismo tiempo, podemos indicar, como características diferenciadoras que exigen una regulación distinta, el régimen de los actos administrativos, el sometimiento al bloque de legalidad constitucional y, por consiguiente, al principio de responsabilidad.

1.2.2. Evolución del Concepto de Derecho Administrativo

²¹ Soto, E. op. cit, pp. 17-19.

²² Ferrada, J. op. cit, p. 109.

En la actualidad son diversas las teorías que surgen con el fin de conseguir o no un concepto de Derecho Administrativo: teoría orgánica, teoría subjetiva y, en la doctrina nacional, la teoría del profesor Rolando Pantoja.

La teoría orgánica lo analiza desde el punto de vista de la existencia de una Administración, es decir, un grupo de órganos o agentes, de esta forma será parte del Derecho Administrativo toda solución a un conflicto de relevancia jurídica en que sea parte la Administración, sea una norma de derecho público-administrativo o de derecho común, que pasará a ser regla de Derecho Administrativo en tanto le sea aplicable.

La teoría subjetiva, representada por García de Enterría, prescinde de conceptualizar el Derecho Administrativo, concluyendo que el sujeto que caracteriza a la administración es una persona jurídica: “el derecho administrativo se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de administraciones públicas, sustrayendo a estos sujetos singulares del derecho común”.

En la doctrina comparada, encontramos a Rafael Entrena quien define al Derecho administrativo como “El conjunto de normas del Derecho público interno que regulan la organización y actuación de las Administraciones públicas y ocasionalmente, la de otros poderes públicos, cuando así lo establecen sus normas reguladoras”²³. En dicho concepto resaltan ciertos caracteres como por ejemplo, en primer término las normas que regulan el derecho administrativo son de Derecho público, luego encontramos que la regulación de la organización administrativa reviste carácter jurídico, finalmente

²³ Entrena, R. op. cit, pp. 62 y 63.

los distintos tipos de normas que lo integran: unas que se ocupan de la organización administrativa, otras de la actuación de la Administración y finalmente hay normas relativas a las relaciones entre los órganos públicos y, por cierto, entre éstos y los particulares.

Por otra parte, en la doctrina nacional el profesor Rolando Pantoja conceptualiza el Derecho Administrativo como la disciplina jurídica que estudia-regula al hombre societario desde la perspectiva del mundo estatal actuante ante la comunidad nacional, regional, provincial y local. Además se ocupa del estudio-regulación de la función administrativa, concebida como una autoridad plena, al servicio de la persona humana, y cuya finalidad es promover, a través de políticas eficientes, el desarrollo sustentable de la República, dentro del orden jurídico. El derecho administrativo se concreta en el estudio prescriptivo de la autoridad administrativa estructurada en su ser organizacional y desplegada en su actuar funcional, en forma responsable, dentro de la juridicidad y sometida a control; deteniéndose a estudiar los campos de acción de la autoridad administrativa y abarca el análisis-regulación de las vías de solución de conflictos que genera la actuación de la Administración Pública²⁴.

También en la doctrina nacional, Hugo Caldera Delgado señala que: "El Derecho Administrativo es la disciplina iuspublicista relativa a la satisfacción concreta, regular y continua de las necesidades públicas o colectivas, que se efectúa con sujeción al ordenamiento jurídico y con pleno respeto de las libertades y derechos de las personas, para alcanzar los fines de los actos administrativos y de las operaciones fácticas"²⁵. De este concepto, pone de manifiesto como caracteres fundamentales de la función administrativa, el

²⁴ Pantoja, R. El concepto de Derecho Administrativo en el derecho chileno. Revista de Derecho Público N° 64. 2002, p.206

²⁵ Caldera, H. op. cit, p.54.

concretizar en la práctica los fines establecidos en la Constitución y las leyes, consistente en una actividad material, regida por el principio de juridicidad y resguardando los derechos y libertades de los ciudadano; todo ello con el fin de dar cumplimiento al cometido del Estado: Bien común.

1.3. Bases de la Institucionalidad: Disposiciones contenidas en el Capítulo I de la Constitución Política de la República de Chile

En el Capítulo I de la Constitución: “Bases de la Institucionalidad”, se establecen preceptos que consagran conceptos fundamentales para nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto los principios político-jurídicos que recoge, serán determinantes en la interpretación y en la búsqueda del fin las demás normas que se encuentran en la Constitución. Así, se ha sostenido por un sector de la doctrina²⁶ que las normas del citado Capítulo I tiene preeminencia “sobre las demás normas constitucionales”, de esta forma, las normas contempladas en los demás capítulos tendrían un rol secundario a las “Bases de la Institucionalidad”.

1.3.1. Bien Común

El hombre como ser social y por vivir en comunidad, requiere de un orden en dicha comunidad, para alcanzar el bien, lo cual exige la dirección por parte de alguna persona o grupo de personas, cuyo fin será, siempre de

²⁶ VER: Caldera, H. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXXXVII. N° 1. 1990, pp. 25y ss.

acuerdo a ciertos principios, que todos quienes la integran logren el bien común, siendo este fin el fundamento de tal autoridad.

En el artículo 1° de la Constitución se manifiesta la finalidad única y principal del Estado: promover el bien común, finalidad hacia la cual el Estado y los órganos públicos ejercerán sus potestades, de esta forma, si alguna potestad no se dirigiera a la prosecución del bien común sería, por tanto, inconstitucional, y sus efectos no serían válidos, este fin es el único válido para el Estado y vinculante para todas las demás normas de derecho público, además se encuentra reforzado en la norma contenida en el artículo 6° de la Constitución que establece: “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”.

La norma contenida en el artículo 1° de la Constitución encuentra su antecedente en el documento “Declaración de principios del Gobierno de Chile” (11 de marzo de 1974), en la cual se establece que “El fin del Estado es el bien común general”, concepto que es definido como “el conjunto de condiciones sociales que permita a todos y a cada uno de los chilenos alcanzar su plena realización personal”. Asimismo la Constitución establece que la finalidad de bien común debe alcanzarse con “pleno respeto a los derechos y garantías que esta constitución establece” (parte final del inciso 4° del artículo 1° de la Constitución), de esta forma si con una pretendida finalidad de bien común, los órganos públicos ejercieran sus potestades lesionando estos derechos y garantías, el acto el cuestión sería inconstitucional, nulo, y del cual deberían responder tanto el Estado como el funcionario actuante.

1.3.2. El Estado de Chile: Democrático y Republicano

El artículo 4° de la Constitución establece que: “Chile es una república democrática”, dicha norma tiene trascendencia a una serie de disposiciones contenidas en los capítulos siguientes de la Constitución: “De los derechos y deberes constitucionales”, “Gobierno”, “Congreso Nacional”, “Tribunal Constitucional”, “Justicia Electoral”, “Consejo de Seguridad Nacional”, disposiciones todas que determinan la designación, ejercicio y funciones de instituciones u órganos constitucionales, que ponen de manifiesto la norma que consagra a Chile como una república democrática.

El profesor Soto Kloss estima que, en razón de la finalidad de bien común encomendada al Estado, la autoridad constituye un medio para alcanzarla; así, el tipo de gobierno más adecuado para proveer al bien común es aquel en que quien dirige y gobierna la comunidad sea la comunidad misma, de esta forma es la democracia el tipo de gobierno, como régimen político, y como tal como el tipo de gobierno de la comunidad más conforme con la propia naturaleza humana. En consecuencia, lo básico del tipo de gobierno democracia está dado por la participación en el gobierno, o posibilidad de ello, de los hombres que conviven en la comunidad, ya sea directamente o representados; participación que conlleva, asimismo, la idea de control sobre los que gobiernan a fin de fiscalizar su actividad con el objeto de que esté ordenada al bien común, siendo dicha participación consecuencia de la libertad inherente a la naturaleza humana. Dicha libertad estaría asegurada por el hecho mismo de que la democracia es el tipo primario de gobierno, y por el hecho fundamental de que la autoridad deviene más fácilmente controlable al

ser el gobernante más directamente el servidor de todos, y tener su razón de ser en el bien común²⁷.

En la forma de gobierno República tanto la autoridad como los ciudadanos, están sometidos al Derecho. La Constitución Política de la República de Chile hace suya dicha afirmación, asegurando a todas las personas, en el artículo 19 número 2 inciso 1º: “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiado”, recalcándolo además con el inciso final de dicha disposición que señala: “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”. Asimismo, en nuestra tradición ya desde la Constitución de 1811 se consagra el principio de “igualdad ante la ley”. Constituyendo una arbitrariedad el que Estado no se encontrara vinculado a la Constitución y a las leyes o no respondiera por sus actos.

1.3.3. Supremacía y Obligatoriedad Constitucional

El inciso 1º del artículo 6º de la Constitución instituye que: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República”, dicha disposición disipa toda duda existente debido a que la Constitución era considerada un texto político más que jurídico; en razón de la extrapolación que la doctrina efectuó del sistema constitucional francés al chileno y, además, por la errónea creencia de que su obligatoriedad dependía de la dictación de una ley complementaria, obviando la aplicación directa de la Constitución. Dicho error trae como consecuencia que una disposición legal era considerada válida,

²⁷ Soto, E. op. cit, pp. 120-125.

doctrinariamente, a pesar de estar en contradicción con la Constitución. Esta doctrina se mantuvo, aún cuando la Constitución de 1925, contemplaba el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, el cual por ser excesivamente casuístico y formal, tuvo efectos limitados en la protección de los preceptos constitucionales frente a la ley.

De esta forma, desde principios del siglo XX y con el establecimiento del control de constitucionalidad de las leyes, fue superada la fiscalización por parte del parlamento y con ello, el dogma de infalibilidad del legislador, por ser representante de la voluntad general. La política llevó a que la ley dejara de ser manifestación de la voluntad general a instrumento de su autor, con la vulneración a los derechos de las personas que ello representa. Lo mismo ocurrió con la labor llevada a cabo por los jueces que, en aquella época según la posición de Montesquieu al respecto, jueces que aplicaban las leyes sin ninguna interpretación, como sus fieles servidores. Así, el control de constitucionalidad ejercido por un Tribunal independiente e imparcial, constituye asimismo un mecanismo protector de la dignidad y de los derechos de las personas.

Al respecto, entendiendo el reconocimiento del principio de supremacía constitucional, su consagración en el artículo 6° resultaba innecesaria, de haberse dado cumplimiento a dicho principio, puesto que es indudable que el ordenamiento jurídico en su conjunto descansa o tiene como fuente la Constitución.

El establecimiento de dicha supremacía y obligatoriedad, implica que sus normas orientan el sentido, alcance y fin de todas las normas que surgen de las potestades de los órganos públicos; siendo también vinculante para todos los

órganos y sus titulares, razón por la cual, sus atribuciones y potestades deben estar acordes a la Constitución.

De esta forma la Constitución ya no constituye sólo la manifestación de la potestad del Estado, sino que se ha subordinado al respeto y promoción de la dignidad de la persona y de sus derechos. Todos estos cambios, conllevan que la Constitución adquiera un papel fundamental y su aplicación se verifique, con garantías y control judicial, respetando así sus principios y normas.

1.3.4. Límites al Ejercicio de la Soberanía y de las Potestades Públicas

El artículo 5º inciso final establece: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”, es decir, las atribuciones de los órganos públicos están limitadas por el respeto a dichos derechos, tal limitación está dada por dos disposiciones, en primer término el ya señalado inciso final del artículo 5º y del artículo 19 número 26 del Capítulo III de la Constitución: “De los derechos y deberes constitucionales”. Asimismo, ambas disposiciones repiten la limitación también establecida a la prosecución del fin del Estado: bien común.

Por su parte, el artículo 19 número 26 de la Constitución asegura a todas las personas: “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos

en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”, garantizándose de esta forma la “esencia del derecho”, la cual no puede afectarse por las leyes que habiliten a los órganos públicos a ejercer sus potestades.

1.3.5. Principio de Subsidiariedad

El principio de subsidiariedad del Estado se haya reconocido desde la “Declaración de principios del Gobierno de Chile” y en las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, para ser posteriormente consagrado en el inciso tercero del artículo 1 de la Constitución: “El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”, disposición que por su ubicación en el Capítulo I resulta determinante, así podemos afirmar que no se limita a una declaración de principios de una sociedad libertaria, sino que se vincula al ejercicio de la libertades y derechos de las personas, como a la iniciativa privada en materia económica o al derecho de asociación.

1.3.6. Habilidad Constitucional

El artículo 7 de la Constitución establece que: “Ninguna magistratura, ninguna persona, o grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”.

Este principio, en primer término, nos remite a la vinculación de todo el ordenamiento jurídico a la Constitución como norma fundamental, ya sea por la habilitación legal de poderes o competencias a los órganos públicos, la cual será válida mientras esté en concordancia con la Constitución. Asimismo, cada una de sus actuaciones estará limitada por el principio de subsidiariedad y por el de intangibilidad de la esencia de los derechos.

De esta forma, están sometidos al principio de juridicidad, por lo cual sólo podrán actuar, cuando y en la forma, en que la Constitución los autorice; en la medida en que se encuentren, expresa y previamente, habilitados a ello.

Por estas razones los órganos públicos, en el ejercicio de sus potestades, deben dar cumplimiento a los requisitos que la Constitución establece como asimismo a los límites a dicho ejercicio, sino tales actuaciones no serán válidas, verificándose de esta forma, la nulidad de las mismas y la responsabilidad consiguiente del funcionario actuante.

1.4. Las Potestades Administrativas

El Estado de Derecho proclamado por nuestra Constitución, tiene su fundamento en principios básicos entre los que se encuentran, tal como fue señalado, la separación de funciones, el imperio de la ley como expresión de la voluntad general, el reconocimiento y resguardo de los derechos fundamentales y, la existencia de tribunales independientes e imparciales que controlen la actividad de la Administración.

De esta forma, el principio de legalidad, constituye uno de los fundamentos del Estado de Derecho, concepto que ha evolucionado en el entendido de que la Administración, estando sometida a la ley también está facultada para dictar normas legales, los reglamentos, así el concepto legalidad se convirtió en el de “bloque de legalidad”, por cuanto la Administración también estaría facultada para atribuirse poder de actuación. Asimismo, por encontrarse al servicio de los intereses generales y por su trascendente labor, está revestida de ciertas potestades y goza de ciertos privilegios, como contrapartida se encuentra sujeta a una serie de controles y limitaciones.

De esta forma, en las anteriores afirmaciones encontramos ciertos conceptos que es preciso analizar con el fin de que sean empleados de la forma más correcta: en primer término, “poder”; luego “potestad” y, finalmente “privilegios”, todos ellos respecto a la Administración; ya que preliminarmente podemos señalar que el “poder” es un elemento constitutivo de las potestades y éstas a su vez articulan en la práctica el ya proclamado principio de legalidad, el cual, por su parte constituye un límite al poder de la administración.

Según la Real Academia de la Lengua Española el vocablo “poder” viene del latín *potere*, formado según potes y significa “tener expedida la facultad o potencia de hacer algo”²⁸.

Maurice Hauriou en “Principios de derecho público y constitucional”, señala que “El poder es una libre energía que, gracias a su superioridad, asume la empresa del gobierno de un grupo humano por la creación continua del orden y del Derecho”²⁹. De esta forma, el poder es una libertad, una energía y una superioridad, entendiéndose por tales que el hecho de que sea una libertad

²⁸ <http://www.rae.es/rae.html>

²⁹ Hauriou, M. op. cit, p. 162.

aparece en la soberanía del Estado, asimismo que sea una energía no es lo mismo que fuerza y, como superioridad impide que esta el poder sea una fuerza pura. Además, el poder supone la existencia de un grupo humano que debe ser gobernado y el fin del poder será precisamente éste, es decir, el gobierno de este grupo. Así como el poder se mueve y guía por el espíritu de empresa que sirve también para ser medido.

Al respecto, el profesor Soto Kloss en su libro Derecho Administrativo: Bases Fundamentales, señala que “poder” existe en todo fenómeno donde es posible encontrar a un sujeto en que exista la “capacidad de exigir a algo o alguien un comportamiento determinado”, comportamiento que, tal vez, no hubiera sido espontáneamente adoptado³⁰. Las relaciones entre los miembros de una sociedad convergen hacia un fin, razón por la cual el poder que en ella se ejecuta constituirá un instrumento para alcanzar el fin en vista del cual dicha comunidad se organizó y del cual, es su titular, que necesitará de un líder para encauzarlo a la prosecución de su propio fin, quien no es su propietario sino que sólo lo ejerce, de esta forma es necesario establecer el mecanismo adecuado de transmisión de ese poder de acuerdo a reglas claras que le den permanencia. Así, el derecho institucionaliza el poder, le da permanencia, “esa durabilidad, o más bien, esa idea de durabilidad la da justamente el Derecho, a través de las normas jurídicas que encarnen o encarnaren esa idea: el poder – de este modo- no se debilita, sino que precisamente asume su grandeza, en cuanto finalizado, en cuanto vinculado a un fin, fin de “servicio a la comunidad”, asegurada su estabilidad y perdurabilidad en el Derecho...”³¹.

³⁰ Soto, E. op. cit, p. 83.

³¹ Idem, p. 92.

En la doctrina española De la Cuetara señala que: “Una sociedad se organiza en Estado tan pronto consigue el fundamental dato de la objetivación e institucionalización del poder que la mantiene unida; y se transforma en Estado de Derecho a través de la fragmentación y redistribución del poder permitida por un aparato de reglas institucionales: la Constitución”³².

Dicho autor, citando a Ariño Ortiz para quien el poder público es “el poder de creación e imposición unilateral de obligaciones y derechos”, dentro del cual está el “poder administrativo” que a diferencia del que corresponde a los tribunales, y en algunos casos al gobierno, constituye un poder no soberano, vinculado a la ley, controlado por jueces, y otorgado para la consecución de fines específicos de interés público. Este poder se manifiesta parcelado, distribuido en el conjunto de los órganos que integran el aparato organizativo del Estado, y este ámbito o parcela, constituye un *munus publicum*, esto es, una misión, una tarea de organización, defensa y gestión de un sector de los intereses públicos. Esto es lo que en Derecho administrativo se conoce con el nombre de competencias (ámbito de actuación propia en el cumplimiento de unos fines específicos para cuya realización el sujeto es investido de potestad, poder administrativo)³³.

En base a lo señalado anteriormente, De la Cuetara concluye que: “Las potestades administrativas constituyen una parcela del poder público general, totalmente juridificada, funcionalizada al servicio de fines concretos y fraccionada en dosis medibles”³⁴.

³² De la Cuetara, J. Las potestades administrativas. Madrid. Tecnos S.A. 1986, p. 15.

³³ Ariño Ortiz, “Sobre el concepto de Administración Pública y el Derecho Administrativo”, Prelección incluida en su *Programa de Derecho administrativo y guía para su estudio*, Universidad Complutense, Madrid, 1973, pp. 52-54. En: De la Cuetara, J. op. cit, pp. 32 y 33.

³⁴ De la Cuetara, J. op. cit, p. 33.

En la doctrina española también encontramos a Luis Cosculluela Montaner quien, citando a SANTI ROMANO, señala que la potestad es: “el poder jurídico para imponer decisiones a otros para el cumplimiento de un fin. La potestad entraña, así un poder otorgado por el ordenamiento jurídico de alcance limitado o medido para una finalidad predeterminada por la propia norma que la atribuye, y susceptible de control por los Tribunales. La potestad no supone, en ningún caso, un poder de acción libre, según la voluntad de quien lo ejerce, sino un poder limitado y controlable. Dentro de las potestades, las de la Administración Pública son potestades-función, que se caracterizan por ejercerse en interés de otro, esto es, no de quien la ejerce, sino del interés público o general”³⁵.

En la doctrina nacional el profesor Soto Kloss, al analizar las potestades administrativas, concluye en términos similares a los citados que “...las atribuciones que la ley confiere a los órganos administrativos precisamente para que realicen las prestaciones de bien común en favor de las personas, sus poderes-deberes, son poderes jurídicos *finalizados* (para el bien de las personas), son “potestades”; que eso significa este término, poder atribuido *en beneficio, para bien, a favor, en pro* de los ciudadanos, de las personas, del hombre y mujer común. No tienen otro fundamento esos poderes de imposición, otra causa ni otra finalidad, que el beneficioso de las personas; sino se actúan ni ejercer con ese fundamento y finalidad, su ejercicio mismo está *ipso iure viciado*”³⁶.

³⁵ Cosculluela, L. Manual de derecho administrativo. Tomo I. 15º ed. Civitas ediciones. Madrid. 2004, p. 326.

³⁶ Soto, E. Derecho Administrativo Bases fundamentales. Tomo II. Editorial jurídica de Chile. Santiago. 1996, pp. 111 y 112.

La sujeción por parte de la Administración a la norma jurídica atributiva de potestades, implica en primer término, una reafirmación del principio de igualdad, ya que en vista de tal atribución por parte de una norma general y abstracta excluye todo tipo de discriminación. Por otra parte, respecto a las relaciones entre los particulares y la Administración, dicha atribución de potestades supone que ésta se encuentra en una situación de supremacía, quedando el particular vinculado a sus decisiones dictadas en virtud de la potestad otorgada.

En esta materia Cosculluela indica que, sin embargo “dicha supremacía jurídica viene, no obstante, atemperada por el propio concepto de potestad que implica la vinculación de la acción administrativa al ordenamiento jurídico y a la consiguiente satisfacción de los intereses públicos y, sobre todo, por la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los administrados...”³⁷; asimismo, la administración se encuentra sujeta a reglas procedimentales, de selección de personal y controles de distinta índole. Pese a ello, dicha supremacía reviste caracteres más radicales, debido al otorgamiento de ciertos privilegios a la Administración, entre los que encontramos los de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, los referidos al régimen de bienes de la Administración y, aquéllos de carácter procesal, los cuales serán analizados en el Capítulo III de esta memoria; pero respecto de ellos, podemos señalar preliminarmente que son poderes otorgados a la Administración por el ordenamiento jurídico y que lo sitúan en una condición de desigualdad y superioridad en sus relaciones con los administrados.

³⁷ Cosculluela, L. op. cit, p. 327.

CAPITULO II

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS CIUDADANOS FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN

2.1. Los Derechos Fundamentales y su Determinación

El concepto de derechos humanos surge conjuntamente con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado, toda vez que el poder público debe ser ejercido al servicio de ésta. Actualmente existe el convencimiento de que todo ser humano tiene derechos frente al Estado, el cual además de respetarlos y garantizarlos, tiene el deber de dirigir su acción

con el fin de satisfacer su plena realización. De esta forma lo que hoy conocemos como “derechos humanos” son aquellos atributos de toda persona, inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer³⁸.

No es posible afirmar la existencia de un régimen de protección de los derechos humanos, si éste ha sido producto de una concesión por parte del Estado, no así del reconocimiento de derechos inherentes a la persona humana frente al poder público, de manera que éste se encuentra en el deber de respetarlos, garantizarlos y dirigir su acción a la plena realización de éstos.

El fenómeno del reconocimiento de derechos es relativamente reciente, que se verifica desde fines del siglo XVIII, comenzando con declaraciones sin fuerza vinculante. Así, en la historia constitucional occidental, el primer documento relevante es la Carta Magna de 1215, que estableció limitaciones al ejercicio del poder estatal frente a los súbditos, asimismo el Habeas Corpus de 1679 y el *Bill of Rights* de 1689, pueden considerarse precursores de las modernas declaraciones de derechos³⁹.

Las fuentes literarias de las Declaraciones de derechos las encontramos en la filosofía política del siglo XVIII, más específicamente en la doctrina de la Escuela del Derecho natural y de gentes, y en la doctrina del contrato político, en particular la del Tratado del gobierno civil del inglés John Locke, ideas que fueron reducidas a términos jurídicos por el jurista inglés Blackstone, que efectuó una enumeración de las libertades individuales. Dicha influencia se manifestó particularmente en las colonias inglesas de América como por ejemplo en las Declaración de Derecho del Estado de Virginia de 12 de junio de

³⁸ Nikken. P. 1987. La protección internacional de los derechos humanos: Su desarrollo progresivo. Instituto Interamericano de derechos humanos. Editorial Civitas. 1987. Madrid, p. 31.

³⁹ Ibid, p. 30.

1776. Asimismo, avanzando hacia la fuente común de las doctrinas sobre el Derecho natural, el contrato político y la soberanía nacional se hayan en la filosofía escolástica de la Edad Media, de esta forma Hauriou estima que “se comprueba que la idea de los derechos naturales que el hombre puede oponer al Estado, limitando la soberanía de éste, fue aportada por el Cristianismo”⁴⁰.

Las primeras declaraciones, en las cuales se reconocen derechos inherentes a la persona, con fuerza vinculante, se verifican en el contexto de la Revolución Norteamericana. Con la Declaración de Independencia de 1776 se afirma la igualdad, así como el derecho a la vida, a la libertad y la búsqueda de la felicidad, para cuyo resguardo los hombres han establecido gobiernos. De esta forma, los Estados van reconociendo los derechos humanos, incluso limitando su soberanía, en Francia encontramos que para Maurice Hauriou la determinación de tales derechos fue efectuada por medio de Declaraciones de derechos y, además expone que la forma de resguardarlos, se efectuó por medio del establecimiento constitucional de garantías de los derechos.

Como ya fue expuesto, las Declaraciones de derechos surgieron en América conjuntamente con la emancipación de las colonias inglesas, luego serán conocidas en Francia, concluyendo en el mes de agosto de 1789 con la *Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano*, antecedente de la Constitución de 1791, reconociéndose que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos.

Las leyes inglesas, a diferencia de las declaraciones producto de las revoluciones Norteamérica y francesa, constituyen una confirmación o interpretación de derechos antiguos o indiscutibles del pueblo inglés. No

⁴⁰ Hauriou, M. op. cit, pp. 96-97.

constituyen una limitación del poder legislativo, sino sientan las bases de una futura legislación que buscará desarrollar su protección. Ninguna ley es preeminente y el parlamento es soberano; así, las declaraciones americana y francesa son de “derechos del hombre”, en cambio las inglesas son más bien de “derechos del pueblo”. Más que el reconocimiento de derechos intangibles de la persona frente al Estado, lo que establecen son deberes para el gobierno⁴¹.

Al respecto, siguiendo a Maurice Hauriou podemos concluir que: “El Estado, que en las sociedades modernas representa el poder de las instituciones superpuesto jurídicamente al poder de la libertad primitiva y que, en consecuencia, se ha atribuido el monopolio del Derecho, había de reconocer la existencia de los derechos individuales, determinándolos jurídicamente”. Este reconocimiento jurídico se ha significado en las *Declaraciones de derechos*, que son, por parte del Estado, solemnes manifestaciones de voluntad. Habiendo reconocido que son derechos naturales, inviolables y sagrados, se encuentra por lo mismo, en la imposibilidad de violarlos; y esta declaración, aceptada por la nación, liga y limita la soberanía del Estado⁴². De esta forma, estos derechos constituyen una limitación a la soberanía del Estado y al ejercicio de las potestades atribuidas a la Administración, por cuanto dicha protección a los derechos esenciales emanados de la naturaleza humana por parte del derecho encuentra su fundamento en los principios democráticos y en que sin una tutela eficaz la Constitución constituye una mera declaración de principios sin aplicación práctica, por ello es necesario analizar dichas garantías.

⁴¹ Jellinek, G: *La Declaration des droits de l’homme et du citoyen*, trad. De G. Fardes. Nueva España. México. 1902, páginas 45-59.

⁴² Hauriou, M. *op cit*, p. 93.

2.2. Garantías de los Derechos Individuales

El reconocimiento de un derecho no es suficiente, sino que es preciso garantizarlo cuando pretenda ser violado o debatido, a través de medios políticos o jurídicos, ya sean recursos o acciones de protección, como también por la consagración de su pleno ejercicio por parte de las personas con procedimientos expeditos para el cumplimiento de dicho fin, todo ello con el fin de que se verifique en la práctica la obligatoriedad y efectividad del derecho que se ha reconocido. Dichos medios deben ser fortalecidos de modo tal que estas fórmulas no sean meras declaraciones y pasen a tener eficacia real. Así, se ha afirmado que no existen los derechos públicos subjetivos si el Código Político no contempla acciones eficaces para infundir concreción tangible a su defensa⁴³. En nuestro país, sí como en el resto del mundo, al revisar las Constituciones encontramos que, exceptuando el *habeas corpus* la concreción de dicho objetivo es relativamente reciente.

Los atentados a los derechos de un individuo pueden provenir de otro individuo, a través de disposiciones contractuales vulneradoras de derechos, o del Estado, por medio de la ley o de otro acto de un órgano estatal. De esta forma es menester distinguir los distintos tipos de garantías de los derechos y siguiendo la clasificación de Maurice Hauriou en su libro “Principios de derecho público y constitucional” encontramos que las garantías que el autor denomina de tipo constitucional, son aquéllas resultantes del principio de separación de poderes ya enunciado por Montesquieu en *Esprit des lois*: “La libertad política sólo se encuentra en los gobiernos limitados... No existe más que cuando no

⁴³ Cea, J. El nuevo derecho público en la doctrina chilena. Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 30, año 2006, p.174.

se abusa del poder; pero hay la experiencia constante de que todo hombre que tiene un poder tiende a abusar de él mientras no encuentre límites... Para que no pueda abusarse de un poder es necesario que, por la disposición de las cosas, el poder contenga al poder"⁴⁴. "La garantía constitucional de la separación de poderes consiste pues, en que los poderes separados se limiten, se controlen y moderen recíprocamente"⁴⁵.

En segundo término, siguiendo la anterior clasificación, encontramos las garantías que proporciona la mutua protección de las libertades individuales, adoptando múltiples formas, la libertad se protege a sí misma. Así encontramos, a título meramente ejemplar, el derecho de petición. El derecho de petición constituye una libertad especial, distinta del derecho al contencioso y a las libertades positivas, su existencia se remonta hacia las monarquías absolutas de occidente y a los imperios asiáticos; proviene del reconocimiento de que un hombre pueda hablar o dirigirse a otro hombre, en tanto no traspase el límite de la súplica, constituyendo un favor o gracia, mas no un derecho. Su utilización de carácter político se manifestó especialmente durante la Revolución Francesa, manteniéndose en lo sucesivo hasta que la prensa estuvo al alcance de todas las personas. En los países con gobierno de corte semidirecto y semirrepresentativo, éste se ha vuelto determinante, especialmente en lo que respecta a la intervención ciudadana en la formación de la ley. De esta forma, pasa a tener incidencia en las decisiones de las autoridades, debiendo someterse a la petición popular cuando se reúnan los requisitos para que ésta resulte determinante. En Chile se ha reconocido en el artículo 19 N° 14 de la Constitución que asegura a las personas: "El derecho de

⁴⁴ Citado por M. Hauriou. op. cit, p. 121.

⁴⁵ Idem, p. 121.

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”. De esta forma, la consagración constitucional del derecho de petición constituye un ejemplo determinante del reconocimiento que la legislación chilena otorga a la participación democrática.

En otra categoría de garantías encontramos aquéllas especiales de los derechos individuales, como la seguridad jurídica y las garantías contra los poderes del Estado. Respecto a las garantías contra el poder administrativo, Hauriou estima que el régimen administrativo, es decir, aquel poder político jurídico encargado de asumir la aplicación de las leyes en todo lo no propiamente contencioso, facilitando y, en caso de ser preciso, imponer la ejecución de las leyes a través de una adecuada reglamentación, de la organización de servicios públicos o de decisiones ejecutorias particulares; empleando con dicho fin, una coacción distinta de la que es propia de los tribunales de justicia, a la cual denominará “una especie de adiestramiento disciplinario de los ciudadanos”, en primer lugar, las decisiones de la administración tienen el carácter de ejecutorias, imponiéndose por si mismas a los administrados y su ejecución no se suspende a pesar de ser susceptibles de impugnación; asimismo, la autoridad administrativa está en situación de dar lugar o no lugar o no a las peticiones que se le formulen⁴⁶.

Frente a la intervención de la administración, los particulares disponen de variados medios de defensa, como los sistemas de recursos contra las decisiones de la administración, como también el sistema de responsabilidad para la administración del Estado y para sus funcionarios, establecido en el

⁴⁶ Hauriou, M. op. cit, p. 141.

artículo 38 de la Constitución, y por último, en los términos del artículo 20 de la Carta Fundamental que establece el Recurso de Protección, acción de naturaleza protectora de los derechos que la misma norma establece, el cual en palabras del profesor José Luis Cea, ha producido el cambio de mayor envergadura que ha ocurrido, en un siglo, en nuestro ordenamiento jurídico, así gracias al recurso de protección hoy la Constitución es viva porque se aplica por los gobernados⁴⁷.

2.3. Límites Constitucionales a las Potestades de la Administración del Estado: Los Derechos Humanos

En la actualidad, las relaciones entre el Estado y los particulares se dan dentro de un sistema en el cual, si bien es cierto que el Estado tiene múltiples facultades y derechos frente a los deberes impuestos a los particulares, éstos a su vez, son titulares de derechos respecto del Estado, que los sacan del rol secundario y subordinado a éste que imperaba en el pasado, a lo cual contribuyó, por cierto, el advenimiento del principio de participación ciudadana que constituye en elemento esencial de la democracia, así como la administración debe estar sometida plenamente al Derecho. Además, considerando los poderes y privilegios de que la administración es titular, es menester un fortalecimiento de los derechos de los ciudadanos para hacer frente a tal poder, como asimismo de mecanismos de control de tal poder.

De esta forma, el ingreso del tema de los derechos individuales a las Constituciones, por medio de su reconocimiento positivo, constituye un

⁴⁷ Cea, J. op. cit, p. 77.

episodio fundamental en su desarrollo, puesto que el reconocimiento de los derechos fundamentales y las libertades públicas, así como el de la intangibilidad de tales derechos, constituye una limitación a las competencias del poder público. Al reconocer y garantizar que hay derechos del ser humano que le son “inherentes”, es decir, anteriores y superiores al Estado, no dependen de él ni son producto de una concesión de autoridad, son derechos universales que corresponden a todo habitante de la Tierra. Así el Art. 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”; de esta forma, constituyen una limitación al ejercicio del poder estatal, ya que no puede afectar el pleno goce de ellos.

Asimismo, dentro del sistema de protección de los derechos humanos encontramos la Convención Americana que en su artículo 1 establece las siguientes obligaciones para los Estados partes: en primer lugar, deben respetar los derechos humanos de todos los individuos sujetos a su jurisdicción y, en segundo lugar, tienen la obligación de garantizarles el libre y pleno ejercicio y goce de los derechos humanos establecidos en la Convención. Estas obligaciones implican que el Estado y sus agentes no pueden violarlos y, además, que el Estado debe ejecutar todas las acciones necesarias para que las personas bajo su jurisdicción puedan ejercerlos y gozarlos, es decir, “...es deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio

del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos...”⁴⁸.

De la misma forma, el artículo 2 de la Convención establece la obligación de los Estados parte de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter, necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención, si el ejercicio de dichos derechos no estuviere ya garantizado en el Estado por disposiciones legislativas o de otro carácter.

En cuanto a las limitaciones al ejercicio del poder público, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que “en la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la restricción en el ejercicio del poder estatal”, el cual debe, por tanto, ser ejercido en favor de estos derechos. Tal como señalamos en el capítulo anterior, constituye una de las bases del Estado de Derecho, el conjunto de reglas que definen el ámbito de poder y someten su ejercicio a los derechos y atributos inherentes a la dignidad humana. Asimismo, implican obligaciones para el gobierno, y precisamente la lucha por los derechos humanos consiste en someter el ejercicio del poder a los imperativos que emanan de la dignidad humana⁴⁹.

De esta forma, el límite de los órganos del Estado está dado por los derechos humanos, así debe ajustar su sistema jurídico para asegurar su efectividad; razón por la cual debe poner a disposición de los ciudadanos los medios judiciales aptos para la protección de sus derechos.

Aunque si bien es cierto, el derecho de los derechos humanos autoriza ciertas limitaciones a estos, dichas limitaciones pueden verificarse en casos de emergencia, estando los gobiernos autorizados para suspender garantías;

⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4.

⁴⁹ Nikken, P. op. cit, p. 33.

asimismo pueden presentarse en condiciones normales, cuya base está dada por la noción de orden público. En este último caso, y en un Estado de Derecho, las restricciones impuestas a los derechos deben emanar de una ley, es decir, se rigen por el principio de la reserva legal; así el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, autoriza las limitaciones al goce de los derechos que ella misma reconoce fundadas en “leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

En nuestro país, el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución establece que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”⁵⁰.

En esta disposición se plantean diversas dificultades en su interpretación que, por lo demás, exceden a este trabajo. Por lo tanto, luego de su análisis podemos concluir que considerando el contexto histórico en el cual la norma fue dictada, la nomenclatura genérica de los términos empleada (“inherente”) y por último, que la Constitución no definió “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, los límites al ejercicio del poder están dados por tales

⁵⁰ El artículo 5° fue modificado por el artículo único N° 1 de la Ley de Reforma Constitucional N° 18.825, de 17 de agosto de 1989. Los autores han discrepado respecto de diversos aspectos de esta disposición: F. Cumplido, “Historia de una Negociación para la Protección y Garantía de los Derechos Humanos”, en Instituto de Estudios Internacionales, Nuevas Dimensiones en la Protección del Individuo, Universidad de Chile, Santiago, 1991, pp. 191-197; R. Díaz, “La Reforma al Artículo 5° de la Constitución” en *Ibidem*, pp. 199-208; M. A. Fernández, “La Reforma al Artículo 5° de la Constitución”, en *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile, Vol. 16 N° 3, 1989, pp. 809-825; H. Nogueira, “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile, Vol. 23 N° 2 y 3, Tomo I (Mayo-Agosto de 1996), 1996, pp. 341-380 y “Alcances de las modificaciones al artículo 5° de la Constitución Política chilena en relación con los tratados internacionales”, en *Ibidem*, pp. 276-290 (278).

derechos, sin importar si se encuentran o no en la Constitución o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Asimismo, respecto a los órganos que se encuentran vinculados por dicha disposición, hay sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵¹, en virtud de las cuales podemos concluir que el artículo 5 de la Constitución no habla de los órganos constitucionales del Estado, sino que se refiere a los órganos del Estado en general. Asimismo, hay concordancia en que es la función la que determina la calidad del órgano, por lo tanto todo el que ejerce una función pública tiene la calidad de órgano del Estado⁵².

Ahora bien, en la doctrina comparada se ha vislumbrado un profundo análisis de la influencia de los derechos fundamentales en el derecho administrativo⁵³. Así, Eberhard Schmidt-Assmann al examinar el impulso de los derechos fundamentales sobre el derecho administrativo señala que éstos han sido el componente del Estado de Derecho que más decisivamente ha influido en la evolución del Derecho administrativo de posguerra, actuando como límite a las habilitaciones de intervención administrativa, guían el ejercicio de la discrecionalidad administrativa; asimismo estima que por medio de los mandatos de proporcionalidad, igualdad y seguridad jurídica, todos derivados de los derechos fundamentales, el Derecho da respuesta a necesidades de racionalidad, prudencia y orientación⁵⁴.

⁵¹ Sentencias dictadas en los casos de Velásquez Rodríguez, nota 67, párr. 169 y Godínez Cruz, nota 68, párr. 178, la Corte dispuso: “Conforme al artículo 1.1. [de la Convención Americana de Derechos Humanos] es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda forma circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público, lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo”.

⁵² Lucas, P. Curso de derecho político. Vol. II. 3º edición revisada. Tecnos. Madrid. 1986, pp. 168-174.

⁵³ Sobre esto: Schmidt-Assmann, E. En “La teoría general del derecho administrativo como sistema, Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid. 2003, p.71; Schmidt-Assmann, en FS für Redeker, pp. 225 ss.; Hain, Schlette y Schmitz, *AöR*, 1997, pp. 32 ss.

⁵⁴ Schmidt-Assmann, op. cit., p.71.

Al surgimiento del Estado de Derecho, la intervención estatal era morigerada por medio de las garantías protectoras de la libertad de los ciudadanos, entre las cuales encontramos la legalidad respecto de la intervención estatal en la libertad y en la propiedad, los derechos subjetivos y el principio de proporcionalidad en el actuar del poder público. Actualmente estas garantías se insertan en el derecho administrativo por medio de los derechos fundamentales, de ello deriva su importancia para éste.

Asimismo, los derechos fundamentales condicionan una de las funciones del Estado de Derecho y del Estado, consagrada en el inciso 4º del Artículo 1º de la Constitución, que es la finalidad de bien común. Al mismo tiempo que, con el objetivo de resguardarlos, el derecho administrativo limita y condiciona la intervención administrativa, también promueve y condiciona dicha intervención. De esta forma, la actuación administrativa no aparece ya como atentatoria de derechos, sino que como una respuesta a las nuevas necesidades en la protección de los derechos de los ciudadanos⁵⁵. Aunque también es preciso destacar que la Administración, con el fin de alcanzar mayores niveles de eficacia, ha intentado prescindir de la libertad de los ciudadanos; pero es el Derecho que, por lo demás tiene su razón de ser en los derechos fundamentales y en las libertades de los ciudadanos, encuentra en la ley su fuente de legitimidad para ejercerse sobre las libertades y que, además, constituye un requisito para su funcionamiento, mucho más eficaz que el simplismo autoritario...⁵⁶. El ciudadano es el origen del poder y como tal no sólo es el destinatario de la acción administrativa, ya que mediante la representación política, es el titular de la creación legal.

⁵⁵ Ibid, pp. 73-74.

⁵⁶ García de Enterría, E. Hacia una nueva justicia administrativa. Madrid. Civitas. 1992, pp. 21-22.

2.4. El Proceso y el Procedimiento Administrativo como Garantía para los Administrados

2.4.1. Procedimiento Administrativo

El procedimiento administrativo constituye una sucesión encadenada de actos diversos que resultan esenciales en el aspecto protector de los derechos humanos, y su influencia en tal sentido se verá reflejada no sólo respecto a derechos subjetivos procedimentales, sino también en las cargas procesales, plazos y normas sobre preclusión⁵⁷, con ello nos estamos refiriendo al procedimiento administrativo, es decir, a la elaboración de un acto administrativo.

El acto administrativo constituye la base de la actividad jurídica del Estado, regulando además la función administrativa. Pese a su importancia, sólo recientemente el legislador estableció por medio de la Ley 19.880 sobre Procedimientos Administrativos, las bases de los procedimientos administrativos para producir dicho acto por parte de los órganos de la Administración del Estado, de forma coherente y sistemática. Aunque es necesario destacar que ya desde el nacimiento de la República existían normas al respecto, incluso actualmente, hay abundantes principios provenientes de la jurisprudencia de la Contraloría General de la República y de los Tribunales de Justicia competentes en el conocimiento del Recurso de Protección contra

⁵⁷ Schmidt-Assmann, E. op. cit, p.77.

actos administrativos. De esta forma, hay abundante legislación al respecto, y la Ley 19.880 se inserta en el ordenamiento jurídico nacional, por lo cual debe respetar la Constitución. La idea central en la Constitución es la primacía de la persona y, por tanto, la servicialidad del Estado, teniendo como límite infranqueable los derechos esenciales de las personas, con el deber de respetarlos y promoverlos y en que, pese a ser olvidado, el debido procedimiento es un derecho fundamental que debe ser por tanto respetado por el Estado, además de tener el deber de promover su ejercicio.

El artículo 18 inciso 1° de la Ley 19.880 define “procedimiento administrativo” como la sucesión de actos-trámites vinculados entre sí, emanados de la Administración y en su caso por particulares interesados, que tienen por finalidad producir un acto administrativo Terminal. Entre las finalidades de dicho cuerpo legal además se encuentra el garantizar los derechos e intereses de los particulares. Al respecto, la ley reconoce derechos a las personas frente a la Administración entre los cuales encontramos: conocimiento de la tramitación de los asuntos en que sean interesados, identificar a los funcionarios que practican dicha tramitación, acceso a los documentos, formular alegaciones y derecho a ser tratados con respeto, entre otros.

Asimismo, el artículo 11 inciso 2° establece la obligación de motivar o fundamentar explícitamente en la propia decisión o acto administrativo, los hechos y fundamentos de derecho en aquellos actos que afecten los derechos de las personas y los que decidan los recursos administrativos.

En el capítulo I de la Ley, se establecen los principios del procedimiento administrativo, los cuales sirven para asegurar el respeto de la juridicidad

procedimental, entre ellos encontramos: escrituración, gratuidad, implicancia, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad. Respecto al principio de gratuidad y a la materia que nos ocupa, es decir, los privilegios de que goza la Administración, existen una serie de normas legales que establecen la obligación de pagar las multas o sanciones pecuniarias para proceder a la reclamación en su contra, lo cual resulta, en opinión de cierta doctrina⁵⁸, inconstitucional; quedarían derogados tácitamente por esta ley en vista de la protección de los derechos de las personas que deben ser resguardados.

De este mismo modo, el artículo 54 inciso 1° de la Ley sobre Procedimientos Administrativos, dispone que el recurrente de un acto administrativo en sede administrativa, no podrá deducir la misma pretensión ante los Tribunales de Justicia, mientras la Administración no se haya pronunciado o mientras no transcurran los plazos requeridos para el silencio negativo; constituyendo una “inhibitoria legal”, impuesta por ley común, a las atribuciones exclusivas de los Tribunales de Justicia para el conocimiento de todos los asuntos que la Constitución le reserva en el artículo 73 de la Constitución, desconociendo el derecho a la acción de toda persona (artículo 19 N° 3) y afecta la esencia misma del derecho (artículo 19 N° 26), es decir, afectando el derecho a recurrir de protección contra un acto administrativo⁵⁹. De esta forma, podemos ver que en la normativa relativa al procedimiento administrativo la premisa de que dicho procedimiento constituye una garantía

⁵⁸ Soto, E. Solve et repete, notas sobre un resabio absolutista en el Estado constitucional de Derecho, en *Ius Publicum* N° 6. 2001, pp. 79-100.

⁵⁹ Soto, E. Ley N° 19.880, sobre procedimiento administrativo. 2003. Por Eduardo Soto Kloss “et al”. Santiago de Chile, Universidad Santo Tomás de Aquino, Academia de derecho Santo Tomás de Aquino.

para los administrados se ve menoscabada con las disposiciones ya señaladas.

La doctrina comparada, al analizar la vinculación entre el procedimiento administrativo y los derechos de los ciudadanos, ha despejado diversas interrogantes, es así como Eberhard Schmidt-Assmann, en cuanto a las características de que debe estar dotado tal procedimiento señala que al analizar la relación existente, y las diferencias, entre el procedimiento administrativo y el procedimiento judicial administrativo, desde el punto de vista de sus funciones, del papel que desempeñan las partes y de su regulación jurídica, además al examinar las discrepancias respecto de la posición del sujeto responsable del procedimiento, caracteriza al procedimiento administrativo. Señalando que “la Administración está siempre vinculada a los intereses públicos (al interés público sectorial de que se trate en cada caso) y nunca es neutral, ni siquiera en los procedimientos en los que se enfrentan una pluralidad de intereses privados y le corresponde en cierto modo una función de resolución del conflicto”⁶⁰. Lo cual resulta determinante desde el punto de vista de los derechos fundamentales, ya que no se manifiesta una igualdad entre las partes y un órgano resolutivo imparcial. Considerando tal premisa es determinante la eliminación de todo privilegio que no tenga una justificación objetiva y razonable, además de la revisión de los criterios que los determinan.

En la actualidad, los derechos fundamentales han puesto de relieve además de la adecuación a éstos de las formas procedimentales, los efectos de las actuaciones de la Administración. Así por ejemplo, al verificarse una intervención por parte de ésta sobrevienen una serie de consecuencias

⁶⁰ Idem.

jurídicas, frente a la cual por cierto, los ciudadanos disponen de varias garantías entre las que podrían manifestarse encontramos, a modo siempre ejemplificador, la estricta reserva legal y los principios de proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad, como también garantías de carácter procedimental. La influencia de los derechos fundamentales hace que en aquellos casos en los cuales en estricto rigor no estamos frente a una intervención administrativa propiamente tal, se produce un atentado en los derechos de los administrados, cuyos efectos podrían ser tan lesivos y no fácilmente eliminados así como a través de la impugnación de un acto administrativo⁶¹; teniendo siempre en consideración que no toda consecuencia lesiva para un particular sea consecuencia de una actuación pública, lo cual dependerá por cierto del nexo causal, además siempre existirán sacrificios que impone la vida social y que deben ser soportados por los ciudadanos. La conclusión opuesta llevaría a extender la responsabilidad a límites que, finalmente resultarían impositivos de la actuación pública.

2.4.2. Proceso Administrativo

El proceso administrativo que es precisamente el conocimiento judicial que un tribunal tiene de una acción que alguien interpone en contra de un acto administrativo⁶², respecto a éste último y sus características más relevantes, en cuanto a los privilegios que detenta la Administración, será analizado en profundidad en el último capítulo de esta memoria.

⁶¹ Al respecto, Schmidt-Assmann, E. op. cit., p. 82, cita como ejemplo de este tipo de actuación los mensajes, advertencias y consejos públicos, esto es, de los actos informativos del Estado.

⁶² Soto, E. Ley N° 19.880 sobre procedimientos administrativos. Conferencias Santo Tomás de Aquino, Academia de Derecho Santo Tomás de Aquino, Universidad Santo Tomás, 2003, Santiago.

Por lo pronto podemos señalar, en cuanto al proceso administrativo, que considerando los poderes y privilegios de que la administración es titular, es menester un fortalecimiento de los derechos de los ciudadanos para hacer frente a tal poder, como asimismo de mecanismos de control. Dicho objetivo se alcanza a través del control judicial de la Administración.

La Administración está siempre vinculada a las normas que la regulan, de modo tal que, como ocurre en las demás ramas del derecho sustantivo o material, requiere de la garantía dada por el control jurisdiccional de su actividad. Para alcanzar el ya mencionado equilibrio entre las prerrogativas de la administración y los derechos de los administrados, sólo se podrá alcanzar con la posibilidad de que éstos puedan recurrir a los órganos jurisdiccionales, con el objeto de obtener la revisión de un acto administrativo y/o la responsabilidad de la Administración ante la ocurrencia de un daño causado por ésta. En dichos procesos, la primacía de los principios de independencia de los jueces y legalidad, determinan que la justicia administrativa constituya un elemento de equilibrio entre la administración y los ciudadanos.

En nuestro derecho, la ausencia de un sistema de justicia administrativa y la existencia de diversos mecanismos de control, en los cuales se produce incluso confusión entre instancias judiciales y administrativas, atenta contra dicho objetivo de control; del mismo modo, contribuye a ello, la falta de un procedimiento general de conocimiento y sanción de las actuaciones administrativas, deficiencias que han tratado de superarse en la práctica por medio de la acción de nulidad de derecho público y del Recurso de Protección. Este último ha pasado a sustituir en la práctica al contencioso administrativo,

interponiéndose contra cualquier acto administrativo, ampliando de esta forma el control jurisdiccional incluso a la actividad discrecional.

El sistema de justicia administrativa constituye un premisa esencial del Estado de Derecho que es por lo demás un principio constitucional. Pese a ello su establecimiento no ha sido del todo simple, por cuanto quien ejerce un poder lo siente como libertad, es decir, exento de límites, de modo que el Derecho más que un habilitante legítimo aparece como un obstáculo. El contencioso administrativo surge como una exclusión judicial del poder ejecutivo, que tiene como base la Ley de separación que institucionalizó en Francia el principio de división de poderes, entre las funciones ejecutivas y judiciales. Así aparece hasta fines del siglo XIX como el “enjuiciamiento de la administración por sí misma”. En España, a diferencia de Francia, existe un sistema mixto en el que el personal resolutor es parte del Poder Judicial y actúa junto al personal administrativo, así la Administración pierde la titularidad en la resolución de los recursos contra ella, aunque mantiene ciertas atribuciones, de esta forma se plantean una serie de materias exentas, respecto al ámbito de ejecución de las sentencias, por citar alguna (materia que analizaremos en el Capítulo III). Dicho sistema ha continuado pese a la constitucionalización del sistema judicial puro de lo contencioso administrativo, que encontramos en el derecho a la tutela judicial efectiva, además en el principio de Estado de Derecho y que, por supuesto, subyace la idea del sometimiento de la administración a la ley. Al respecto, el profesor García de Enterría estima que “... han desaparecido, o están desapareciendo, los modelos históricos que justificaron en un momento dado una restricción substancial del control judicial sobre la Administración, modelos que han jugado como “soborno de conciencia” para mantener las

insuficiencias de nuestro propio sistema contencioso-administrativo. Esa evolución no es, por supuesto, un capricho de la moda, sino el fruto de la maduración de las demandas sociales y de los instrumentos técnicos disponibles para que una Administración democrática pueda desenvolverse entre ciudadanos libres e iguales”⁶³.

De esta forma, el sometimiento por parte de la Administración a la Ley, implica que debe servir a los intereses generales dentro del ámbito que ésta previamente le ha reservado, pero siempre bajo el resguardo de los derechos fundamentales, ya que es en el ciudadano donde está radicado el poder en última instancia, ya que a través de la dictación de las leyes se manifiesta dicho poder, mediante la representación política. Asimismo, si bien es cierto que ha primado la posición de la Administración en el sentido que, se estima más valiosa la protección de los intereses generales de que sería titular la actividad administrativa, en desmedro de los intereses de los particulares, en tal sentido y considerando que el ciudadano es titular de derechos fundamentales y la primacía de éstos en el ordenamiento jurídico, son los intereses del ciudadano los que deben ser preeminentes. De dicha preeminencia derivan diversas consecuencias, entre ellas encontramos el derecho a la tutela judicial efectiva. El cual, en el derecho español se encuentra en el artículo 24 de esa Constitución que establece: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión”, de tal disposición la doctrina⁶⁴ ha establecido una serie de consecuencias. En primer término, la justicia administrativa es una tutela de derechos e intereses

⁶³ García de Enterría, E. op. cit. p. 38.

⁶⁴ García de Enterría, E. op. cit. p. 59-62.

legítimos, además de la inconstitucionalidad de todas aquellas normas limitativas del contencioso-administrativo y la procedencia de la acción judicial para resolver acerca de la discrecionalidad.

Al respecto, en el derecho chileno, se hace patente la falta de un sistema de justicia administrativa, por lo cual revisaremos brevemente las causas y normas que son citadas con el fin de explicar tal ausencia y con ello, el consiguiente desmedro a los derechos de los ciudadanos.

En primer término, la Constitución de 1925 en su artículo 87 estableció: “Habrá Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materias de ley”; al respecto don Fernando Alessandri en la 33° sesión de la Subcomisión de Reforma Constitucional señaló que: “Lo que se pretende es que de los actos de las autoridades administrativas que deban ejecutarse de acuerdo con las leyes y que no queden sometidos a la revisión de los Tribunales ordinarios, pueda reclamarse a estos Tribunales administrativos. Son tribunales encargados de lo contencioso administrativo”⁶⁵. Pese a ello, la doctrina manifestó serias discrepancias al respecto, es así como el profesor Silva Cimma estimaba que dicha función era esencialmente administrativa, por lo que su ejercicio debe corresponder a la Administración, y de acuerdo al principio de separación de funciones dicha función no podría estar entregada al Poder Judicial⁶⁶. Por el contrario, el profesor Patricio Aylwin estima que dicha disposición revela que el

⁶⁵ En: 2005. La inexplicable ausencia de una justicia administrativa en el estado de Chile [en línea]<<https://www.cde.cl/revista.php?id=161> >[consulta: 26 abril 2008], p. 19.

⁶⁶ Silva Cimma, E. Derecho Administrativo. Tomo II. Editorial Universitaria S. A. 1959. p. 390.

fin de la disposición constitucional citada es el establecimiento de una jurisdicción contencioso administrativa con plenitud de competencia en la materia, para conocer de los diversos recursos contencioso administrativos⁶⁷.

Al analizar dicha disposición el profesor Pierry estima que el artículo 87 citado tuvo por finalidad afianzar el Estado de Derecho, sometiendo a la Administración a control por tribunales especializados, pero cometiendo el error de “pretender transplantar a Chile una institución jurídica extranjera que obedecía a circunstancias muy precisas, válidas sólo para Francia y que provenían de tiempos anteriores a la Revolución Francesa. Se quiso imponer en Chile el “régime administratif” francés, cuya base es la existencia de una jurisdicción separada del Poder Judicial. El efecto que produjo la presencia del artículo 87 de la Constitución, al no crearse en definitiva los tribunales administrativos, fue la de servir de fundamento jurídico para sostener la incompetencia o falta de jurisdicción de los tribunales ordinarios para controlar a la Administración...”⁶⁸. Dicha interpretación fue sostenida por la jurisprudencia, pese a que en el discurso de apertura del año judicial 1973, el Presidente de la Corte Suprema don Enrique Urrutia sostuvo que la norma del artículo 87 de la Constitución no significaba que los particulares quedaran en la indefensión, ya que el artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales no establece como excepción a la jurisdicción lo contencioso administrativo. De esta forma, dar una interpretación distinta constituiría un perjuicio aún mayor para los ciudadanos, ya que estarían privados de medios legales para recurrir contra los actos de la administración que atenten contra sus derechos.

⁶⁷ Aylwin, P. Derecho Administrativo. Tomo II. Editorial Universitaria S. A. 1959. pp. 162-163.

⁶⁸ Pierry, P. Tribunales contencioso-administrativos [en línea] <<https://www.cde.cl/revista.php?id=135>>[consulta: 26 abril 2008].

Posteriormente, la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (que culminaría su labor en la Constitución de 1980), instruyó a la Subcomisión de Estudio de lo Contencioso Administrativo en que la justicia administrativa quedaría entregada al Poder Judicial. Sin embargo dentro de los miembros de la Comisión existía el convencimiento de la necesidad de creación de los tribunales contencioso administrativos, incluso la misma Ministra de Justicia de la época, posteriormente desestimó tal posición en el sentido que los tribunales ordinarios no podrían tener la facultad de anular actos administrativos ilegales, por cuanto esta potestad “tiene el inconveniente práctico de que podría convertir a tales tribunales el día de mañana en administradores del Gobierno...”⁶⁹. Dicha tesis es congruente al constitucionalismo moderno en orden a que es menester para la protección de los derechos de los ciudadanos la estricta separación de poderes, ya que la historia ha demostrado que la reunión del poder en una persona o en un grupo reducido de ellas, atenta contra la libertad, como asimismo el que un poder tenga la facultad de anular los actos de los demás poderes del Estado.

De esta forma, el Anteproyecto de Constitución Política, establecía en el artículo 79 inciso 1º: “La facultad de conocer de las causas civiles, de las criminales y de las contencioso administrativas, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”, luego la Junta de Gobierno no aceptó la frase “de las contencioso administrativas” de dicha norma y dispuso incorporarla al artículo 38 inciso 2º; de esta forma el Poder Judicial tendría competencia para conocer sólo de las causas civiles y criminales, y los tribunales contencioso administrativos para

⁶⁹ Actas oficiales de la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución, p. 1312.

conocer de la Justicia Administrativa. Así fue aprobado el proyecto, rigiendo dicha norma hasta la reforma constitucional de 1989, según la Ley 18.825, que modificó las dos disposiciones en comento eliminando las referencias a los tribunales contencioso administrativo. De esta forma, parte de la doctrina nacional⁷⁰ entendió tal reforma como la desaparición definitiva de los tribunales contencioso administrativos con el consiguiente “trasvase” de la competencia que le hubiere correspondido a éstos, a los tribunales ordinarios de justicia.

Al respecto podemos señalar que dichas afirmaciones no son precisas por cuanto la norma constitucional del artículo 38 inciso 2° dejó reservada dicha materia al legislador al preceptuar que las personas lesionadas en sus derechos podrán reclamar “ante los tribunales que determine la ley”. Para el profesor Carlos Andrade es esta la interpretación correcta, por cuanto tal fue el objetivo del constituyente, es decir, que la ley determinara los tribunales competentes para conocer de la Justicia Administrativa⁷¹, pudiendo estar dentro o no del Poder Judicial y de esta forma, en virtud de la supremacía constitucional, es esta la interpretación correcta en pro del resguardo de los derechos de los ciudadanos, ya es necesaria la regulación sistemática y coherente de la Justicia Administrativa en nuestro país, tema de extrema importancia y amplitud, el cual no es abordable por completo en este trabajo.

Finalmente podemos concluir que, los derechos fundamentales despliegan su esfera de acción hacia las garantías procesales, de modo tal que su ámbito protector llega a las normas reguladoras del proceso, guiándolas y también, exigiendo su modificación con el fin de adecuarse a dicha protección.

⁷⁰ VER: Fiamma, G. Derecho y Libertad, diario El Mercurio, Santiago 18 de diciembre de 1989, p. A 2. y Silva, E. Derecho Administrativo, Chileno y comparado. Principios fundamentales. Editorial Jurídica de Chile, 1996, pp. 41-42.

⁷¹ Andrade, C. En: La inexplicable ausencia de una justicia administrativa en el estado de Chile [en línea] < <https://www.cde.cl/revista.php?id=161> >[consulta: 26 abril 2008], p. 27.

De esta forma, en cuanto a los principios procesales del ámbito administrativo deben guardar correlación con las disposiciones constitucionales, especialmente con las normas establecidas en el Capítulo III de la Constitución Política de la República de Chile: “De los Derechos y Deberes Constitucionales”, entre las cuales podemos señalar la garantía del debido proceso establecida en el Art. 19 número 3° de la Carta Fundamental y, la igualdad ante la ley; además de la disposición contenida en el Art. 76 del Capítulo VI: “Poder Judicial”. La trascendencia de dichas normas es tal que podemos afirmar que aquéllas contienen precisamente los principios esenciales del procedimiento administrativo, los demás podemos situarlos en la normativa legal actual que rige la materia.

CAPITULO III

PRIVILEGIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

3.1. Introducción

El Derecho Administrativo, tal como fue analizado, posee caracteres propios y diferenciadores de otras disciplinas jurídicas, por ejemplo, desde el punto de vista de las relaciones entre los sujetos por él vinculados.

La Administración, con el fin de tutelar los intereses generales, está revestida de ciertas potestades y, en el ejercicio de dichas potestades, es acreedora de ciertos privilegios, todos ellos objeto de regulación por parte del Derecho Administrativo; tanto en su constitución, como en su ejercicio. Dicha supremacía por parte de la Administración tiene entre sus más fuertes manifestaciones la atribución de los señalados privilegios, cuya vigencia se plantea en virtud del régimen administrativo francés, especialmente; sin embargo aparecen igualmente en el sistema del rule of law, aunque con un carácter menos sistemático y general, de forma tal que dichos privilegios se han mantenido a lo largo de la historia, remontándose incluso al derecho romano. A pesar de que ya en tiempos de Tiberio, Tácito señalaba, respecto a las relaciones que se producían entre el fisco y los particulares durante el proceso, que “no se diferenciaba de los demás en el modo de seguir su justicia”⁷²; sin embargo el profesor Soto Kloss estima que tal afirmación podría ser exacta sólo durante el siglo I, ya que posteriormente los asuntos litigiosos del fisco eran competencia de un juez especial, a lo que luego se sumaron

⁷² En: Soto, E. Derecho Administrativo. Bases Fundamentales. Tomo I. p. 230. Tácito: Anales, Libro 4 parág. 7.

normas cada vez más favorables frente a los particulares. Estos privilegios se atribuyen al aumento del poder absoluto del monarca⁷³.

Los privilegios de la Administración del Estado han sido definidos en la doctrina española como “situaciones y poderes que el ordenamiento jurídico le otorga -al menos a las de carácter territorial- y que le colocan en una situación desigual y superior respecto de los administrados que con ella se relacionan”⁷⁴.

Los actos administrativos, por el hecho de provenir de la Administración del Estado y como una prerrogativa imprescindible en su actuación, están revestidos de una presunción de legalidad, razón por la cual resulta sumamente resistible el cuestionamiento de tales actos, además dicha presunción constituye la base para su aplicación inmediata. Conjuntamente con otros privilegios, la Administración está facultada para obtener el cumplimiento dichos actos que, se presumen válidos y pueden, por tanto, producir sus efectos; nos referimos a la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos.

Entre los privilegios jurídicos de la Administración encontramos los de Ejecutividad y Ejecutoriedad de los actos administrativos y aquellos de carácter procesal como el “Solve et Repete” y los privilegios que se manifiestan en la Ejecución de Sentencias Condenatorias contra la Administración, como lo es, la Inembargabilidad de los Bienes de la Administración.

Con el fin de hacer frente a tales atribuciones, y de equilibrar los poderes jurídicos de que la Administración es titular, respecto de los administrados, la ley la somete al Principio de Legalidad y, por otra parte, reconoce Derechos en

⁷³ Soto, E. Derecho Administrativo. Bases Fundamentales. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 1996, p. 231.

⁷⁴ Cosculluela, L. Manual de derecho administrativo. 15° ed. Madrid, Civitas ediciones. Tomo II. 2004, p. 339.

favor las personas, todo ello con el fin de establecer un sistema de contrapesos. Por lo pronto estimamos que, por sobre los intereses generales se encuentran los derechos de las personas, como sujeto de protección jurídica, en virtud del mandato constitucional del artículo 1° inciso 4° de la Constitución Política y del Capítulo III, además de la supremacía jurídica de que gozan.

3.2. Clases de Privilegios

3.2.1. Ejecutividad y Ejecutoriedad de los Actos Administrativos

3.2.1.1. Ejecutividad

En la relación jurídico-administrativa, salvo calificadas excepciones, los actos administrativos son ejecutorios desde que su dictación, es decir, se presumen válidos y se bastan por sí mismos para proceder a su ejecución, sin necesidad de un procedimiento previo que declare su validez y obligatoriedad, para proceder a su cumplimiento.

En la doctrina española, Juan Alfonso Santamaría Pastor, ha señalado que los actos administrativos están dotados de “una fuerza jurídica singular”, la cual no se origina en alguna característica intrínseca de la que estarían revestidos, sino que “son una consecuencia de los privilegios que ostenta la Administración en cuanto organización integrante de los poderes públicos” quien además califica la ejecutividad como “autotutela declarativa”⁷⁵.

⁷⁵ Santamaría, J. Los Principios de Derecho Administrativo. 3° ed. Madrid, Centro de estudios Ramón Areces S.A. Tomo II, pp. 163-164.

En el mismo sentido los califica el profesor Luis Cosculluela Montaner, quien estima que la ejecutividad y la ejecutoriedad de los actos administrativos “son los privilegios más importantes reconocidos a la Administración”. De esta forma, el acto administrativo que es una decisión unilateral de la Administración, se presume válido y es inmediatamente ejecutivo, produciendo sus efectos una vez cumplidos los requisitos legales, pasando a ser de cumplimiento obligatorio para el administrado, sin necesidad de previa declaración de validez por parte de los Tribunales, aun cuando el administrado tampoco verifique tal declaración de validez. Así el artículo 57.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP) establece que: “los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos”; sin embargo se ha extendido la aplicación de dicha presunción de validez hasta señalar que los actos administrativos son capaces de modificar situaciones jurídicas, lo cual tal como señala Santamaría Pastor es incorrecto por cuanto: “el que un acto se presuma válido no supone, necesariamente, que pueda modificar por sí solo, de modo autoritario, situaciones jurídicas de otros sujetos. La presunción sólo expresa, de modo bastante críptico, la imposición al destinatario del acto de la carga de recurrirlo si desea privarle de eficacia”⁷⁶.

Sin embargo, encontramos como calificada excepción a la ejecutividad de los actos administrativos, el caso de las resoluciones sancionadoras, que serán ejecutivas cuando pongan fin a la vía administrativa según lo dispuesto

⁷⁶ Idem, p. 164.

por el artículo 138.3 LRJAP, así el administrado tiene la carga de impugnar el acto administrativo, con el fin de que no se produzca su firmeza⁷⁷.

El fundamento del privilegio de ejecutividad lo encontramos en la presunción de legalidad de los actos administrativos, puesto que la Administración constituye un poder de derecho, no meramente fáctico. Asimismo, en el principio de eficacia de la actuación administrativa, que persigue la satisfacción de los intereses generales por sobre la actuación de los particulares, el cual, además compatibiliza el privilegio de ejecutividad con el derecho a la tutela efectiva de los ciudadanos. Como consecuencia de ello, no es necesario un procedimiento judicial previo que declare la legalidad de los actos administrativos, además la interposición de recursos contra ellos no suspende su ejecución, salvo excepciones.

La constitucionalidad del principio de ejecutividad, respecto al Derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el párrafo 1 del artículo 24 de la Constitución Española, en los siguientes términos: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión”; ha sido sometida al conocimiento del Tribunal Constitucional español, cuya jurisprudencia ha sido vacilante. En primer término, ha determinado que el fundamento de éste se encuentra en el interés general y en el de terceros beneficiados por el acto, siendo acorde con la Constitución, siempre que se reinterpreten los preceptos aplicables (Sentencia 66/1984, 6 de junio). Asimismo, ha sostenido que el derecho a la tutela es afectado cuando se facilita que la

⁷⁷ Cosculluela, L. Manual de Derecho Administrativo, Tomo I, 15^o Edición, Civitas Ediciones, Madrid, 2004, p. 339.

ejecutividad sea sometida a la acción de un Tribunal y que éste, respetando el principio de contradicción y con conocimiento del asunto, emita la resolución respectiva acerca de la suspensión solicitada (Sentencia 76/1984, 6 de junio). Respecto al periodo que media entre la solicitud de suspensión del acto y su resolución, el Tribunal Constitución resolvió que la Administración no podrá ejecutarlo mientras no exista dicha resolución, puesto que de hacerlo “se habría convertido en juez” (Sentencia 78/1996, 20 de mayo). Del mismo modo, en sentencias 115/1987 y 238/1992, ha declarado inconstitucionales las normas que impidan la suspensión de ejecutividad de las decisiones de la Administración.

La jurisprudencia, en materia de actos sancionadores y respecto al derecho a la presunción de inocencia, estima que el principio de ejecutividad está contenido en el principio constitucional de eficacia, que protege los intereses generales como bienes constitucionalmente protegidos, y por tanto el derecho a la tutela judicial efectiva no implica la suspensión del principio de ejecutividad, ya que así ha quedado establecida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, en sentencia 86/84 afirmó que la ejecutividad de los actos administrativos sancionadores no se opone a la tutela judicial efectiva, ni la presunción de inocencia, puesto que al contemplarse la posibilidad de control judicial, se garantizan los intereses del administrado, por lo cual no es afectada la esencia del derecho a la tutela. Dicho criterio fue posteriormente repetido en Sentencia de 7 julio de 1987.

3.2.1.2. Ejecutoriedad

El privilegio de la decisión ejecutoria, también denominado acción de oficio o autotutela ejecutiva⁷⁸, constituye una prerrogativa que el Derecho Administrativo europeo continental reconoce ampliamente, a la Administración, como consecuencia del régimen administrativo y de la posición de superioridad institucional que ocupa la Administración del Estado⁷⁹.

La potestad de ejecución forzosa de la Administración para ejecutar sus propios actos, constituye una consecuencia del principio de eficacia y de legalidad de los actos administrativos, y se ve concretada en la facultad de la Administración para ejercer la coacción de forma legítima para el cumplimiento de sus decisiones sin recurrir al imperio de los Tribunales de Justicia⁸⁰. De esta forma, los derechos que provienen de tales actos, son susceptibles de ser realizados por sí mismos, sin necesidad de acudir a los Tribunales, pese a la negativa del obligado, no siendo necesario un proceso de ejecución, lo cual supone una exención de juicio ejecutivo, separándose de la situación en la que se encuentran los particulares, por cuanto éstos aunque tengan un título ejecutivo, deben recurrir a los tribunales de justicia con el fin de que éstos ordenen la ejecución, en cambio, la Administración, por regla general, sólo recurrirá a éstos cuando una ley así lo exija para proceder a dicha ejecución.

El artículo 56 de la LRJAP establece que “los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley”, del mismo modo el artículo 95 de la LRJAP prescribe que “Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos

⁷⁸ Santamaría, J. op. cit, 164.

⁷⁹ García de Enterría y Fernández. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. 2004, pp. 469 y ss.

⁸⁰ Cháves, J. Los derechos de los ciudadanos ante las administraciones públicas. Ediciones TREA S.A. Gijón. 1999, p. 28.

competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales”.

En la legislación española se establecen ciertas limitaciones al ejercicio de dicha potestad, por cierto, controlables por los órganos jurisdiccionales, las cuales se encuentran en los artículos 96 y 101 de la Ley de Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en primer término, su ejercicio se referirá a materias de competencia de la Administración, en segundo lugar, debe efectuarse de acuerdo al procedimiento legalmente establecido y, por último, debe respetarse el principio de proporcionalidad entre la medida y la finalidad perseguida y, en el caso de ser varios los medios de ejecución se optará por el menos restrictivo de la libertad individual. Asimismo, por la restricción de los derechos individuales que la ejecución forzosa significa, el artículo 95 de la LRJAP establece como presupuesto, el previo apercibimiento, además el artículo 93.2 de la misma ley obliga al órgano que ordene la ejecución, la notificación al particular interesado de la resolución que autorice la actuación administrativa.

Respecto a la ejecutoriedad de los actos administrativos, el Tribunal Constitucional español estima que la potestad de autotutela o autoejecución no es contraria a la Constitución, específicamente con el monopolio de la potestad jurisdiccional consagrado a los Tribunales de Justicia; distinto a ello es que por el derecho a la inviolabilidad del hogar, constitucionalmente protegido, es necesaria una resolución judicial previa para el ingreso a éste (Sentencia 22/1984, 27 febrero). Al respecto podemos señalar que dicha resolución implica

un fortalecimiento a las garantías de los ciudadanos, en desmedro de las potestades de la Administración.

Asimismo, en sentencia 22/1994, el Tribunal Constitucional español dictaminó que el principio de ejecutividad no es contrario a la Constitución, ya que encuentra su fundamento en el principio de eficacia de la actuación administrativa, es decir, la posibilidad de que el acto administrativo produzca los efectos que persigue, consagrado en el artículo 103 de la Constitución. Asimismo, en sentencia de 4 de diciembre de 1994, el Tribunal resolvió que el principio de autoejecución de la Administración, tampoco pugna con el artículo 14 de la Constitución, en relación al hecho de que la Administración se encontraría en una posición de superioridad respecto del administrado, puesto que según dicho Tribunal, la posición de prerrogativa en la que se encuentra la Administración frente a los ciudadanos, tiene su fundamento en la finalidad que ésta persigue: la satisfacción de los intereses generales.

En el Capítulo anterior, nos referimos a la primacía de los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico, lo cual trae como consecuencia, en primer orden, un cambio en las relaciones entre la Administración y los administrados. La superioridad de ésta, surgía por tener la finalidad de salvaguardar el interés general; el administrado, por su parte, tiene un interés particular, pero por ser titular de derechos fundamentales, el hecho de que la Administración sea titular de un interés general no legitima una posición superior a los derechos de los ciudadanos. Del mismo modo concluye “que los intereses generales que legitiman la actuación del Gobierno y de la Administración no pueden invocarse como “razón de Estado” para justificar

cualquier infracción jurídica es quizá la idea esencial del Estado de Derecho proclamado en el artículo 1º de la Constitución”⁸¹.

Asimismo, producto de este cambio instaurado por los derechos fundamentales, la regla de que la interposición de recursos no suspendiera los efectos de los actos administrativos recurridos, se ha invertido, operando desde la entrada en vigencia de la Ley 62 de 1978, de protección jurisdiccional de derechos fundamentales. Siempre que se invoquen, con alguna seriedad derechos fundamentales, la regla es precisamente el carácter suspensivo del recurso y esto tampoco por una razón puramente mecánica, sino porque los derechos fundamentales son el fundamento del orden jurídico, en tanto que la ejecutoriedad de la acción administrativa es un instrumento ordinario, sumamente respetable, de gestión administrativa, pero no es en sí mismo un fundamento del orden⁸².

Asimismo, el legislador ha establecido casos de suspensión de la aplicación del acto impugnado, es decir, de la sanción de multa establecida, por la reclamación de dicha multa, tal suspensión la encontramos en el artículo 11 inciso 1º letra e) de la Ley N° 18.902 sobre Superintendencia de Servicios Sanitarios.

3.2.1.3. Ejecutividad y Ejecutoriedad en la Legislación Nacional.

i) Introducción

⁸¹ García de Enterría, E. Hacia una nueva justicia administrativa. Madrid. Civitas. 1992, p. 62.

⁸² Ibid, pp. 54-56.

En el derecho chileno, la ejecutividad y la ejecutoriedad de los actos administrativos, ha sido cuestionada por la doctrina y se ha reconocido sólo en forma excepcional y con un alcance limitado⁸³. Del mismo modo, se ha cuestionado uno de los supuestos fundamentos de tales prerrogativas, es decir, la presunción de legalidad de los actos administrativos; en el año 1991 el profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile, don Iván Aróstica Maldonado quien, reconociendo lo imprescindible que resultan tales atribuciones y prerrogativas que posee la Administración para un “Estado de Derecho verdaderamente armónico” y, al indagar acerca de la presunción de legitimidad estima que “uno se resiste a creer que las decisiones que cotidianamente adoptan los agentes y funcionarios de la Administración y que afectan los derechos de los ciudadanos puedan ser considerados, a priori, como inmaculadamente ajustados a la legalidad vigente”⁸⁴.

Respecto al fundamento dado por la doctrina a la presunción de legalidad de los actos administrativos, el citado profesor señala que en este punto se manifiestan dos tendencias que oscilan en que ésta “radica en las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos y, quienes encuentran un fundamento teórico de manera similar a las leyes, en que por razones prácticas se establece que el derecho se supone conocido por todos aunque ello de hecho no sea así”⁸⁵.

Por su parte, el profesor de la Universidad Católica de Valparaíso, don Osvaldo Oelckers Camus en la Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso señala precisamente: “Pues bien, los actos administrativos son

⁸³ Aróstica, I. Caracteres del acto administrativo. Curso de Derecho Administrativo. sección 7. mimeo, U. de Chile. 1994, p. 35.

⁸⁴ Aróstica, I. ¿Qué queda de la presunción de legalidad? Revista de Derecho y Jurisprudencia (88) N° 1, Primera Parte, 1991. p. 2.

⁸⁵ Idem.

ejecutorios, aunque puedan traer consigo importantes limitaciones o intromisiones en la esfera jurídica de los particulares”⁸⁶.

Asimismo, dichas prerrogativas, a pesar de la existencia de texto legal expreso, puesto que se encuentran contempladas en el artículo 3° inciso 8° de la Ley 19.880 que consagra la presunción de legalidad, imperio y exigibilidad de los actos administrativos, así como el artículo 51 de la misma ley que establece la ejecutoriedad de los actos administrativos; han sido objeto de variadas críticas por parte de la doctrina nacional y extranjera.

La doctrina ha encuadrado dichos privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad dentro de la denominada por el profesor Eduardo García de Enterría: “autotutela administrativa”, es decir, la facultad de que está dotada la Administración, a diferencia de la prohibición a que se encuentran sujetos los particulares del ejercicio de la autotutela, de ejercerla como regla general cuando ésta actúa regida por el Derecho Administrativo, en virtud de la previa y expresa habilitación para actuar conferida a sus órganos por los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, la Administración se encuentra autorizada para dictar actos jurídicos, en forma unilateral, que se imponen a los administrados, siempre y cuando estén revestidos de validez. Asimismo, implica la facultad de ejecutar dichos actos por sí mismos, no necesitando el auxilio de los tribunales de justicia para declarar o hacer valer sus pretensiones, privilegio exclusivo otorgado a la Administración en razón de la finalidad de bien común que persigue⁸⁷.

Desde otro punto de vista y en doctrina española, el profesor Luis Cosculluela señala que la autotutela no constituye un principio, en lo relativo a

⁸⁶ Oelckers, O. El principio de autotutela administrativa como privilegio de la Administración Pública. Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso. Vol. 2°. 1978, p. 122.

⁸⁷ García de Enterría, E. y Fernández, R. Curso de Derecho Administrativo. Madrid. 1974, pp. 315 y ss.

la ejecutividad del acto administrativo, ya que un principio posee un efecto expansivo y establece la obligación de no contradecirlo, siendo más propio seguir denominándolos privilegios, por cuanto constituyen la más genuina manifestación del régimen administrativo continental tradicional, pero no constituyen un verdadero principio general, por constituir una excepción al derecho común debe aplicarse restrictivamente. Por estas razones, su aplicación debe encuadrarse dentro de ciertos límites, así se entiende mejor su sujeción al respeto de los derechos constitucionales.

Del mismo modo, la expansión de los casos en los cuales procede la suspensión de la ejecución, demuestra que no es un principio general, que exprese valores fundamentales, sino una regla que tiene excepciones frente a determinados derechos o posibles agresiones a éstos o garantías prestadas por el administrado obligado a su cumplimiento. En definitiva, lo que la regla trata de garantizar es potenciar la eficacia administrativa y evitar dilaciones indebidas en la ejecución de la acción administrativa, que pueden hacer peligrar la ejecución final de dicha actividad⁸⁸.

En doctrina nacional, en el mismo sentido el profesor Osvaldo Oelckers Camus señala que: "(...) la ejecutoriedad de los actos administrativos no es la regla general que explique los diversos privilegios que detenta la Administración y que en este momento nos interesan, sino que es sólo manifestación de un principio más general que explica en su conjunto a todos estos fenómenos y que no es otro que el llamado Principio de Autotutela. Este principio, a su vez, aparece como consecuencia del desarrollo histórico y de la forma en que se ha entendido el principio de la separación de poderes a partir

⁸⁸ Cosculluela, L. op. cit, p. 339 y 340.

de la Revolución Francesa”⁸⁹. Al respecto, el profesor Oelckers agrega a continuación que: “A la vista de estos antecedentes nos parece fundamental la conexión del principio de autotutela con la división de los poderes y cómo dicho principio se manifiesta al ser un auténtico privilegio posicional de la Administración Pública, posicional, puesto que supone una determinada posición de exención respecto a los tribunales)”⁹⁰.

ii) Jurisprudencia Contralora y Judicial

La Contraloría General de la República ya en el año 1957 en dictamen número 1589 estableció que: “Un decreto supremo legalmente tramitado tiene pleno valor y eficacia jurídica dentro de la Administración y debe, por tanto, ser cumplido y respetado por los funcionarios públicos, no siéndoles lícito excusarse de cumplirlo a pretexto de una supuesta ilegalidad del mismo, ya que una vez que ha sido tramitado y tomado razón por Contraloría, se ha establecido una verdadera presunción de legalidad”. Dicha posición ha sido sostenida en diversos dictámenes, entre los que encontramos: 11.470 de 1960; 49.825 de 1964; 21.558 de 1965; 39.412 y 72.784 de 1968; 8.099 de 1973 y 11.191 de 1976.

Asimismo, tal presunción de legalidad también, previo a la dictación de la Ley 19.880, se entendía que también era vinculante para los administrados, así en dictamen 82.374 de 1966 estableció que: “producida la toma de razón de un decreto o resolución, ese pronunciamiento adquiere plena eficacia, tanto para

⁸⁹ Ver: García de Enterría, E. La revolución francesa y la Administración Contemporánea, Madrid, 1972, Cuadernos Taurus 113. Citado por Oelckers, O. op. cit, p. 123

⁹⁰ Oelckers, O. El principio de autotutela administrativa como privilegio de la Administración Pública. Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso. Vol. 2°. 1978, p. 127.

la administración como para los administrados o personas a quienes afecta, conforme a la presunción de legitimidad que deriva de ese pronunciamiento”. Sin embargo, respecto a la eficacia de éstos, la Contraloría General de la República reconoce en dictamen 92.080 de 1973 que dicha presunción “no impide que dichos actos puedan ser invalidados si se comprueba más tarde que tenía defectos de ilegalidad o que se habían fundado en presupuestos irregulares”.

De esta forma se estimaba que sólo algunos actos administrativos gozaban de la pretendida presunción de legalidad, en los términos del profesor Iván Aróstica, ésta “alcanzaría a las decisiones administrativas contenidas en decretos o resoluciones, únicos que deben someterse al control preventivo de juridicidad por parte de la Contraloría General de la República” (...) “y no tampoco todos los actos tomados de razón se beneficiarían con ella, sino únicamente los que lo han sido con el juicio favorable de la Contraloría o del Tribunal Constitucional” (...) “Es obvio: esta presunción no toca para nada a los tribunales de justicia, quienes en ejercicio de sus potestades jurisdiccionales de control represivo sobre la Administración pueden declarar la nulidad o dejar sin aplicación actos cursados por la Contraloría ya que únicamente las sentencias ejecutoriadas son la última palabra en materia de derecho, ni alcanza tampoco a los particulares que no se sientan conformes con la decisión cursada, ya que si la estiman ilegal o arbitraria no le deben profesar acatamiento alguno y pueden reclamarla ante dichos tribunales”⁹¹.

La doctrina, tal como fue señalado anteriormente, se manifiesta mayoritariamente contraria a las antedichas prerrogativas de los actos

⁹¹ Aróstica, I. ¿Qué queda de la presunción de legalidad? RDJ, t. 88 (1991) N° 1. Primera Parte, pp. 5-7.

administrativos; por lo cual ahora nos corresponde analizar la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia, respecto de la pretendida autotutela de la Administración.

Los tribunales superiores de justicia, conociendo de Recursos de Protección interpuestos por particulares que esgrimen vulneración de derechos por parte de la Administración, y que han desconocido el imperio de la Administración respecto de actos que estiman ilícitos, han dispuesto la nulidad de éstos o prescindido de ellos para resolver; como también, han dispuesto la responsabilidad pecuniaria del Estado por los perjuicios causados a los particulares a través de un acto administrativo ilegal⁹². Por ello citaremos algunas sentencias que, de una u otra forma, desconocen la pretendida autotutela de la Administración.

En sentencia de 27 de enero de 1984 pronunciada por la Corte Suprema, en Recurso de Protección presentado por don Romeo Bernal Jonson con Caja de Previsión de la Marina Mercante Nacional, señala en el considerando 5º que “la resolución adoptada en orden a suspender el pago de la pensión como la de invalidarla han sido motivadas por situaciones de hecho que podrían corresponder a la de este imponente, pero sin indicar concretamente cual es el defecto legal en que se habría incurrido para otorgarle la pensión al recurrente conforme lo dispone el artículo 12 del Decreto Ley 2.448, de tal manera que dichas resoluciones aparecen desprovistas de la adecuada razón para restarle eficacia a un acto administrativo que objetivamente no merece reparos”. En este caso, la Corte reconoce la ejecutoriedad del acto administrativo anterior y constitutivo de derechos, el

⁹² RDJ, t. 41 (1943) 2.1, 228-252: Fernando Jaramillo contra Pedro Enrique Alfonso y otros.

cual, no podrá ser desconocido por la Administración a través de un acto posterior, sin la intervención de los tribunales de justicia.

Asimismo, la Corte de Apelaciones de Santiago ha privado de eficacia otro acto administrativo, con fecha 14 de noviembre de 1989, en Recurso de Protección presentado por doña Yolanda Zanini Cabrera con Subsecretario de Marina, en el considerando 6° establece que: "(...) La autoridad recurrida alteró intempestivamente el statu quo vigente, ya que para dictar la resolución impugnada no dio oportunidad a la señora Zanini para que hiciera valer sus derechos (...). De este modo, sin desconocer la validez, hasta ahora aparente, del matrimonio de la señora Grigorescu, es lo cierto que además de haberse invocado en circunstancias que demuestran lo irregular del procedimiento, -al mantenerlo oculto por largo tiempo-, hay una evidente arbitrariedad cuando se permite hacerlo valer sin oír previamente a la persona cuyos derechos resultan afectados". De esta forma, aparece como requisito de validez del procedimiento en el cual se dictó el acto impugnado, la bilateralidad de la audiencia, en virtud de lo cual la Corte dejó sin efecto el acto en cuestión por adolecer de dicha infracción, con lo cual la Administración ve evidentemente diezmadas sus prerrogativas en orden a obtener la ejecución de sus actos por sus propios medios.

Tal como aparece de manifiesto en los casos anteriores, los tribunales de justicia han resuelto reiteradamente la necesidad de que la Administración deba ejercer acciones judiciales con el fin de privar de efectos actos administrativos que adolecen de ilegalidad, citaremos algunos fallos ejemplificadotes al respecto. En Recurso de Protección presentado ante la Corte de Apelaciones de Santiago por doña María Lathrop Zavala contra

Contraloría General de la República, el cual fue resuelto por sentencia de 19 de abril de 1991, la cual, en los considerando 3° y 4° establece: “3°.- Que correspondiendo en último término a los tribunales ordinarios de justicia declarar el Derecho a interpretar las leyes, no parece justo ni equitativo que por la simple vía administrativa se pretenda alterar el monto de un derecho de índole patrimonial; 4°.- Que en una contingencia de esta naturaleza corresponde a la Institución que se considera perjudicada accionar ante los tribunales, a fin de obtener la restitución de lo indebidamente percibido por el pensionado o sus asignatarios”. Con dichas consideraciones hace suya la sentencia anteriormente citada, a lo cual agrega en el considerando 5°: “Que el procedimiento de hecho asumido por parte del organismo provisional, implica ejercer una auto tutela, conducta que no encuadra con el régimen de Estado de Derecho imperante en nuestro país y consagrado expresamente en la Constitución, en sus artículos 6° y 7° particularmente”.

En el mismo sentido, la Corte Suprema en sentencia de 13 de abril de 1993, resolviendo el recurso de protección presentado por don Jorge Varela Goñi contra el Instituto de Normalización Provisional, señala: “Octavo: Que aún cuando el recurrente hubiere hecho efectivamente retiros de imposiciones, cabe tener presente que tanto la doctrina administrativa como la jurisprudencia de los tribunales y de esta Corte se ha uniformado para declarar la irrevocabilidad de los actos administrativos reglados especialmente cuando con la revocación se atente contra derechos adquiridos por particulares al amparo del acto anterior. Así se cumple con el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos (...)”. Luego, citando al profesor Soto Kloss señala que: “(...) no puede proceder a su invalidación, como veíamos, por carecer en tal caso

jurídicamente de una autotutela declarativa, atendido que la tutela del ordenamiento jurídico corresponde al juez y no a la Administración en nuestra Constitución republicana, cuando aquel ha sido quebrantado”. De esta forma concluye: “Duodécimo: Que la actuación del Instituto recurrido (...), importa una perturbación en el derecho de dominio del recurrente y a la que debe ponerse término mediante el presente recurso, reponiendo las cosas al estado anterior al hecho ilegal y arbitrario del cual se reclama, todo ello sin perjuicio de la facultad del Instituto recurrido para entablar las acciones que estime pertinentes ante los tribunales ordinarios en demanda de sus derechos”. De esta forma, remite el conocimiento de dicho asuntos a los tribunales ordinarios de justicia, proscribiendo la autotutela administrativa; al igual que en sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 15 de julio de 1996, Manuel Ibarra Alegría con Caja de Previsión de la Defensa Nacional, confirmada por la Corte Suprema quien estima: “4°.- (...) Y, por consiguiente, cualquier medida que pueda adoptarse frente a un vicio susceptible de anular el acto administrativo que generó derechos para quienes asumieron la calidad de pensionados, escapa de la competencia del organismo que reconoció esos derechos, confiriendo la titularidad de ellos a sus imponentes dueños de aquellos que ya los integraron en su patrimonio (...)”.

La Corte de Apelaciones de Concepción en fallo de 6 de enero de 1998, en Recurso de Protección: “Casagrande Limitada con Municipalidad de Los Ángeles y otro”, concluye, en los considerando: “6°.- El acto irregular administrativo hace procedente su invalidación y puede ser dejado sin efecto por la administración, de oficio o a petición del perjudicado con él; es más, la autoridad administrativa se encuentra obligada a invalidarlo, imperativo

contemplado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política del Estado, con la sola restricción de que no hubiese producido aun todos sus efectos, lo que no se da en el caso en estudio, donde el permiso de edificación fue otorgado luego del análisis de todos los antecedentes acompañados el que ingresó como un derecho adquirido al patrimonio del peticionario, amparado en el derecho de propiedad resguardado por la Constitución Política de la República;

7°.- La doctrina invariablemente ha sostenido que a nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, impidiendo de este modo un comportamiento contradictorio, y la jurisprudencia lo ha resuelto en igual sentido en numerosos fallos en los cuales ha concluido que no es posible a la administración y a sus órganos invalidar sus resoluciones que han producido efectos de buena fe”.

La misma Corte, en Recurso de Protección presentado por don Michel Esquerré Del Borgo contra el Secretario Regional Ministerial (s) de Bienes Nacionales del Bío-Bío, establece: “16°.- Que, así las cosas, el acto arbitrario e ilegal de la recurrida –procedimiento de inscripción de dominio por minuta- causa perturbación en el legítimo ejercicio del derecho de propiedad del recurrente, toda vez dicha gestión trastorna el goce tranquilo y eficaz que corresponde a éste sobre los terrenos amparados por la respectiva inscripción propietaria”. Dicha sentencia fue confirmada por la Corte Suprema, la cual fue comentada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, en los siguientes términos: “Llama la atención que ante tamaña arbitrariedad de la actividad administrativa de Bienes Nacionales –y con un procedimiento meramente administrativo, sin intervención de juez alguno- se pretenda “apropiarse” del modo más autoritario que es dable imaginar, de predios de propiedad privada.

(...) Este procedimiento administrativo, del más puro estilo absolutista, se presta a las peores atrocidades en manos de autoridades inescrupulosas, o de dudosa probidad, e incluso un arma de venganza política, que urge derogar; si hay terrenos vacantes, según la Administración, incóese un procedimiento judicial con la debida publicidad(...).”

En sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, con fecha 21 de enero de 1998, en Recurso de Protección presentado por don Osvaldo Torrejón Álvarez con Caja de Previsión de la Marina Mercante Nacional, en el mismo sentido del fallo citado anteriormente y respecto del acto administrativo, “4º (...) la existencia de un error en sus propios cálculos, resulta una medida arbitraria al perturbar y privar en el legítimo ejercicio de su derecho de dominio en la indicada pensión del recurrente, y por tanto hace necesario restablecer el imperio del derecho amagado por la actuación de la Caja recurrida (...)”.

En otro recurso de protección fallado por la Corte de Apelaciones de Concepción, “Héctor Carrasco Arellano con Gobernador de Provincia de Arauco”, de fecha 7 de julio de 1999, en el considerando 6º establece: “Que, por consiguiente, consta fehacientemente que se ha perturbado el ejercicio del derecho de dominio del recurrente ante el hecho objetivo por él denunciado y reconocido por el imputado. De esta manera, se ha alterado el statu quo vigente, contrariando el orden constitucional vigente, que rechaza la autotutela o autoimposición, como forma de solución de conflicto, y privilegia, por el contrario, la vigencia real de un estado de derecho al cual deben someterse no tan sólo los particulares, sino también los órganos públicos, todos los cuales deben conducirse dentro de la legalidad y no a través de actos de fuerza”.

Asimismo, resuelve acogiendo el recurso interpuesto, ordenando al Gobernador dejar sin efecto el acto administrativo recurrido y “abstenerse en lo sucesivo de dar órdenes que conduzcan a la ejecución de actos de fuerza contrarios al imperio del derecho”.

- iii) Análisis de las disposiciones de Ley que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (19.880), relativos a la Presunción de Legalidad, Ejecutividad y Ejecutoriedad de los actos administrativos

El proyecto de Ley, que posteriormente será la Ley 19.880, tenía por objeto el establecimiento de plazos para el procedimiento administrativo y la regulación del silencio administrativo, de modo tal que no contenía disposición alguna respecto a las antedichas prerrogativas, lo cual tenía su origen el objetivo de dicho proyecto.

El proyecto de ley 19.880 Posteriormente las Comisiones de Gobierno, Descentralización y Regionalización y de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, unidas, considerando las indicaciones del Presidente de la República y del Senador señor Silva Cimma, proponen la sustitución de la iniciativa primitiva por otra que, de conformidad con el artículo 60 número 18° de la Constitución, fije las bases de los procedimientos administrativos, para lo cual, someten a reabrir debate respecto a la iniciativa. En cuanto a la materia que nos ocupa, en el primer informe no se manifiesta norma alguna respecto a lo regulado posteriormente por el artículo 3° inciso 8°, es decir, a las

prerrogativas dadas a los actos administrativos relativas a la presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad de que gozan. Luego, las Comisiones en comento proponen a la Sala la aprobación del proyecto de ley que fija las bases de los procedimientos que rigen los actos de la Administración del Estado, en el cual tampoco se hace referencia ellas.

En el segundo informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización recaído en el proyecto de ley que fija las bases de los procedimientos que rigen los actos de la Administración del Estado, respecto del inciso 8° artículo 3° citado, se acordó incorporar como nuevo inciso final de este artículo 3° el texto propuesto por la indicación número 97 del Honorable Senador don Andrés Zaldívar, en virtud de la cual es agregado al proyecto un nuevo artículo que declara que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad, imperio y exigibilidad desde su vigencia, y autorizan su ejecutoriedad, salvo que se decrete su suspensión en el procedimiento impugnatorio respectivo o por orden del tribunal. Si bien los principios mencionados en el precepto propuesto están reconocidos en el ordenamiento jurídico chileno, la Comisión estimó oportuno reafirmarlos en este cuerpo legal y, en consecuencia, aprobó esta indicación pero, como se dijo en su oportunidad, incluyó su texto como inciso final del artículo 3°⁹³.

Posteriormente, la Comisión somete a consideración de la Sala el proyecto aprobado en general, con la siguiente enmienda al artículo 3° que agrega el inciso final: “Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa,

⁹³ Historia de la Ley 19.880, Vol. 2, Facultad de Derecho Universidad de Chile. Diario de sesiones del senado, sesión 25°, anexo de documentos, pp. 2667-2668.

salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional". Dicha disposición se mantuvo en idénticos términos hasta la promulgación de la ley, pasando a constituir el texto legal expreso que incorporó dicha presunción de legalidad en las normas positivas del derecho chileno.

Por otra parte, respecto a la Ejecutoriedad de los actos administrativos y al actual artículo 51 de la Ley 19.880, en la indicación propuesta por el Ejecutivo se establece el artículo 50 que se refiere a la ejecutoriedad de los actos administrativos, que en su inciso 1° señala que los actos administrativos quedarán firmes cuando se notifican o publican, o cuando a su respecto no procede la interposición de recursos. En caso contrario, cuando haya transcurrido el plazo para la interposición de éstos sin que se hayan hecho valer o cuando se hayan resuelto los interpuestos. El inciso 2° declara que los actos administrativos causan ejecutoriedad inmediata, salvo disposición en contrario o requieran de aprobación superior.

En el artículo 41 de su indicación, el Senador Silva Cimma reproduce igual norma que la contenida en el inciso 2° propuesto por el Ejecutivo.

A indicación del Senador señor Diez, las Comisiones unidas optaron por su sugerencia, incorporándola al proyecto como nuevo artículo 52, desechando incluir el inciso 1° de la indicación del Ejecutivo por estimarlo redundante.

Posteriormente, las Comisiones en comento proponen a la Sala la aprobación del proyecto de ley que fija las bases de los procedimientos que rigen los actos de la Administración del Estado, en el cual el artículo 52 prescribe: Ejecutoriedad. Los actos de la Administración Pública sujetos al

Derecho Administrativo causan inmediata ejecutoriedad, salvo en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior.

En el segundo informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización recaído en el proyecto de ley que fija las bases de los procedimientos que rigen los actos de la Administración del Estado, dicha norma se encontraba bajo el artículo 52, y precisamente por este informe pasa a ser el artículo 51 actual, se aprueba en general, en términos que “reconoce la ejecutoriedad inmediata (causa ejecutoria) a los actos de la Administración, con excepción de aquellos en que la ley dispone otro efecto o que requieran de aprobación superior”⁹⁴. Pasando, el inciso 1° del artículo 51, de la Comisión a la Sala en los siguientes términos: “Ejecutoriedad. Los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo causan inmediata ejecutoriedad, salvo en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior”. De esta forma se procede a su aprobación en dichos términos.

De esta forma, los artículos 3 inciso 8° y 51 de la Ley 19.880 establecen que los actos administrativos están provistos de una presunción de legalidad y gozan de ejecución material de oficio y de imperatividad. Al respecto podemos señalar que ninguna norma de la Constitución habilita el establecimiento de tales prerrogativas respecto de los actos administrativos, la presunción de legalidad de dichos actos constituye una vulneración de las normas constitucionales contenidas en los artículos 7 y 19 número 2, esta última norma asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, en el sentido de que en

⁹⁴ Historia de la Ley 19.880. Vol. 2. p. 176. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Diario de sesiones del Senado. Sesión 25°, anexo de documentos, p. 2661.

Chile no hay persona ni grupo privilegiado como también, al prescribir que ni la ley ni autoridad alguna podrán diferencias arbitrarias. El artículo 7, por su parte, establece los requisitos de validez de la actuación administrativa, sin señalar nada respecto a la señalada presunción de legalidad.

Pese al rechazo de parte de la doctrina nacional, la Ley 19.880 establece expresamente la presunción de legalidad de los actos administrativos en el artículo 3; así como la ejecutoriedad de dichos actos, en el artículo 51 del Capítulo III denominado “Publicidad y ejecutividad de los actos administrativos”. De esta forma, hoy existe un argumento de texto para sostener la procedencia y validez de tales privilegios. Sin embargo, a diferencia de la legislación española en la materia, no se establecen los medios para hacer efectiva dicha ejecución forzosa. Por lo tanto, a falta de norma especial, correspondería a los tribunales ordinarios de justicia dicha ejecución según los medios que la legislación común dispone.

El artículo 50 de la Ley 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos establece a la Administración la obligación de no efectuar “actuación material de ejecución de resoluciones que limite el derecho de los particulares sin que haya sido adoptada la resolución administrativa que le sirve de fundamento”. Sin embargo, en el inciso 2° de la misma norma señala que: “El órgano que ordene un acto de ejecución material de resoluciones estará obligado a notificar al particular interesado la resolución que autorice la actuación administrativa”. De esta forma, el acto se notificará y luego se procederá a su ejecución, lo cual por cierto, es contradictorio con el principio de impugnabilidad que la misma ley consagra, así como con la obligación de la

Administración, contenida en el artículo 41, de señalar en el mismo acto los recursos para proceder a su impugnación.

iv) Consideraciones Finales.

En base a nuestra legislación, podemos señalar que dichos privilegios no tienen un carácter de principio o regla general en el ordenamiento jurídico nacional, en virtud del principio de juridicidad establecido por la Constitución, según el cual todo órgano del Estado no tiene más potestades que las establecidas expresamente por la Constitución y por las normas legales dictadas conforme a ella, de modo tal que la ejercicio de la ejecutoriedad procederá siempre y cuando esté expresamente autorizado por ley y ésta, se encuentre de acuerdo a la Constitución, es decir, con pleno respeto de los derechos fundamentales, dentro de las atribuciones del órgano respectivo y a través de un procedimiento racional y justo.

El profesor Soto Kloss, al respecto, concluye que "(...) la autotutela ejecutiva sea no sólo muy tasada, delimitada y específica, sino muy excepcional en nuestro derecho positivo, y cada una de ellas debe ser estudiada cuidadosamente para indagar si se conforma o no con la Constitución"⁹⁵. Sin embargo, actualmente la Ley 19.880 reconoce la presunción de legalidad así como la ejecutoriedad de los actos administrativos en general, de modo tal que si se estima que éstos son inconstitucionales, por constituir una vulneración al derecho a la igualdad ante la ley y al principio

⁹⁵ Soto. E. Solve et repete. Notas sobre un resabio absolutista en el Estado Constitucional de Derecho. Ius Publicum N° 6. 2001, p. 81.

constitucional de juridicidad⁹⁶, sólo podrían ser impugnados dichos preceptos a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Específicamente, en cuanto a la presunción de legalidad, considerando que la Constitución proscribe la existencia de persona o grupo privilegiado y la primacía de la persona humana así como la servicialidad del Estado, y que la norma legal no está amparada por una presunción constitucional de legalidad; la doctrina ha señalado que no existe fundamento alguno para dichos privilegios, más allá de un estatismo exacerbado sobre los derechos de las personas, como asimismo un típico resabio absolutista incompatible con un Estado de Derecho⁹⁷.

Desde otro punto de vista, la presunción de legalidad de los actos administrativos, así como su ejecutividad y ejecutoriedad, permiten “dar eficacia real a las potestades de la Administración”⁹⁸, es decir, que se verifique el cumplimiento de sus fines. La eficacia de la actividad administrativa, debe guardar respeto a la legalidad vigente, todo ello en virtud de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política, por ello la Administración con el fin de alcanzar sus objetivos específicos deberá optar por los medios más adecuados para alcanzar dicha finalidad, pero siempre dentro del marco de la legalidad y, menos gravosas para los particulares en relación a las ventajas derivadas de su ejercicio, es decir, según el principio de proporcionalidad.

⁹⁶ Soto, E., "La Ley 19-880, sobre procedimientos administrativos, ¿'Aleluya' o 'Miserere?'" ob. cit., pp. 92 y 99, y Riveros de Gatica "La presunción de legalidad del acto administrativo: el artículo 3° de la Ley 19-880 de procedimientos administrativos a la luz de la Constitución de 1980" en *lus Vublicum*, N°16, 2006, pp. 120-123.

⁹⁷ Ver: Aróstica, I. ¿Qué queda de la presunción de legalidad?. RDJ T. 88/1991. Primera Parte, Sección Derecho, pp. 1-7; Soto, E. op. cit. p. 16.

⁹⁸ Ferrada, J. Las potestades y privilegios de las administración pública en el régimen administrativo chileno [en línea] http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502007000200004&lng=es&nrm=consulta [consulta 28 de junio de 2008], p. 10.

En conclusión, es fundamental el reconocimiento de tales potestades a la Administración para el cumplimiento de sus fines, ya que de otra forma, sería imposible el desarrollo de su actividad si a cada paso requiriera autorización judicial, ello sin perjuicio de la facultad de revisión y de control de los tribunales de justicia, lo cual implica que los particulares dispongan de medios ágiles y específicos en la materia para reclamar de los actos que estiman atentatorios de sus derechos, así como el establecimiento de supuestos de suspensión que sean valorados y establecidos por los tribunales de justicia en la interposición de las reclamaciones de los particulares.

3.3. Privilegios Procesales de la Administración del Estado: “Solve et Repete” e Inembargabilidad de Bienes en la Ejecución de Sentencias Contra la Administración.

3.3.1. Privilegios Procesales de la Administración del Estado

i) Introducción

Constituye un elemento indispensable para el mantenimiento de la paz social el establecimiento de un sistema de justicia eficaz; lo cual se verificará,

en primer lugar, permitiendo a los particulares el acceso a los órganos jurisdiccionales sin dilaciones indebidas ni estableciendo requisitos inalcanzables, como asimismo garantizando que su pretensión sea deducida en un debido proceso con resguardo de ciertas garantías mínimas, además de otorgarle posibilidades de defensa y, por último, asegurando que la sentencia del órgano que ejerce jurisdicción sea efectiva, es decir, que se cumpla.

El proceso aparece estructurado, constitucional y procesalmente, con una serie de exigencias irrenunciables contenidas, entre otras normas, en el artículo 19 número 3 de la Constitución Política como también en otras disposiciones contempladas en la ley común, las cuales deben ser observadas con el fin de impedir la lesión a un derecho fundamental y que se produzca, en definitiva, la indefensión de las personas.

De esta forma, es evidente que el derecho de las personas de acceder a los Tribunales de Justicia, y a obtener la tutela efectiva de sus derechos por parte del Estado, es consustancial a éste y le es impuesto por principios superiores que el derecho positivo no puede desconocer. El Derecho a la Justicia, como lo demás derechos humanos, es un derecho que los seres humanos tienen por el hecho de ser tales, razón por la cual los ordenamientos jurídicos sólo se limitan a reconocerlos⁹⁹.

ii) Garantías Constitucionales de los Administrados

La Constitución Política de la República de Chile en el artículo 19 número 2 asegura a todas las personas: "La igualdad ante la ley. En Chile no

⁹⁹ González, J. El derecho a la tutela jurisdiccional. Editorial Civitas. Madrid. 2º ed. 1989, p. 22.

hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

La garantía de la igualdad ante la ley implica que todas las personas, sin distinción alguna, se encuentran bajo el mismo estatuto jurídico, tanto para ejercer sus derechos como para el cumplimiento de sus deberes. Siendo el elemento esencial de la garantía de la igualdad ante la ley, la prohibición de establecer “discriminaciones arbitrarias”, concepto que ha sido definido en doctrina como “toda diferenciación o distinción, realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública, que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable”¹⁰⁰.

El inciso final de la disposición fue propuesto en la C.E.N.C. por don Alejandro Silva Bascuñán, en la Sesión 93, de 5 de diciembre de 1974, quien sostiene que: “Le parece que la igualdad puede considerarse en dos aspectos. Uno de ellos sería que por ningún motivo sociológico –por decir así- se haga distinción entre las personas. En este sentido se ha sostenido clásicamente la igualdad ante la ley, en cuanto a que, ante el Derecho, todas las personas tengan, en razón de su situación de raza, sexo, estirpe, condición u otras, un mismo trato.

Pero, a su juicio, hay otro aspecto que debe expresar el texto constitucional y que está comprendido sustancialmente en el principio básico de la igualdad ante la ley, que es el de que el constituyente tiene que asegurar que, incluso, sobre la base de respetarla en el primer sentido, ninguna

¹⁰⁰ Evans, E. Los derechos constitucionales. Tomo II. 2º ed. Santiago Editorial Jurídica de Chile. 1999, p. 125.

autoridad, ni siquiera el legislador, haga distinciones o discriminaciones manifiesta y notoriamente arbitrarias. (...) La igualdad ante la ley debe ser concretada por el constituyente para que ninguna autoridad ni persona que conviva dentro de la sociedad política puede actuar estableciendo discriminaciones notoriamente arbitrarias, sin base racional, porque el legislador no puede estimarse absolutamente soberano para implantarlas. (...)

Le atribuye a esto una trascendencia enorme, no sólo en nuestra jurisprudencia. Cree que se debe incluir un precepto que condene incluso al legislador, si acaso realiza una discriminación absolutamente arbitraria, pues le parece que no basta el principio de la igualdad ante la ley referido sólo, como hasta ahora se ha entendido y como está incluso en las redacciones de este precepto, a no hacer distingos en razones de tipo sociológico”.

Al respecto, don Enrique Evans, también miembro de la C.E.N.C., estima que reviste enorme importancia las normas sobre igualdad ante la ley, la infracción a la prohibición de discriminación arbitraria, puede sancionarse con la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, si quien realiza dicha prohibición es la autoridad política o administrativa, el afectado tendrá dos vías para hacer valer sus derechos: el recurso de protección del artículo 20 de la Constitución y la acción de nulidad del acto por inconstitucionalidad, según las normas de los artículos 6° y 7° de la Constitución que establecen la sanción de nulidad y el artículo 73 que otorga jurisdicción plena a los tribunales ordinarios de justicia. Asimismo, la prohibición de establecer diferencias arbitrarias se extiende al legislador y también a la administración, de modo tal que es inconstitucional un precepto legal que establezca discriminaciones arbitrarias del mismo modo que

lo es un decreto del Ejecutivo o una resolución de la autoridad administrativa que contemplara una discriminación arbitraria¹⁰¹.

Siguiendo esta tendencia, la Constitución Política de la República de Chile también asegura a todas las personas, en el artículo 19 número 3:

“La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención de letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no pueden procurárselos por sí mismos.

Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.

Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

¹⁰¹ Evans, E. op. cit, pp.127-132.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

La disposición del número 3º del artículo 19 de la Constitución, señala una serie de bienes jurídicos que tienen por objeto asegurar a todas las personas la igual protección de sus derechos ante toda autoridad, la intervención de abogado en la defensa, las garantías del proceso previo legalmente tramitado y del racional y justo procedimiento, la presunción de inocencia y la prohibición de dictación de leyes penales en blanco. Esta norma constituye en algún aspecto un nuevo derecho, contiene una serie de derechos, además de los contenidos en las normas de los artículos 11 y 12 de la Constitución Política de 1925. El artículo 11 citado establecía: “Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio” y el artículo 12 garantizaba que: “Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta”.

La garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos se encontraba en una indicación formulada por don Alejandro Silva Bascuñán en Sesión 100 de Comisión de Estudios de Nueva Constitución (C.E.N.C.), de 6 de enero de 1975, considerándola una consecuencia de la igualdad ante la ley, con la cual se pretende que toda persona que deba recurrir ante cualquier autoridad, incluidos los tribunales de cualquier naturaleza, con el fin de obtener protección a sus derechos, se encuentren en un plano de igualdad jurídica, sin que existan privilegios o fueros especiales en razón de nacionalidad, raza, sexo, condición social o situación económica y sin que sean admisibles discriminaciones arbitrarias. Asimismo, quedó constancia

en Sesión 103, en la discusión de una norma complementaria, dentro de la garantía citada y ante un atentado contra un derecho fundamental o frente a discriminaciones arbitrarias, al no existir una ley o un tribunal que señale ante quien accionar, la competencia en la materia corresponderá a los tribunales ordinarios de justicia. Así, otro integrante de la C.E.N.C., don Enrique Evans concluye que: “En consecuencia, si un derecho constitucional no está cautelado por el recurso de protección o su tutela no tiene procedimiento legalmente establecido, de todos modos el afectado puede accionar ante los tribunales”¹⁰².

Del mismo modo otro miembro de dicha Comisión, don Sergio Diez en la Sesión 103 señalada propone dejar constancia que en el evento de un atentado a sus derechos, las personas pueden acogerse a los preceptos de la Constitución directamente, sin que sea necesaria ley alguna que lo reglamente.

Otra garantía que establece el número 3 del artículo 19, en sus incisos 4° y 5°, es en primer lugar, el sometimiento de todas las personas a las normas legales reguladoras de los conflictos de relevancia jurídica. El inciso 4° exige que el tribunal que conozca de un asunto y que dicte sentencia haya sido establecido por ley, antes del inicio del proceso. Luego, la norma del inciso 5°, establece una serie de requisitos constitucionales de validez de la sentencia que dicte cualquier órgano que ejerce jurisdicción, en los siguientes términos: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

¹⁰² Evans, E. op. cit, p. 141.

Al respecto es necesario destacar, tal como señala don Enrique Evans, que es “un texto aplicable a cualquier autoridad, expresión sinónima de “órgano” en la Constitución, que ejerza jurisdicción, o sea, que deba cumplir funciones o ejercer atribuciones que afecten derechos de las personas. Además dejamos establecido que la expresión “sentencia” no se refiere exclusivamente a la sentencia judicial, sino a cualquier resolución, ya vimos que de cualquier autoridad, que ejerciendo sus atribuciones afecte derechos constitucionales o legales”¹⁰³. Por lo tanto, en caso de infracción de dichas normas, es decir, si previo a la resolución no existió una tramitación en la cual el afectado pudo hacer valer sus alegaciones o defensas, dicha resolución adolecerá de nulidad. Del mismo modo, si el legislador no estableció un procedimiento y una investigación racionales y justos, es deber de la autoridad facultada para sancionar que, antes de resolver, cumpla con el imperativo constitucional, de lo contrario dicho acto será nulo.

iii) Obstáculos al Acceso a la Tutela Judicial Efectiva: Exigencia de Consignación y Agotamiento de la Vía Administrativa.

Respecto al artículo 19 número 3° de la Constitución, ya citado, que asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, con el fin de explicar el alcance de lo que se conoce en doctrina como acceso a la tutela judicial efectiva, citamos el fallo pronunciado por el Tribunal Constitucional que, conociendo de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucional de una norma que establece lo que en doctrina se denomina

¹⁰³ Ibid, p. 143.

Solve et Repete, en autos Rol N° 576-2006, señala respecto al artículo 19 número 3° y, particularmente a lo dispuesto en su inciso quinto, que consagra lo que se ha denominado “debido proceso”, en el considerando séptimo concluye, asimismo como en otras sentencias (considerando décimo cuarto de sentencia de fecha 8 de agosto de 2006, rol 478, y roles 376, 389 y 481, entre otros), “que el hecho de que la garantía del inciso quinto del número 3 del artículo 19 consagre el llamado “debido proceso”, sin enumerar garantías de un justo y racional procedimiento, no puede ni debe entenderse como que tal precepto carezca de todo contenido y que la Constitución no haya establecido límites materiales al legislador para determinar las garantías de un justo y racional procedimiento”. Así, al analizar si entre las características de racionalidad y justicia que el precepto constitucional garantiza a todo habitante que se enfrenta a la sentencia de un órgano que ejerce jurisdicción se incluye o no el libre acceso a la justicia. Luego el considerando octavo establece: “Que la pregunta contenida en el considerando anterior debe necesariamente responderse afirmativamente, si se analiza en su conjunto el sentido y alcance del numeral tercero del artículo 19. En efecto, si el referido numeral asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, la que luego concreta en mecanismos tales como el derecho a la defensa, el derecho al juez natural, al debido proceso y a las demás que contienen los tres incisos finales del precepto constitucional en análisis, resulta obvio que el derecho de acceder al órgano jurisdiccional es un presupuesto necesario de todos ellos. En efecto, ¿qué sentido tendría que la Constitución estableciera el derecho a defensa jurídica y judicial, incluso financiada por el Estado, si antes no hubiese supuesto que quienes tienen derecho a la defensa detentan

también el derecho a acceder al órgano jurisdiccional? De igual modo, el derecho a ser juzgado por el tribunal señalado por la ley y establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho, supone necesariamente un derecho anterior, como es el de ser juzgado y, para serlo, se requiere necesariamente acceder, sin trabas excesivas, al órgano jurisdiccional. Por último, si la Constitución garantiza a todas las personas igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, tal igual protección comienza necesariamente por la garantía de acceder a los órganos encargados de la protección de los derechos. En consecuencia, debe necesariamente entenderse que el artículo 19 número 3 de la Constitución Política asegura a toda persona el derecho a acceder a los órganos jurisdiccionales”.

Desde otro punto de vista, existen requisitos procesales que constituyen una abierta infracción a la Constitución Política, por cuanto podrían ser calificados de obstáculos al acceso a la tutela judicial. En este punto y en doctrina española, el profesor Jesús González Pérez estima que el tema del acceso a la justicia reviste mucha importancia en el procedimiento administrativo, ya que en él la regulación de los requisitos procesales se ha producido, más allá de buscar una adecuada organización judicial, con el fin de que el acceso a la tutela judicial se produzca “cuando existan auténticas razones para ello”, así como “los requisitos procesales han constituido uno de los instrumentos para garantizar la inmunidad de los entes públicos al control jurisdiccional”¹⁰⁴.

De esta forma, existen ciertos presupuestos que podríamos calificar de obstáculos al acceso a los órganos jurisdiccionales, entre los cuales

¹⁰⁴ González, J. op. cit, p. 68.

encontramos la exigencia de ciertas actuaciones previas como presupuesto procesal, por ejemplo, la exigencia de consignación o fianza como requisito para accionar o para la interposición de recursos contra resoluciones judiciales. Al respecto, citamos al Tribunal Constitucional español en sentencia de 25 de enero de 1983, declaró: "...Cuando se parte del previo establecimiento en la Ley de unos determinados recursos (en este caso el de casación) y, en determinados supuestos (sentencias de condena), si el acceso a ellos se vincula al cumplimiento de unos obstáculos procesales, es evidente que el legislador no goza de absoluta libertad, ya que constitucionalmente no son admisibles aquellos obstáculos que puedan estimarse excesivos, que sean producto de un innecesario formalismo y que no se compaginen con el derecho a la justicia o que no aparezcan como justificados y proporcionados conforme a las finalidades para que se establecen, que deben, en todo caso, ser adecuadas al espíritu constitucional, siendo en definitiva el juicio de razonabilidad y proporcionalidad el que resulta trascendente para la confrontación entre el artículo 170 de la LPL (Ley de Procedimiento Laboral) y el artículo 24.1 de la CE (Constitución española)".

En cuanto a dicha consignación, en doctrina nacional, el profesor Soto Kloss estima que debemos encuadrarla dentro de la regla del *Solve et Repete*, la cual será analizada en el próximo capítulo, ya que incide en esta circunstancia, en que para ocurrir a la justicia por medio de las acciones procesales previstas en esas disposiciones de ley, ésta exige que se pague primeramente el monto de la multa o parte de ella, para que prospere la

admisibilidad de tramitación de dicha acción, llamando, a veces, eufemísticamente “consignación” a dicho pago anticipado¹⁰⁵.

La doctrina señala como otro de los obstáculos impuestos al acceso a la tutela judicial, las vías administrativas previas al ejercicio de ciertas acciones, que obligan a quien pretende demandar a un ente público o formular la reclamación ante dicho órgano y mientras no se dicte la resolución respectiva o transcurran los plazos para que operen las reglas del silencio administrativo, no se podrá efectuar reclamación alguna ante los órganos jurisdiccionales. De esta forma, sólo podrá acudirse a los Tribunales de Justicia en tanto exista un acto administrativo susceptible de impugnación y esté agotada la vía administrativa.

En la legislación española, la reclamación en vía administrativa es requisito previo al ejercicio de ciertas acciones fundadas en derecho privado o laboral contra cualquier administración pública que, en caso de no ser resuelta y no ha transcurrido el plazo en que deba entenderse desestimada, no podrá deducirse la misma pretensión ante la jurisdicción correspondiente. Esta regla, sin embargo, tiene excepciones, muy calificadas por cierto; por ejemplo en el caso de la acción de rectificación de información, cuando ésta ha sido difundida o publicada en un medio de comunicación de titularidad pública. También en el caso de acción de cesación o de rectificación de la publicidad ilícita cuando el anunciante sea un órgano administrativo o un ente administrativo.

La exposición de motivos del Real Decreto de 1886 señala como finalidad del agotamiento de la vía administrativa, que la naturaleza especial y privilegiada de los intereses y derechos del Estado que no pueden ser objeto

¹⁰⁵ Soto, E. *Solve et Repete*. Notas sobre un resabio absolutista en el Estado Constitucional de Derecho. *Ius Publicum* N° 6, p. 84.

de transacción y exceptuados de la conciliación, como no es justo que el Estado se vea comprometido en un pleito sin la preparación necesaria, ya que el derecho del particular demandante puede ser tan perfecto que deba ser desde luego reconocido, es por lo que debe exigirse la reclamación previa antes de entablar demandas contra el Estado.

Sin embargo, la doctrina manifiesta que nos encontramos ante un privilegio de la Administración que, por cierto, no favorece al particular, y conjuntamente con otras excepciones en su favor, establece un principio de verdadera desigualdad respecto de los particulares que con la misma deban sostener alguna contienda¹⁰⁶. La reclamación previa, ha sido asimilada a una conciliación, puesto que esta institución no procede en materia administrativa; sin embargo, para otros, sólo constituye un resabio de la potestad administrativa renuente a someterse a la jurisdicción común para la resolución de los conflictos en los que fuere parte. De esta forma, surge una nueva etapa en la que “el precio que la Administración ha exigido para dejarse enjuiciar definitivamente por los Tribunales de Justicia integrados en el Poder Judicial e independientes del Gobierno, será precisamente éste de hacerse reconocer potestades judiciales”¹⁰⁷, entre las cuales podemos citar la reclamación previa y la decisión ejecutoria.

Entre las características que podemos atribuir a la vía administrativa previa, encontramos su obligatoriedad, además en ella la Administración es parte interesada y órgano decisor a la vez, cuya finalidad es la de poner en conocimiento de la Administración la probabilidad de un proceso futuro y, eventualmente, obviarlo satisfaciendo la pretensión, del mismo modo,

¹⁰⁶ Pedráz, E. op. cit. p. 190. y Rodríguez, Z. Situación privilegiada del Estado en los Tribunales de Justicia, en RGLJ, 1888, T. 72, p. 552.

¹⁰⁷ Parada, R. Privilegio de decisión ejecutoria y...”, cit., p. 106. En: Pedráz, E. op. cit, p. 194..

constituye un medio dilatorio, más allá que un medio para brindar a los particulares mayor posibilidad de defensa, en vista de los recursos de que dispone la Administración.

Dichos obstáculos también atentan contra el derecho a la igualdad ante la ley y contra el principio de igualdad de partes, consustancial al proceso, y de contradicción, así como puede provocar la indefensión de alguna de las partes, prohibida por el artículo 19 número 3° de la Constitución. De esta forma, y en virtud de dicho mandato constitucional, la normativa vigente debe ser interpretada en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental, no puede ser obstaculizado por excesivas formalidades en los requisitos y formas en la interposición de las acciones judiciales.

La premisa constitucional del acceso a la jurisdicción se ve afectada por las dilaciones indebidas, como también afecta al principio de igualdad, el cual debe operar cuando no hay razones que justifiquen un tratamiento desigual, ya que la Administración en juicio actúa como un particular más o al menos esa debería ser la premisa. Asimismo, la exigencia de eficacia a que se encuentra sometida la Administración, cuando no se verifica, no debe ser impuesta al administrado que no es responsable de ella, aún más podría ser víctima de ella; del mismo modo, esta ineficacia o en otro supuesto, por ejemplo en caso de un acto administrativo ilegal, no puede extenderse ni ser potenciada por medio de un procedimiento previo de reclamación.

En conclusión, podemos señalar que el requisito de la reclamación previa constituye una exigencia carente de justificación, desde el punto de vista de la pretendida protección de los particulares e ineficaz en el sentido esgrimido de una “conciliación”, debido a la ausencia de ella en materia

administrativa, es decir, con el fin de evitar un proceso previo finalidad que no debe primar sobre el respeto a los derechos fundamentales, “fundamento” del orden político y social, ya que en la práctica constituye una dilación indebida y un obstáculo para la restauración del derecho afectado, así como un exceso en las atribuciones de que es titular en virtud del principio de separación de funciones, lo que implica conservar un resabio de corte absolutista al enjuiciarse a sí misma; desde otro punto de vista, constituye un requisito procesal carente de vinculación con el régimen procesal y constitucional vigente.

El derecho de acceso a la justicia, no puede posponerse en interés de la Administración de replantearse o no una nueva actuación conforme a derecho, ni puede ceder ante una Administración imputable de carecer de una estructura adecuada de conocimiento y control de las decisiones adoptadas.

iv) La Exigencia de Reclamación Previa y el Principio de Impugnabilidad en la Legislación Nacional.

En la legislación nacional, entre los principios que informan la Ley 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado, los cuales ya estaban recogidos en la Ley 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado, se encuentra el principio de la impugnabilidad de los actos administrativos.

El artículo 10 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, establece el principio de impugnabilidad de todo acto administrativo, sea de trámite, preparatorio o terminal, asimismo establece que siempre

podrán ser impugnados por el recurso administrativo de reposición, y jerárquico cuando proceda, es decir, por medio de acciones jurisdiccionales ya sea a través del recurso de protección, de amparo, de nulidad, de amparo económico o de ilegalidad municipal o regional, por citar algunos.

Al respecto, el artículo 15 de la Ley sobre Procedimientos Administrativos establece que: “Todo acto administrativo es impugnable por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establezcan las leyes especiales.

Sin embargo los actos de mero trámite son impugnables sólo cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión.

La autoridad que acogiere un recurso interpuesto en contra de un acto administrativo, podrá dictar por sí misma el acto de reemplazo”.

De esta forma, la disposición contenida en una Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, es modificada por la Ley 19.880 que en el artículo 15 inciso 2° dispone que los actos de mero trámite, es decir, los actos procedimentales sólo son impugnables “cuando determinen la imposibilidad de continuar en procedimiento o produzcan indefensión”.

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

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

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

Se establece de esta forma, la suspensión del plazo para recurrir ante los Tribunales de Justicia para impugnar la validez de un acto administrativo, si se ha deducido un recurso administrativo, además de la incompetencia de la Administración para pronunciarse sobre cualquier reclamación en contra de un acto administrativo suyo que ha sido impugnado ante los Tribunales. De esta forma, tal como señala el profesor Soto Kloss “hay una afectación clarísima de la ley orgánica constitucional, por una disposición de ley común, que la modifica, derogando su amplitud y reduciéndola, por vía inconstitucional”¹⁰⁸.

Del mismo modo, la disposición señalada atenta contra el derecho de acceso a la justicia y a la acción, reconocidos ambos en el artículo 19 número 3 de la Constitución, por cuanto el inciso 1° del artículo 54 al prescribir que, reclamado ante la Administración un acto administrativo no podrá el recurrente deducir igual pretensión ante los Tribunales de Justicia, mientras la Administración no la haya resuelto o no haya transcurrido el plazo para que opere el silencio negativo.

De esta forma, el artículo 54 al impedir el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de los Tribunales de Justicia y el derecho a la acción, vulnera

¹⁰⁸ Soto, E. Ley N° 19.880, sobre procedimiento administrativo. 2003. Por Eduardo Soto Kloss “et al”. Santiago de Chile. Universidad Santo Tomás de Aquino. Academia de derecho Santo Tomás de Aquino.

las disposiciones constitucionales que los establecen, es decir, el artículo 76 y 19 número 3° de la Constitución Política. En cuanto a la primera norma constitucional citada, en la doctrina nacional, el profesor Soto Kloss concluye que el artículo 54 de la Ley 19.880 constituiría “una verdadera inhibitoria legal (impuesta por ley común) a las atribuciones exclusivas de los Tribunales de Justicia para conocer de toda contención de derecho entre partes, incluidas en las que es parte la Administración y sus órganos. Este artículo 54 inciso 1° nada menos que viene a invertir la regla constitucional básica que es, en este aspecto, la contraria, es decir, que deducida una acción procesal ante los Tribunales de Justicia es la Administración quien queda inhibida de pronunciarse sobre el tema, ya que el asunto ha devenido judicial y nadie más que el juez puede resolverlo”¹⁰⁹.

Todo lo señalado precedente, respecto al artículo 54 de la Ley 19.880, se estima abiertamente inconstitucional por la doctrina ya señalada, por constituir un obstáculo al acceso a los Tribunales; sin embargo el ordenamiento administrativo regula medidas contra la inactividad administrativa a través de la institución del silencio administrativo, ya que presume que, transcurrido cierto plazo se ha verificado la dictación del acto denegatorio, posibilitando el ejercicio de la vía jurisdiccional, como una ficción a favor del demandante para que, luego de dicho plazo, entienda denegada su petición, o también podría esperar a que se verifique materialmente dicha resolución.

El Capítulo V sobre disposiciones finales de la Ley 19.880 regula los silencios positivo y negativo, así como sus efectos. Introduce por primera vez, de modo general, el concepto de silencio administrativo, con el fin de cumplir

¹⁰⁹ Idem.

los objetivos propuestos por la ley de: mejorar la atención de las personas, acortar los plazos de respuesta, simplificar los procedimientos y aumentar la transparencia de las actuaciones de los órganos del Estado¹¹⁰.

El artículo 64 reglamenta el Silencio Positivo, disposición que establece que transcurrido el plazo legal para resolver una solicitud que ha originado un procedimiento, sin pronunciamiento por parte de la Administración, el interesado podrá denunciar tal incumplimiento, con lo cual dentro de 24 horas se elevará copia de ella al superior jerárquico. Luego, si después de 5 días desde la recepción de la denuncia no hay pronunciamiento de la autoridad que debe resolver, la solicitud del interesado se entenderá aceptada.

El artículo 65 regula el Silencio Negativo, en el sentido que, en los casos en que con una solicitud sea afectado el patrimonio fiscal, se entenderá rechazada si no es resuelta en el plazo legal; del mismo modo, cuando la Administración actúe de oficio, al pronunciarse sobre impugnaciones o revisiones de actos administrativos o al conocer del ejercicio del derecho de petición del artículo 19 número 14.

Finalmente, en el artículo 66 la ley establece los efectos del Silencio Administrativo, de forma que los actos que terminen por esta causa, tendrán los mismos efectos que aquellos que culminen con una resolución expresa de la Administración, desde la fecha de la certificación respectiva.

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, como en el derecho español en que es requisito de admisibilidad del recurso contencioso administrativo, es decir, de la impugnación en sede judicial, el agotamiento de las vías administrativas de impugnación, artículo 25.1 y 69 de la Ley 29/1998

¹¹⁰ <http://www.minsegres.gob.cl/portal/documentos/documentos/modernizacion_del_estado/mpa/documentoLista/0/documento/MPA.pdf> [consulta 31 de julio de 2008].

de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, la legislación nacional en términos más garantistas, no estableció dicho requisito, criticado por la doctrina. La Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, reguló dicho aspecto, modificando la regla de impugnación establecida en diversos procedimientos especiales, como los reclamos de ilegalidad municipal (artículo 140 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades), los reclamo de ilegalidad regional (artículo 102 de la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional o los reclamos de ilegalidad por actuaciones del Banco Central de Chile (artículo 69 de la Ley Orgánica Constitucional del Banco), entre otros.

Finalmente, otro de los denominados obstáculos en el acceso a los Tribunales de Justicia por los administrados estaría dado por la regla del previo pago o *Solve et Repete* contemplada en diversas normas legales que analizaremos en el punto siguiente.

3.3.2. “Solve et Repete”

3.3.2.1. Introducción

La regla del *Solve et Repete*, podemos describirla como la necesidad de efectuar un pago previo a efectuar ciertas reclamaciones, constituyendo una condición de admisibilidad de la interposición de reclamos contra actos de la Administración, por tanto, un requisito adicional al ejercicio del derecho de los particulares de acceso a la vía de reclamación o impugnación de actos administrativos.

El origen del *Solve et Repete* está vinculado al surgimiento del régimen administrativo, es decir, con aquella etapa de perfeccionamiento de la idea de sometimiento por parte de la Administración al Derecho, la cual, podríamos situar a mediados del siglo XIX; surgiendo en el ámbito del derecho tributario, para expandirse, en su aplicación, a los actos derivados de la potestad sancionatoria del Estado.

Sin embargo, su vigencia no ha estado exenta de críticas, hasta la actualidad en que podríamos decir que dicha regla se encuentra en retirada, sin perjuicio de que subsisten algunas normas que contemplan la exigencia del previo pago. La doctrina ha proclamado su inconstitucionalidad, por constituir una infracción a una serie de derechos constitucionales, entre los que se encuentran la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, específicamente, atenta contra el derecho a la presunción de inocencia, ya que el afectado por un acto de carácter sancionatorio emanado de la Administración, antes de reclamar de la legalidad de dicha sanción debe proceder al cumplimiento de ésta, en forma total o parcial, según determine la ley.

3.3.2.2. *Solve et Repete* en la Legislación y Doctrina Comparada

En derecho comparado esta regla ha encontrado arraigo en el derecho continental, especialmente en Italia y España, países en lo cuales ha sido duramente criticada, es así como fue calificada como “una institución cuyo

único fundamento es un privilegio opresivo a favor del fisco, que constituye un verdadero caso de denegación de justicia”¹¹¹.

Así, en Italia fue instituida por la ley de 20 de marzo de 1865 que abolió los tribunales administrativos en favor de la jurisdicción ordinaria que, en su artículo 6º establecía: “En toda controversia en materia de impuestos, los actos de oposición habrán de acompañarse, para ser admitidos en juicio, de la carta de pago del impuesto, excepto el caso de que se trate de una demanda de suplemento”; siendo recogida posteriormente por otras leyes entre las cuales encontramos: la Ley del Registro, la Ley Tributaria sobre sucesiones y la Ley Aduanera. La jurisprudencia, en un principio, optó por extender el alcance de la disposición citada, pero por las críticas de la doctrina, posteriormente, debió efectuar una interpretación restringida de ella. Posteriormente, el Tribunal Constitucional italiano en el año 1973, declaró la inconstitucionalidad del *Solve et Repete* por atentar contra el principio de igualdad ante la ley del artículo 3º de la Constitución italiana que establece: “Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opinión política y condición personal y social.

Es obligación de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica o social del país”.

En el derecho español, la situación es similar a la italiana, puesto que la regla del *solve et repete* se encuentra en la legislación hace más de un siglo,

¹¹¹ Palabras de Ukmar, como Presidente del II Congreso de la Asociación Internacional de tributaristas italianos (Torino, mayo de 1952). Citado por: Martín, J. en La decadencia de la regla “*solve et repete*” y la doctrina del Consejo de Estado español. p. 158.

aparece por primera vez en la Ley de Administración y Contabilidad de 20 de febrero de 1850, reproduciéndose en la reforma a este Ley de 25 de junio de 1870, desapareciendo de dicha normativa con la Nueva Ley de 1 de julio de 1911. En otro tipo de procedimientos, en aquellos de carácter económico-administrativo, la regla se encuentra en la Ley de Bases de 24 de octubre de 1881, sólo respecto de la segunda instancia, siendo eliminada posteriormente con el Reglamento de 13 de octubre de 1903.

De esta forma, el privilegio del *Solve et Repete* que, implica la obligación de pagar la deuda antes interponer el recurso procedente, ha tenido amplia extensión en la legislación española, surge en el ámbito tributario, con el fin de garantizar la recaudación de impuestos; sin embargo, la legislación posterior extiende el previo pago a toda deuda de exigibilidad inmediata, sea o no tributaria, incluso a las multas aplicadas en ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración.

En materia contencioso administrativa, la norma de carácter general que establece el previo pago se encuentra en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJCA), artículo 57.2 letra e) que establece: “Al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo se acompañará: e) El documento acreditativo del pago en las Cajas del Tesoro Público o de las Corporaciones Locales, en los asuntos sobre contribuciones, impuestos, arbitrios, multas y además rentas públicas y créditos definitivamente liquidados a favor de la Hacienda, en los casos en que proceda con arreglo a las leyes, excepto en el supuesto previsto en el artículo 132.2, y cuando el pago se hubiere hecho durante el curso del procedimiento administrativo y en él

constare el documento que los justifique, en cuyo caso se manifestará así en el escrito de interposición”¹¹².

La jurisprudencia española había interpretado esta exigencia, hasta hace pocos años, como un requisito esencial, inexcusable e imprescindible para recurrir; asimismo ha señalado que este privilegio constituye un obstáculo al libre acceso de los particulares a la vía jurisdiccional contenciosa. El Tribunal Supremo ha efectuado una interpretación restrictiva de la regla, efectuado una enumeración de los casos concretos de procedencia. Sin embargo, existieron discrepancias entre las Salas 3 y 4 del Tribunal Supremo español en cuanto a la interpretación de la norma del artículo 52.2 e), la primera de las salas señaladas la considera de carácter general, en tanto la Sala 4 de dicho tribunal estimó que el previo pago no es originario de la Ley Jurisdiccional, sino que su exigibilidad sólo dependerá de las leyes que la determinen de forma especial. Asimismo, el Consejo de Estado en dictamen 33.097 de 29 de octubre de 1964, sobre consulta acerca del *Solve et Repete*, estimó que dentro del ámbito administrativo este principio fue aplicado en forma casuística y muy relativa, todo ello producto de la desconfianza hacia el administrado que incluso llevó a extender su aplicación al ámbito de las sanciones administrativas, razones por las cuales, entre otras, se estima que carece de generalidad en el ordenamiento jurídico español. De esta forma, el dictamen citado establece dos conclusiones que resultan determinantes, en primer término, el *Solve et Repete* constituye un privilegio para la administración y una carga para el administrado y, además, su carencia de generalidad dentro del procedimiento administrativo.

¹¹² Citado por Martín, J. op. cit. p. 167.

Posteriormente, el Tribunal Supremo ha atenuado dicha regla, estableciendo por ejemplo que la exigencia del previo pago sea establecida por Ley, en sentencias del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1982 y de 8 y 9 de mayo de 1984, es más, en sentencias del mismo Tribunal de fecha 27 de junio de 1984 y del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 1988, fue declarada derogada en virtud de la disposición contenida en el artículo 24 de la Constitución Española, que garantiza el derecho a la tutela efectiva de los jueces en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, pese a que también hay sentencias que se pronuncian en su favor, como la del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1984.

En suma, podemos señalar que luego de la promulgación de la Constitución de 1978 se ha producido una derogación de las leyes que establecen el privilegio del *Solve et Repete*, en virtud del ya citado artículo 24, ya que el acceso a la tutela judicial efectiva no puede ser obstaculizada, menos por criterios económicos, que causen indefensión. Así, el artículo 45 de la LJCA ha eliminado la exigencia del previo pago a la interposición del recurso contencioso-administrativo.

Asimismo, la legislación más reciente también ha suprimido este privilegio en materia tributaria, el artículo 14.4 LHL establece que: “Para interponer el recurso de reposición, contra los actos sobre aplicación y efectividad de los tributos locales, no se requerirá el previo pago de la cantidad exigida...”. Del mismo modo, se encuentra en el artículo 34 de la Ley General Presupuestaria y en el artículo 190 del Reglamento General de Recaudación que diferencia la regla de *Solve et Repete* de la suspensión de la ejecución forzosa de las deudas tributarias, que no se verifica por la interposición del

recurso y obliga al recurrente a avalar el pago de éstas sólo con el fin de obtener dicha suspensión.

Finalmente, este viejo *privilegium fisci* ha desaparecido definitivamente de la nueva LJCA, en virtud del cual el reclamo en vía judicial de un acto de la Administración exigía el previo pago del monto ordenado. Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández, en Curso de Derecho Administrativo, concluyen que “este sorprendente y abusivo requisito, que cegaba la vía procesal a quien careciese de recursos económicos (quizás por la misma medida cuya legalidad pretende discutirse) se mantuvo desde los orígenes del contencioso-administrativo hasta, aunque ya limitada, en la misma LJCA de 1956”¹¹³. La jurisprudencia ordinaria y constitucional posterior a la Constitución, en sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1985, 19 de noviembre de 1987, 9 de octubre de 1991, de 21 de enero de 1987, 18 de octubre de 1990 y 9 de octubre de 1991), “la han abolido definitivamente como radicalmente contradictoria con el principio del derecho a la tutela judicial efectiva que impone el artículo 24 de la Constitución. La LJCA no hace ya, por eso, ninguna referencia a esa vieja regla”¹¹⁴.

En Latinoamérica, la postura frente a la regla del previo pago no es muy diversa de lo que ocurre en Europa, en ese sentido Allan Brewer-Carías, califica al *Solve et Repete* como un principio clásico del procedimiento administrativo y contencioso-administrativo, encuadrándolo dentro de los privilegios de la Administración, procedente en los casos de imposición de multas o liquidaciones de impuestos y, por el principio de no suspensión de efectos de los actos administrativos constituye “una restricción al acceso a la

¹¹³ García de Enterría, E. y Fernández, T. op.cit, Tomo II. p. 643.

¹¹⁴ Idem.

justicia”¹¹⁵, de esta forma, en virtud de la prevalencia del principio de la tutela judicial efectiva y del establecimiento de casos en los que un recurso tiene efectos suspensivos respecto a los actos recurridos, como en el caso de Venezuela, este autor estima que este principio ha tenido una evolución de mitigación que debe destacarse.

El *Solve et Repete* se encuentra vigente en los ordenamientos jurídicos de países como Honduras y Venezuela, por citar algunos. En Honduras se establece en el artículo 132 de la Ley del Impuesto a la sobre la Renta en los siguientes términos: como requisito indispensable, para someter a tramitación un recurso contra una resolución dictada en aplicación de la Ley del Impuesto sobre la Renta, el interesado deberá acreditar haber enterado en la Tesorería General de la República o cualquier otro órgano competente, la cantidad que él hubiere reconocido deber al Estado en la declaración que provoca el ajuste o reparo que impugna o acredite debidamente documentado, el compromiso del paso respectivo. Al respecto podemos señalar que dicha norma tiene alcance restringido, sólo es aplicable en materia tributaria y en el monto reconocido por el interesado, a diferencia de las otras legislaciones en que se establece con mayor generalidad y respecto de un porcentaje de la multa aplicada.

Al respecto, el artículo 122 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela establece el *Solve et Repete* dentro de las condiciones de admisibilidad de las acciones contencioso-administrativas de anulación, prescribiendo: “Cuando la ley exija como condición para admitir algún recurso contra el acto, que el interesado pague o afiance el pago de una cantidad líquida, deberá presentarse también constancia de que se ha dado

¹¹⁵ Brewer-Carías, A. Principios del procedimiento administrativo en América Latina. Legis Editores S. A. Colombia. 2003. p. 291.

cumplimiento a dicho requisito a menos que la misma ya haya sido agregada al expediente administrativo, en cuyo caso así se hará constar en la solicitud”. De forma tal que, en caso de no acompañar dichos documentos, el juez debía declarar inadmisibile el recurso.

Respecto de otra norma que también establecía la regla del previo pago, se planteó la ya señalada cuestión de constitucionalidad, en el sentido que la exigencia legal del *Solve et Repete* significaba un limitación intolerable al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva frente a la Administración, dicha norma es la del artículo 137 de la Ley Orgánica de Aduana, la Sala Político Administrativa de la anterior Corte Suprema, en sentencia de fecha 14 de octubre de 1990, la declaró inconstitucional, aplicando preferentemente la Constitución, así dicha inmotivada restricción derivada del *Solve et Repete* debe ser desatendida por el juez. La sentencia señala: “Que el artículo 68 de la Carta Magna postula, con ejemplar criterio de amplitud, el derecho universal a la defensa, cuando confiere rango constitucional al acceso sin limitaciones económicas, de los justiciables ante los órganos de la administración judicial para lograr la tutela de sus derechos e intereses, garantía fundamental que –en criterio de la Sala- se vería afectada, de aplicarse cualquier norma que pretendiera limitarla o desvirtuarla en su propia esencia.

Los términos de la norma de rango superior son, sin lugar a dudas, contundentes: Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia, para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidas por la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes¹¹⁶”. En

¹¹⁶ En: Brewer-Carías, A. op. cit, pp. 292 y 293.

otro considerando de la sentencia estableció respecto de las normas que instauran el *Solve et Repete* que: “En cuanto condicionan económicamente el acceso de los particulares al Poder Judicial, constituye una violación flagrante del derecho a la defensa, garantizado por la transcrita norma constitucional”¹¹⁷. Dicha sentencia reviste gran importancia en la materia, pese a que sus efectos se limitan al caso en concreto en el cual la norma no será aplicada por la declaración de inconstitucionalidad y no *erga omnes*.

3.3.2.3. *Solve et Repete* en la Doctrina y Legislación Nacional

En la doctrina nacional el *Solve et Repete* no ha estado ajeno a las críticas ni a las objeciones que plantea la doctrina extranjera, tal como se ha señalado, respecto a la exigencia del previo pago para recurrir o reclamar de un acto administrativo.

El acto administrativo sancionatorio emanado de la Administración debe ser producto de un debido procedimiento, tal como lo exige la Constitución, respecto de los órganos que ejercen funciones jurisdiccionales, en este caso la Administración, en la aplicación de sanciones o cuando se verifique una lesión en derechos constitucionalmente protegidos. Del mismo modo, la sanción debe respetar los principios de legalidad y tipicidad, puesto que los principios inspiradores del orden penal, tienen aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, es decir, la conducta que se sancione debe estar descrita en forma expresa y completa por la ley, siendo prohibitivo para las

¹¹⁷ Ibid, p. 293.

autoridades administrativas desarrollar la ley punitiva estableciendo sanciones por vía reglamentaria¹¹⁸.

En razón de esta facultad de que es titular la Administración, los particulares tienen asegurada la vía de impugnación de los actos de la Administración; tanto en las normas de derecho administrativo chileno como en las normas constitucionales aplicables en la materia. De esta forma, la impugnabilidad constituye un principio general, consagrado en normas de diversa jerarquía, en primer lugar, encontramos el artículo 38 inciso 2° de la Constitución que asegura a cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración, para reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin sujetar el derecho a reclamo a ningún requisito o condición previa; también en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley número 18.575) y en la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos (Ley número 19.880).

En virtud de este principio, la LOC de Bases Generales de la Administración del Estado en el artículo 3°, entre los principios a que debe observancia la Administración del Estado, señala la impugnabilidad de los actos administrativos. Del mismo modo, el inciso 1° del artículo 15 de la Ley 19.880 establece: "Principio de Impugnabilidad. Todo acto administrativo es impugnabile por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, establecidos en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establezcan las leyes especiales".

¹¹⁸ Sesión 399 de 12 de julio de 1978 de la C.E.N.C.

De esta forma, se contemplan recursos de naturaleza administrativa, es decir, procedimientos administrativos de segundo grado, además de los recursos de carácter judicial, para reclamar de los actos administrativos sancionadores. La interposición de acciones de carácter judicial requieren, en algunos casos, el pago de la totalidad de la sanción impuesta como requisito de admisibilidad, lo cual, tal como señala el profesor Eduardo Soto Kloss “la exigencia de pagar la multa impuesta, o parte de ella, para ocurrir a la Justicia, significa ejecutar la decisión, al menos en parte, y tener por culpable del ilícito a quien ni siquiera ha sido juzgado por el juez natural”¹¹⁹. De esta forma, tal requisito constituiría un atentado contra el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 19 número 3° de la Constitución.

El establecimiento del requisito del previo pago se ha establecido por el legislador en diferentes cuerpos legales:

1.- DFL N° 1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211 de 1973, el artículo 27 inciso 5°: “Para interponer el recurso de reclamación, en caso que se hubiere impuesto una multa, la parte sancionada deberá consignar una suma de dinero equivalente al diez por ciento de la operación o del perjuicio que se reclama. Sin embargo, cuando sea el Fiscal Nacional Económico el que interponga el recurso estará exento de este requisito”.

¹¹⁹ Soto, E. Solve et repete. Notas sobre un resabio absolutista en el Estado Constitucional de Derecho. *Ius Publicum* N° 6. 2001, pp. 84-85.

2.- En la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central N° 18.840 que en su artículo 69 que establece la exigencia para reclamar de las decisiones de dicho organismo, boleta de consignación a la orden del tribunal por el equivalente al 1% del monto total de la operación o del perjuicio que se reclama. Para el calculo de este porcentaje, se empleará el valor que resulte mayor, y el monto máximo de la “consignación” no podrá ser superior a 600 UTM.

3.- El artículo 474 inciso 3° del Código del Trabajo, establece la exigencia para reclamar ante el Juez de Letras del Trabajo de las multas impuestas por la autoridad administrativa, el pago de un tercio de dicha multa.

4.- Ley 18.933 que crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Provisional, establece en el artículo 7°: “Para reclamar contra resoluciones que impongan multas, deberá consignarse, previamente, en la cuenta del tribunal, una cantidad igual al veinte por ciento del monto de dicha multa, que no podrá exceder de cinco unidades tributarias mensuales, conforme al valor de éstas a la fecha de la resolución reclamada la que será aplicada en beneficio fiscal si se declara inadmisibile o se rechaza el recurso. En los demás casos, la consignación será equivalente a cinco unidades tributarias mensuales, vigentes a la fecha de la resolución reclamada, destinándose también a beneficio fiscal, en caso de inadmisibilidad o rechazo del recurso”.

La ley 18.933 fue modificada por la ley 19.381 que en su artículo 1° ordenó el reemplazo del artículo 7° de aquella, estableciendo en el inciso 3°: “Para reclamar contra resoluciones que impongan multas deberá consignarse previamente en la cuenta del tribunal, una cantidad igual al veinte por ciento del

monto de dicha multa, que no podrá exceder de cinco unidades tributarias mensuales, conforme al valor de éstas a la fecha de la resolución reclamada, la que será aplicada en beneficio fiscal si se declara inadmisibile o se rechaza el recurso. En los demás casos, la consignación será equivalente a cinco unidades tributarias mensuales, vigentes a la fecha de la resolución reclamada, destinándose también a beneficio fiscal, en caso de inadmisibilidad o rechazo del recurso”.

5.- La Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente en el artículo 64 establece: “Artículo 64.- Corresponderá a los organismos del Estado que, en uso de sus facultades legales, participan en el sistema de evaluación de impacto ambiental, fiscalizar el permanente cumplimiento de las normas y condiciones sobre la base de las cuales se aprobó el Estudio o se aceptó la Declaración de Impacto Ambiental. En caso de incumplimiento, dichas autoridades podrán solicitar a la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente, en su caso, la amonestación, la imposición de multas de hasta quinientas unidades tributarias mensuales e, incluso, la revocación de la aprobación o aceptación respectiva, sin perjuicio de su derecho a ejercer las acciones civiles o penales que sean procedentes.

En contra de las resoluciones a que se refiere el inciso anterior, se podrá recurrir, dentro del plazo de diez días, ante el juez y conforme al procedimiento que señalen los artículos 60 y siguientes, previa consignación del equivalente al 10% del valor de la multa aplicada, en su caso, sin que esto suspenda el cumplimiento de la resolución revocatoria, y sin perjuicio del derecho del afectado a solicitar orden de no innovar ante el mismo juez de la causa.”

6.- Ley Orgánica Constitucional N° 18.410 que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles en el inciso 2° del artículo 19 dispone: “Las sanciones que impongan multa serán siempre reclamables y no serán exigibles mientras no esté vencido el plazo para interponer la reclamación, o ésta no haya sido resuelta. Para interponer la reclamación contra una multa deberá acompañarse boleta de consignación a la orden de la Corte, por el 25% del monto de la misma”. Respecto al destino de dicha consignación, la parte final del inciso 5° dispone: “En caso de no acogerse el reclamo, el monto de la consignación se entenderá abonado al pago de la multa y, en caso de acogerse, regirá lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20”.

La disposición contenida en el artículo 19 fue sometida a control de constitucionalidad, preliminarmente señalamos que dichas multas según el artículo 18 A de la misma ley van desde 500 UTA a 10.000 UTA, según sean las infracciones que la misma ley tipifica, es decir, para reclamar de la multa es preciso pagar un 25% de ella que equivaldría a unos 750 millones de pesos, en sentencia Rol 297, en virtud de la cual se declaró constitucional dicha disposición, según analizaremos a continuación.

7.- Ley 19.479 que modifica el Servicio Nacional de Aduanas.

8.- Ley 19.718 que establece la Defensoría Penal Pública, artículo 73: “Las resoluciones del Defensor Nacional que apliquen sanciones en virtud del artículo 71, inciso segundo, o que ordenen cumplir la que el Consejo hubiere

dispuesto en el caso del artículo 72, serán reclamables ante la Corte de Apelaciones, dentro de los diez días siguientes a la fecha de su notificación.

Artículo 71: “Las multas se aplicarán en los casos previstos en las letras a) y b) el artículo 69 por el Defensor Regional. En la resolución, se dispondrá que se impute al valor de la multa la suma que se encontrare retenida en virtud del inciso tercero del artículo 50 y, si no fuere suficiente, se señalará el incremento del porcentaje a retener de las cantidades que se devengaren a favor del prestador del servicio hasta el entero pago de la sanción”.

9.- DL N° 1.097 que crea la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, en el artículo 21 establece que para reclamar de las multas impuestas por el Superintendente ante el tribunal competente deberá pagarse el entero de multa dentro del plazo de 10 días contados desde que se comunique la resolución respectiva.

10.- DL N° 3.500 que establece un nuevo sistema de pensiones, en su artículo 94 número 8° prescribe que las multas impuestas por la Superintendencia a las sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones podrán ser reclamadas por éstas ante la Corte de Apelaciones respectiva dentro de los 15 días siguientes a su notificación, pero para reclamar contra resoluciones que impongan multas, deberá consignarse previamente, una cantidad igual al monto de dicha multa, la que será devuelta si se acogiere el reclamo.

Artículo 94 número 8°: “Aplicar sanciones y disponer la revocación de la autorización de existencia de conformidad a la ley, de las Administradoras de Fondos de Pensiones, de sus sociedades filiales y de las sociedades

administradoras de cartera de recursos previsionales. Asimismo, podrá disponer la enajenación de las inversiones efectuadas en o a través de las sociedades filiales establecidas en el artículo 23, cuando no cumplan con lo establecido en el inciso duodécimo de dicho artículo. El ejercicio de estas atribuciones y funciones deberá efectuarse mediante resoluciones fundadas, las que se notificarán por un ministro de fe.

En contra de dichas resoluciones la Administradora afectada o sus sociedades filiales y las sociedades administradoras de carteras de recursos previsionales podrán reclamar, dentro de los quince días siguientes a su notificación, ante la Corte de Apelaciones que corresponda, la que deberá pronunciarse en cuenta si el reclamo es admisible y si ha sido interpuesto dentro del término legal. Admitido el reclamo, la Corte dará traslado por quince días a la Superintendencia. Evacuado el traslado o acusada la rebeldía, la Corte ordenará traer los autos en relación, agregándose la causa en forma extraordinaria a la tabla del siguiente día, previo sorteo de Sala cuando corresponda. El tribunal dictará sentencia dentro del plazo de treinta días.

Para reclamar de una multa impuesta por la Superintendencia, el reclamante deberá efectuar una consignación equivalente al 25% de su monto, en dicho organismo.

La consignación será devuelta si se acogiere el reclamo”.

3.3.2.4. Fundamento

Entre los fundamentos¹²⁰ que la doctrina y la jurisprudencia ha remontado el *Solve et Repete*, encontramos que el requisito del previo pago estaría vinculado a la presunción de legitimidad de los actos administrativos o, más específicamente, al principio de ejecutividad de dichos actos. También se ha buscado tal fundamento en el derecho procesal, como presupuesto procesal, excepción u obstáculo al libre ejercicio del derecho a recurrir, criterio compartido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español.

Desde la perspectiva del Estado, el *Solve et Repete* aparece como un privilegio o beneficio de la Hacienda o como un medio de protección de los intereses fiscales, aspecto ha sido considerado por la doctrina y la jurisprudencia española¹²¹. Del mismo modo, la jurisprudencia italiana del Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de marzo de 1941, resuelve que: “El principio *Solve et Repete* tiene por fin asegurar la pronta exacción del tributo y se justifica, políticamente, por la necesidad de dar puntual cumplimiento a las obligaciones tributarias y, jurídicamente, por razón de la ejecutoriedad del acto administrativo”, de este forma hace suyo los distintos criterios que se han esgrimido para fundamentar el *Solve et Repete*, tanto aquéllos de orden jurídico como de orden político.

Respecto a la fundamentación basada en el presunción de legitimidad de los actos administrativos o en el principio de ejecutividad, el profesor Garrido Falla señala que este principio de ejecutividad postula la no suspensión del acto administrativo que liquide el crédito ni del procedimiento de apremio para obtener el cobro del crédito, pese a que los particulares recurran contra dicho acto oportunamente, dicho requisito constituye una regla de carácter procesal

¹²⁰ Martín, J. op. cit. pp. 160-162.

¹²¹ Garrido Falla, F. Tratado de derecho administrativo. Tomo I. Madrid. 1958, Instituto de Estudios Políticos p. 505.

que limita el derecho de los particulares a recurrir, constituyendo un “injustificado privilegio administrativo”¹²². Respecto a la ejecutividad de los actos administrativos, el Consejo de Estado español, en el dictamen 5.127 de fecha 14 de diciembre de 1949, lo denomina “privilegio de la decisión ejecutoria” y concluye respecto a ella: “Positivamente tal doctrina encuentra cumplida justificación en los textos legales que normalmente la enuncian de modo casuístico, afirmando, por una parte, la ejecutoriedad de los actos administrativos y, por otra, explicando el alcance de esta ejecutoriedad según el principio *Solve et Repete*”; de esta forma, según la interpretación del profesor de la Universidad de Madrid José María Martín Oviedo, el Consejo califica al *Solve et Repete* como una consecuencia del privilegio de la decisión ejecutoria, al que actualmente, luego de las leyes de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y de Procedimiento Administrativo de 1958, denominamos principio de ejecutividad¹²³.

Asimismo, el profesor García de Enterría señala que gracias al señalado dictamen quedan “perfectamente deslindados los privilegios administrativos de ejecutoriedad y de la acción de oficio, ordinariamente confundidos en la generalidad de la doctrina”¹²⁴; también determina que no existe relación entre el requisito del previo pago y el principio de ejecutividad de los actos administrativos, pese a que el *Solve et Repete* pueda ser una cierta consecuencia de éste, pero sin que el principio de ejecutividad requiera del previo pago para ser efectivo o para desarrollar su esencial misión tutelar de la acción administrativa, ya que ambos se manifiestan en momentos distintos del procedimiento: el principio de efectividad se refiere al cumplimiento de los actos

¹²² Idem.

¹²³ Martín, J. op. cit, p. 172.

¹²⁴ En: Idem.

administrativos por la presunción de legalidad de que están revestidos, el *Solve et Repete* se dirige a asegurar el cobro de los créditos a favor del Estado.

3.3.2.5. Jurisprudencia Nacional

El Tribunal Constitucional ha efectuado el control de constitucionalidad de varios proyectos de ley que establecen el *Solve et Repete*, en los términos de una “consignación previa” a la reclamación judicial del acto administrativo sancionatorio. Tales proyectos fueron declarados acordes a la Constitución, siendo los votos disidentes los que han proclamado la inconstitucionalidad de la regla. Asimismo, se han interpuesto requerimientos para que dicho Tribunal declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de varias normas que contienen la ya mencionada consignación previa. Las sentencias pronunciadas con ocasión de dichos requerimiento serán analizadas a continuación.

Con fecha 28 de febrero de 1994 y conociendo del control de constitucionalidad de la Ley sobre Bases del Medio Ambiente¹²⁵, el Tribunal respectivo declaró que el inciso 2° del artículo 65 del proyecto que establece la exigencia para recurrir ante la Justicia de una previa consignación equivalente al 10% del valor de la multa aplicada, la cual según el inciso 1° de la misma ley puede ascender hasta 500 UTM impuesta por la autoridad administrativa (Comisión Nacional o Regional del Medio Ambiente), es acorde a la Constitución.

La sentencia citada fue pronunciada con el voto en contra del abogado integrante don Eduardo Soto Kloss, quien sostiene que “ello vulnera de modo

¹²⁵ RDJ, T. 91, (1994) 2.6, pp. 5-17.

flagrante el derecho fundamental del afectado a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos (artículo 19, N° 3°, d e la Constitución), derecho que implica en sí mismo el derecho fundamental del acceso a la justicia y el derecho fundamental a una efectiva tutela judicial por parte de los tribunales”.

Dicho integrante del Tribunal, estima además que constituye “un impedimento para el ejercicio de su derecho a recurrir al juez, que incluso puede afectar su derecho en su esencia (artículo 19, N° 26, de la Constitución); no puede escaparse que este requisito impuesto para abrir la vía judicial, es una exigencia que sólo tiene por objeto y finalidad precisamente entorpecer y obstaculizar el ejercicio de este derecho”. Siguiendo este análisis, señala además que se produce una vulneración del artículo 5° de la Constitución, en el sentido que el Estado no estaría cumpliendo su obligación de promover y respetar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, específicamente el derecho de acceso a la defensa ante un juez, puesto que en el proyecto en discusión no se establece norma respecto al debido procedimiento administrativo para la elaboración de los actos administrativos sancionadores, lo cual en la actualidad podríamos entender superado en razón del procedimiento supletorio establecido en la Ley 19.880 que se aplicará en defecto de un procedimiento especial, lo que ocurre en la especie.

Por otra parte, indica que también resultaría atentatorio contra el derecho a la igualdad ante la ley, ya que esta exigencia de consignación constituye “un privilegio para la autoridad administrativa sin fundamento constitucional, y que, por el contrario, no es sino una discriminación arbitraria; también estaría infringiéndose el deber del Estado de promover el ejercicio de los derechos y no obstaculizarlos, eliminando los obstáculos que impidan a las

personas su pleno desarrollo, que es la justamente la promoción del bien común, fin mismo del Estado.

Finalmente el abogado integrante concluye que: “El “solve et repete” – fatídico resabio de épocas estatistas, irrespetuosas de los derechos de las personas- que plantea el inciso segundo del artículo 65 del proyecto referido, vulnera precisa y cabalmente este deber impuesto también al legislador por la propia Constitución, en su afán de hacer realidad la primacía de la persona y el carácter servicial del Estado. Y lo vulnera cualquiera sea el monto –si poco o mucho- del valor que imponga como requisito para ocurrir a la Justicia en reclamo de los derechos de las personas”.

El Tribunal Constitucional en sentencia de 27 de mayo de 1999, Rol N° 287¹²⁶, analizando el proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que modifica la Ley N° 18.410 Orgánica Constitucional de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, y el DFL N° 1 de 1982 de Minería, con el objeto de fortalecer el régimen de fiscalización del sector, que fue presentado a fin de que este Tribunal ejerza el control de constitucionalidad del artículo 19, la norma establece en su inciso 2º: “Las sanciones que impongan multa serán siempre reclamables y no serán exigibles mientras no esté vencido el plazo para interponer la reclamación, o ésta no haya sido resuelta. Para interponer la reclamación contra una multa deberá acompañarse boleta de consignación a la orden de la Corte, por el 25% del monto de la misma”. Al respecto, el Tribunal estima que dicha norma del inciso 2º del artículo 19 es constitucional, por cuanto “no impide el acceso a la justicia de los afectados por la multa, sino solamente lo regula en consideración a la necesidad de asegurar el debido

¹²⁶ RDJ, T. 96 (1999) 2.6, pp. 155-159.

funcionamiento del servicio público que prestan. La exigencia constituye un incentivo efectivo para que las empresas mejoren la coordinación y la seguridad del sistema. En suma, la sanción administrativa y especialmente la consignación respectiva, lejos de tratar de impedir el acceso a la justicia, busca restablecer el orden previamente quebrantado en aras del Bien Común". Finalmente, el Tribunal optó por declarar que la norma se ajustaba a la Constitucionalidad.

Sin embargo, los Ministros señora Luz Bulnes y Mario Verdugo, estuvieron por declarar inconstitucional la parte final del inciso 2° del artículo 19, en razón de que erosiona el derecho de acceso a la justicia establecido en el artículo 19 número 3° de la Constitución, como también el artículo 5° de la Carta Fundamental, ya que la obligación impuesta por esta última norma "(...) importa, además, respetar los derechos establecidos en los tratados internacionales que están ratificados y que se encuentran vigentes, los cuales proscriben toda limitación al acceso a la justicia sea penal, civil o administrativa".

Según lo dispuesto por el artículo 19 inciso 2° de la Ley N° 18.410, las finalidades de la S.E.C. estarían determinadas por ser un servicio destinado a fiscalizar y supervigilar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias y normas técnicas sobre generación, producción, almacenamiento, transporte y distribución de combustibles líquidos, gas y electricidad. Asimismo, señalamos que entre los objetivos propuestos por el proyecto de ley que modifica la Ley N° 18.410, encontramos: acrecentar las facultades fiscalizadoras de la S.E.C.; aumentar el monto de las multas que dicho órgano está facultado para imponer a las entidades fiscalizadas; también

buscó eliminar la sequía o las fallas en centrales hidroeléctricas como causales de fuerza mayor o caso fortuito que hacen que las empresas se excluyan de los decretos de racionamiento.

La disposición del artículo 19 de la citada ley, objeto del control de constitucionalidad, en la Sesión N°39 del Senado, celebrada el día 12 de mayo de 1999, fue objeto de las siguientes intervenciones: el Senador Señor Silva Cimma concluyó: “Pero, lo anterior, de manera alguna puede llevar a admitir lo que entraña la modificación de derechos consagrados al amparo de las normas constitucionales y que ningún intento de regulación puede, sencillamente, arrasar”. En similares términos, el Señor Chadwick señaló: “la posibilidad de que tales derechos sean en cierta medida retenidos, restringidos o limitados y se exija el pago de garantías a título de depósito, para que pueda intentar la reclamación ha sido ya desechada en el mundo entero”¹²⁷.

Dicha sentencia fue objeto de comentario por parte del profesor Raúl Tavolari Oliveros en Revista de Derecho y Jurisprudencia¹²⁸, quien al analizar el argumento de que la imposición de la exigencia de consignación “busca restablecer el orden previamente quebrantado en aras del Bien Común”, señala que dicho argumento además de ser discutible tiene efectos tan limitados, que es difícil entenderla. Si bien es cierto que es conveniente para la comunidad que las empresas que suministran servicio eléctrico cumplan su función y, en caso de no hacerlo, la sanción impuesta sea cumplida; no lo es el hecho de que se les exija la consignación previa al reclamo de dicha sanción, en aras del bien común. En el mismo sentido, don Eugenio Evans Espiñeira, al analizar el

¹²⁷ Evans, E. Sanciones administrativas y acceso a la justicia. Apuntes sobre una sentencia del Tribunal Constitucional. Revista Chilena de Derecho, Vol. 26 N° 2, (1999), Sección Jurisprudencia. p.525.

¹²⁸ Breve comentario a Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 287, de fecha 27 de mayo de 1999, en RDJ, T. 96, 1999, 2.6, p. 159.

fallo en cuestión, estima que el Tribunal Constitucional “No repara, sin embargo, en que en un Estado de Derecho son los Tribunales de Justicia los que definen si hubo o no infracción al orden establecido y que, precisamente por eso, las decisiones administrativas que imponen sanciones son reclamables para ante esos Tribunales”¹²⁹. De esta forma, se restringe y condiciona su intervención.

El profesor Tavolari concluye que “así no más sea la cuarta parte del valor, lo que se está aplicando es el viejo y totalitario principio del “Solve et Repete” y, aunque la mayoría del tribunal se empeñe en negarlo, lo que al final se consigue es una insoportable limitación al acceso a la justicia”. Entendiendo dicha regla como un retroceso en el ámbito de las garantías y derechos de los justiciables, puesto que el legislador ha ido eliminando todas las consignaciones previas a la interposición de recursos.

La sentencia anteriormente citada, respecto del inciso 4º del artículo 19 que dispone: “La Corte no podrá decretar medida alguna que suspenda los efectos del acto reclamado, cuando la suspensión de los efectos de la resolución pueda afectar la calidad del servicio, la continuidad del mismo o la seguridad de las personas”, lo cual el profesor Tavolari estima una inaceptable limitación de la potestad cautelar genérica de los órganos jurisdiccionales, es decir, nos encontramos frente a una norma legal que prohíbe a los jueces determinar la procedencia de la suspensión de los efectos del acto reclamado, se priva a quienes les ha quedado confiada de manera exclusiva la función jurisdiccional, contrariando de esta forma el artículo 76 de la Constitución, lo

¹²⁹ Evans, E. op. cit, pp. 517-525.

cual también se encuentra presente en las actuaciones de la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

La primera sentencia en la que el Tribunal Constitucional opta por declarar la inconstitucionalidad de una norma, es aquella Rol N° 536 del año 2006 sobre Ley de Subcontratación, caso en el cual resolvió que la regla en cuestión conculcaba los derechos que asegurados por la Constitución en los artículos 19 número 3°, incisos primero y segundo. Concluyó en el considerando 9° de la sentencia: “Que la aludida exigencia de una consignación previa resulta así de carácter indeterminado, carente de un límite, pudiendo, en consecuencia, llegar a cantidades cuya cuantía, en la práctica, entraben más allá de lo razonable el derecho de acceso a la justicia, al restringir tan severamente la posibilidad de reclamar ante un tribunal de la multa impuesta por la autoridad administrativa. Ello resulta contrario a los derechos que asegura el artículo 19, N° 3, de la Carta Fundamental, en sus incisos primero y segundo, a “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, y a la “defensa jurídica” pudiendo, por esta vía, sustraerse, en este caso, del control jurisdiccional actos de la Administración, dejando a las personas a merced de la discrecionalidad de la misma, razones por las cuales se declarará su inconstitucionalidad”.

En esta sentencia podemos ver que el Tribunal opta por la declaración de inconstitucionalidad de la norma que determina la exigencia de consignación previa de un porcentaje de la multa aplicada, sin establecer un límite a la cuantía que dicho monto arroje. Sin embargo, en las sentencias anteriormente citadas el dictamen ha sido diametralmente opuesto, pese a que todas las normas requeridas establecen una consignación previa de un porcentaje de la

multa aplicada. De esta forma vislumbramos un cambio en la posición primitiva del Tribunal Constitucional en la materia, donde hasta el momento sólo los votos disidentes han proclamado la inconstitucionalidad de las normas que contienen el denominado “Solve et Repete”, tal hecho se mantendrá por un tiempo más, tal como se corrobora en la sentencia que se analizará a continuación.

En sentencia dictada el 17 de noviembre de 2006, en autos Rol número 546¹³⁰, recaída en impugnación de constitucionalidad del inciso 2° del artículo 30 del Decreto Ley N° 3.538, que impone el requisito previo a la reclamación de la multa impuesta por la Superintendencia de Valores y Seguros o de su monto, de la consignación del 25% del monto total de la multa en la Tesorería General de la República. En este caso se impugna la constitucionalidad de la aplicación de la regla doctrinariamente denominada Solve et Repete.

El Tribunal resolvió que, habiéndose producido empate de votos, no se ha obtenido la mayoría exigida por el artículo 93, numeral 6, de la Carta Fundamental, que para el caso sub lite prevalece sobre la atribución que el artículo 8°, letra f, de la Ley N° 17.997 confiere al Presidente y que corresponde a las competencias que tenía el Tribunal antes de la reforma del año 2005, motivo por el cual se rechaza el requerimiento.

El fallo en su primera parte señala las funciones encargadas a dicha Superintendencia, que consisten esencialmente en la fiscalización de determinadas personas jurídicas y naturales que desarrollan actividades económicas, algunas de ellas con fondos de terceras personas,

¹³⁰ Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, año X, N° 10-2006, pp. 210-234.

correspondiéndole velar por que cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan.

En el motivo 7º, el Tribunal hace presente una circunstancia fundamental y es que “es razonable examinar tanto el contexto general en el que está inserta la norma impugnada, como su ubicación dentro de la sistemática constitucional y la finalidad perseguida por el legislador al establecerla”. De esta forma, la norma cuestionada se inserta dentro del orden público económico, y este tiene como fin regulación de las actividades económicas por medio de las facultades legales otorgadas a los órganos públicos para fiscalizar, controlar y supervisar el cumplimiento de las disposiciones que regulan dichas actividades; además fue establecida por la Ley N° 19.705 dentro del contexto de la modernización al mercado de capitales y de protección a los accionistas minoritarios, a través de la modernización del régimen jurídico aplicable a los entes regulados y “perfeccionar las facultades fiscalizadoras de la Superintendencia de Valores y Seguros”¹³¹. Es por ello que en áreas sensibles, que operan con dineros del público, como los bancos, las administradoras de fondos de pensiones, y en otras como las bolsas de comercio o empresas de distribución de electricidad y combustibles, la ley ha creado organismos de control que se denominan generalmente superintendencias, encargadas ante todo de controlar la aplicación de la ley que regule la actividad de su respectiva área y velar, como su efecto, por la transparencia del mercado”.

En el motivo 4º se establece que “(...), pues si bien es cierto que, en una primera impresión el establecimiento de una exigencia que puede interpretarse

¹³¹ Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados recaído en la iniciativa de la que sería la Ley N° 19.705, que regula las ofertas públicas de adquisición de acciones.

como barrera de acceso a la justicia, no aparece razonable ni ajustada a la seguridad que ofrece la Carta Fundamental a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos de todas las personas y al debido proceso legal, como, asimismo, que la tendencia legislativa ha sido, precisamente, extirpar todo obstáculo al libre ejercicio de las acciones judiciales, no lo es menos que, atendida la diversidad de situaciones que se presentan en la vida moderna y a la multiplicidad de fórmulas que el legislador utiliza, no es posible estimar como constitucional o inconstitucional en sí misma esta regla, debiendo ponderarse, en cada caso y oportunidad que se someta a la decisión de este Tribunal, si su exigibilidad como condición para reclamar judicialmente de ella resulta contraria a la Constitución, sea por quebrantar los derechos de acceso a la justicia y, consecuentemente, la garantía de un juicio justo, sea por impedir o entorpecer, más allá de lo razonable o en forma discriminatoria o arbitraria, otro derecho fundamental”.

Respecto a la posible vulneración de los artículos 19 número 3° y 76 de la Carta Fundamental, el Tribunal estima que la norma impugnada, no puede estimarse atentatoria de la garantía constitucional del acceso a la justicia, por cuanto ella resulta perfectamente conciliable con la regulación de un procedimiento racional y justo para su logro”, no constituyendo una limitación irracional o arbitraria al ejercicio del derecho del requirente a recurrir ante la justicia ordinaria para que revise el acto impugnado, toda vez que el mismo tiene una justificación clara en el propósito de evitar que la determinación sancionatoria de la Superintendencia de Valores y Seguros sea dilatada sistemáticamente en su ejecución por el expediente de recurrirla ante el tribunal competente. Por lo demás, en el caso de prosperar la reclamación del afectado

ante el órgano jurisdiccional, el monto de lo consignado se le restituirá con la correspondiente actualización monetaria.

El Ministro señor Enrique Navarro Beltrán hace presente algunas consideraciones para rechazar el requerimiento, en los siguientes términos, en principio, no parece razonable ni ajustado al mandato constitucional, el establecimiento de exigencias o barreras de entrada al acceso a la justicia; de esta forma, la tendencia del legislador ha sido precisamente remover los obstáculos que pudieren obstaculizar el libre ejercicio de las acciones judiciales, tal como ocurrió hace ya una década en materia de recurso de casación. También hace presente que no puede desconocerse la naturaleza jurídica de los sujetos que se encuentran sometidos a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros (emisores o intermediarios de valores de oferta pública, bolsas de valores mobiliarios, asociaciones de agentes de valores, fondos mutuos, compañías de seguros, etc.) sociedades anónimas, a quienes se exige por de pronto un capital mínimo de seriedad, y que intermedian acciones y transan valores de terceros, estando comprometidos la buena fe y el orden público económico, en los términos que establece el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República. Finalmente concluye que la exigencia de una fianza no vulnera per se el derecho a la tutela efectiva, en tanto ella no resulte prohibitiva o particularmente gravosa, lo que en el caso de autos no se produce, en principio, desde el momento que existe un límite razonable establecido por el propio legislador de 500 UF ó 1.000 UF, si se trata de personas naturales o jurídicas, salvo ciertas excepciones en las que existe siempre como tope el máximo legal autorizado; por lo que el reproche de constitucionalidad debe ser revisado de manera casuística.

En el considerando 10º, respecto al derecho de acceder a la justicia, no cabe duda que el precepto legal impugnado limita el ejercicio de tal derecho; sin embargo, el considerando siguiente señala: “Que la limitación en examen se encuentra contenida en la ley y en este cuerpo legal se fijan reglas suficientemente precisas y específicas, de modo que el precepto en cuestión limita la garantía de acceso a la justicia de un modo previsible para los sujetos imperados, sin permitir un ámbito de excesiva discrecionalidad a quienes quedan en condiciones de aplicarla. (...) La limitación, en consecuencia, cumple con el principio de legalidad, con suficiente determinación y especificidad en conformidad a los criterios largamente establecidos por este Tribunal (sentencias roles 226, 280, 325, 370, 479 y 480)”.

Finalmente concluye en el considerando 20º: “Que también cabría considerar que la consignación previa de parte de la multa otorga más eficacia al actuar de la Administración, en cuanto los reclamos permiten dilatar el pago hasta el término de la instancia judicial, tal como argumentó el Presidente de la República al fundar el Mensaje que dio origen a la norma legal que examinamos. La eficacia de la actividad sancionadora de la administración constituye, sin duda, un fin lícito y el legislador es soberano para escoger los medios para alcanzar ese fin. Sin embargo, al escoger tales mecanismos, el legislador se encuentra limitado por el derecho de las personas que establece la Carta Fundamental, según lo obligan los artículos 1º y 5º de la Carta Fundamental y debe evitar que su actuar afecte, más allá de lo necesario, los derechos fundamentales o impida su libre ejercicio, (artículo 19 N° 26), como puede llegar a ocurrir con la norma en examen, en que el legislador lo somete a exigencias que pueden llegar a hacerlo irrealizable o

entrarlo más allá de lo razonable, conforme a las condiciones financieras del reclamante”.

Los ministros que optan por acoger el recurso, rechazan la alegación de que la norma en cuestión contendría una discriminación arbitraria, sin embargo limita el derecho de acceso a la justicia; en el considerando 15° establecen: “Que si bien puede resultar lícito que los órganos fiscalizadores puedan, previo al proceso judicial y en sede administrativa, determinar la existencia de una infracción y la cuantía de una multa, la sanción no puede estimarse como cierta y definitiva para el ordenamiento jurídico sino una vez que no haya sido reclamada o, habiéndolo sido, una vez que tal reclamo haya sido resuelto en sede jurisdiccional e independiente. Así lo consagra nuestro sistema al permitir que se reclame de las respectivas decisiones administrativas en sede jurisdiccional, cuestión que no sólo está consagrada en la especie a nivel legal, sino que también, con mayor jerarquía, en la propia Constitución Política (artículo 38 inciso segundo)”.

Concluyendo el considerando siguiente: Que, en consecuencia, el argumento de someter al sujeto fiscalizado al imperio del derecho no resulta convincente para justificar constitucionalmente la exigencia de consignar una suma significativa como la de la especie, toda vez que a través de ella se limita a priori y de manera significativa su derecho de acceso a la justicia, en condiciones que esta podría determinar que no es un infractor y que no merece reproche alguno. Precisamente el acceso a la justicia tiene por objeto determinar si la infracción imputada por la Administración ha existido o no y si la multa será confirmada o alterada. Antes de eso, el requirente no puede ser tratado como infractor.

En el mismo sentido, el considerando 22° plantea que la norma no contiene excepciones, motivo por el cual, entre otros, concluyen que: “En estas dudas, los que suscribimos este fallo optamos por la defensa de los derechos y de la libertad, pues entendemos que ese es el espíritu de la Constitución, sin perjuicio de reconocer, como lo hemos hecho, que es lícito que la administración resguarde, incluso con actos sancionatorios, la actividad de quienes operan con dineros de terceros, en el sistema financiero”. Así, en el motivo 24° estiman que: “(...) la obligación de consignar la suma de \$68.036.025, equivalente a un 25% de la multa, sin límite alguno a la cuantía que arroje tal porcentaje, establecida como requisito para poder reclamar de la sanción en sede judicial, contenida en el inciso segundo del artículo 30 del Decreto Ley 3.538, limita de manera severa el derecho de acceder a la justicia del requirente, sin que tan significativa limitación pueda considerarse razonable, pues no guarda proporción alguna con el logro de fines lícitos, como los alegados en esta causa y, por el contrario, se muestra inepta para alcanzar aquellos que se han dado para justificarla. En consecuencia, su aplicación produce efectos contrarios a la Constitución”.

Además se establece un aspecto que ha sido discutido en la doctrina, y que por lo demás, fue analizado en el primer apartado del Capítulo III del presente trabajo. El Tribunal estima que no es posible eludir que el requisito de la consignación previa es “un trasunto o derivación del característico rasgo de ejecutoriedad o ejecutividad que revisten los actos administrativos”, agregando además que tales rasgos están consagrados en los artículos 3° y 51 de la Ley 19.880. Tales principios determinan un carácter especial de los actos administrativos que resulta determinante en el ejercicio de las potestades

públicas y se manifiesta, en el mismo sentido, en la exigencia de cumplimiento inmediato de los actos administrativos.

Con posterioridad a la antedicha sentencia y en contraposición a lo resuelto hasta el momento, salvo la señalada sentencia Rol N° 536 del año 2006 sobre Ley de Subcontratación. En requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el Tribunal Constitución establece la inconstitucionalidad de dos normas legales que imponen la regla del previo pago: el inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo y la parte final del inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario.

Respecto a la primera de las normas citadas, por requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo, en la causa sobre reclamo de multa administrativa impuesta en autos Rol 757-07, caratulada “FM Seguridad S.A. con Dirección Regional del Trabajo”. El Tribunal Constitucional declara, en sentencia de 1 de julio de 2008, que no podrá aplicarse en la causa en cuestión el inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo, únicamente en la parte en que exige la consignación de la tercera parte de la multa para reclamar de las multas administrativas.

En cuanto a dicha norma, el Tribunal resuelve del mismo modo en requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto respecto a la causa por reclamo de multa administrativa Rol 806-07, seguida ante el 5° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, caratulada “Asesoría y Servicio con Dirección del Trabajo”, sentencia dictada con fecha 10 de julio de 2008.

En ambas causas, los requirentes expresan que la aplicación de la exigencia del inciso 3° del artículo 474 del Código del Trabajo, previa a la

reclamación judicial de la sanción administrativa impuesta por parte de la Dirección del Trabajo, sería contraria al artículo 19, N° 3, inciso primero, de la Constitución Política, el cual, al asegurar a toda persona “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, consagra y garantiza el denominado ‘Derecho a la Acción’ y, a su vez, constituye una aplicación del derecho de igualdad ante la ley previsto en el numeral 2º del mismo artículo 19 mencionado.

Por otra parte, señalan que la disposición cuestionada en la especie, establecería, una diferencia arbitraria en perjuicio de los requirentes y que sería constitutiva, también, de una afectación a la esencia del derecho de defensa, contrariando, de esta forma, el N° 26 del artículo 19 de la Ley Fundamental.

Se plantea asimismo, que el inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo se opondría al principio de inexcusabilidad que contempla la Carta Fundamental en sus artículos 76.

Las sentencias que resuelven dichos requerimientos esgrimen similares consideraciones y resuelven en el mismo sentido, declarando la inaplicabilidad de la norma en cuestión para la resolución del caso concreto en que se plantea. En virtud de ello, sólo analizaremos el primero de ellos con detención.

El inciso 3º del artículo 474 del Código del Trabajo establece la exigencia de una consignación previa a la reclamación judicial de la sanción administrativa impuesta, lo que el representante del requirente FM Seguridad S. A. estima contrario al artículo 19 número 3 de la Constitución, el cual, al asegurar a toda persona la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos consagra y garantiza el denominado derecho a la acción y, a su vez

constituye una aplicación del derecho de igualdad ante la ley previsto en el numeral 2° del mismo artículo 19 mencionado.

Del mismo modo dicho actor estima que la disposición legal, alejándose de los principios de un Estado de Derecho constituye una diferencia arbitraria en perjuicio de la empresa condenada, por cuanto el legislador habría creado una situación fáctica injustificable para acceder a un pronunciamiento judicial condicionándolo a la capacidad económica del reclamante. Además sostiene que es constitutiva de una afectación a la esencia del derecho a la defensa jurídica contrariando, de esta forma, el N° 26 del artículo 19 de la Ley Fundamental.

Se plantea asimismo, que el inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo se opondría al principio de inexcusabilidad que contempla la Carta Fundamental en sus artículos 76 y siguientes, por cuanto, como aduce el actor, habiéndose reclamado en forma legal la intervención del Juzgado del Trabajo, éste se ha excusado haciendo aplicable una norma inconstitucional y olvidando que se le exige su pronunciamiento aun cuando no exista ley aplicable al caso.

Por otra parte, dentro de las consideraciones esgrimidas por el órgano administrativo Dirección Regional del Trabajo con miras a obtener el rechazo del requerimiento, hace referencia a las normas constitucionales y legales que la habilitan para fiscalizar a los que denomina “actores laborales”, es decir, a toda relación jurídica que se rija por las normas del Código del Trabajo, como también para velar por el estricto cumplimiento de las normas de orden público laboral.

Luego, la Dirección Regional del Trabajo menciona las que, a su entender, serían las razones que tuvo en vista el legislador al tiempo de

establecer la consignación objeto de la impugnación: 1) Asegurar, aunque en forma “sucinta”, los resultados del juicio en el supuesto de que el tribunal confirme la multa aplicada. 2) Dar cierto grado de seriedad a la reclamación de la multa administrativa. 3) Su fundamento se encuentra en la garantía del artículo 19, N° 26, de la Carta Fundamental, que se desarrolla en el artículo 477 del Código del Trabajo, que establece detalladamente los montos de las multas administrativas, de manera tal que todo “actor laboral” conoce, de antemano, la cuantía de estas sanciones; la exigencia de admisibilidad de la acción de reclamo que prevé la norma impugnada no establecería una diferencia arbitraria con respecto de algún “actor laboral”, ya que se aplica sin distinciones a todos ellos. 4) Busca evitar que las multas pierdan eficacia tanto en su aplicación como en la oportunidad de su pago, como lo ha dispuesto el legislador en otros casos similares.

Por otra parte, hace presente, que esta Magistratura Constitucional ya ha fallado a favor de dicha consignación en los Roles N° 92, 287 y 546.

Asimismo, estima que el artículo 474 del Código del Trabajo se encuentra dentro de aquellas normas denominadas, por la doctrina, como de “orden público laboral”, a cuya conformación contribuye la disposición contenida en el artículo 19, N° 16, de la Constitución Política, que asegura la libertad de trabajo y su protección.

Por otra parte, argumenta que dicha consignación no es más que un típico rasgo de la ejecutoriedad de los actos administrativos, establecido en el artículo 3° de la ley número 19.880.

En razón de lo expuesto precedentemente, el organismo administrativo compareciente concluye que la exigencia de consignar un porcentaje de la

multa impuesta por la Dirección del Trabajo para reclamar de ella ante un órgano jurisdiccional no puede, en este caso, estimarse arbitraria o carente de razón, por ende, atentatoria de la garantía constitucional de igualdad ante la ley, consagrada en el N° 2 del artículo 19 de la Constitución Política. Tampoco podría estimarse como contraria al derecho de acceso a la justicia, consagrado en el numeral 3° del mismo precepto recién citado y en el artículo 76 de la misma Carta, por cuanto ella –la norma impugnada- resulta perfectamente conciliable con la regulación de un procedimiento racional y justo que tiene en vista el logro de los objetivos descritos anteriormente.

El Tribunal Constitucional, en los considerandos 20° y 21° hace referencia a lo señalado por la doctrina nacional y comparada acerca del privilegio procesal: “Solve et Repete”. Así como a la jurisprudencia constitucional comparada en la materia. Ambos temas ya analizados en este trabajo los apartados anteriores de este Capítulo III.

Respecto a la garantía invocada por el recurrente, igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el Tribunal en el considerando 33° concluye: “Que, en concordancia con lo razonado en los considerandos anteriores y consecuente con la doctrina que emana de las resoluciones arriba citadas, en ocasiones anteriores en que este Tribunal se ha enfrentado a conflictos similares al asunto sublite, ha reafirmado que el derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos o, como lo denomina el requirente en estos autos, “Derecho a la Acción”, también conocido en la doctrina moderna como derecho a la tutela judicial, es uno de los derechos asegurados por el N° 3 del artículo 19 de la Constitución, pues, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito, carecería

de sentido que la Carta Fundamental se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por el juez natural, el derecho a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho de toda persona a ser juzgado, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez, sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente. Aún más, negar, condicionar o poner en duda la existencia de este derecho como uno de aquellos esenciales que emanan de la naturaleza humana, significaría desconocer la vigencia misma de todos los demás derechos de las personas y sostener la más completa inutilidad de las leyes y de las magistraturas encargadas de velar por su acatamiento y aplicación, invitando, de paso, al regreso a la autotutela.

En el considerando 36º, el Tribunal indica que los derechos constitucionales eventualmente afectados por la norma impugnada son: el derecho de acceso a la justicia o derecho a la tutela judicial, asegurado por el N° 3 del artículo 19 de la Constitución, y el derecho a reclamar a la justicia contra los actos de la Administración, consagrado en especial con relación a los actos administrativos, en el artículo 38 de la misma Carta. Posteriormente y en el considerando cuadragésimo, con el fin de si determinar si la aplicación de la norma resulta o no contraria a la Constitución, menciona algunos argumentos expuestos por el Director Regional del Trabajo. En ellos hace presente las finalidades perseguidas por el legislador en el otorgamiento de las facultades de fiscalizar e interpretar la legislación laboral vigente, se encuentra la necesidad de dilucidar in actum el conflicto laboral, “puesto que de su pronta

solución depende la efectiva protección laboral y en definitiva, la paz social...”. Además hace presente que quien se sienta perjudicado por dicha actuación administrativa, para acudir al juez de fondo competente, mediante los diversos mecanismos otorgados por la ley.

Posteriormente, y tal como fue analizado en otras sentencias del Tribunal Constitucional (Roles N° 226 Y 280), éste sienta las bases para determinar cuándo resulta admisible la limitación de un derecho fundamental sin impedir su libre ejercicio, “... tales limitaciones deben cumplir estrictas condiciones, entre ellas, la de estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es, ser razonables y justificadas...”. Asimismo ha dicho que “un derecho se hace impracticable cuando sus facultades no pueden ejecutarse; que se dificulta más allá de lo razonable cuando las limitaciones se convierten en intolerables para su titular y que, finalmente, debe averiguarse si el derecho ha sido despojado de su necesaria protección o tutela adecuada a fin de que el derecho no se transforme en una facultad indisponible para su titular (Rol N° 280)”. Por último, cita la antedicha sentencia, ya que una adecuada resolución del asunto requiere y la aplicación de los principios examinados en los considerandos precedentes al caso concreto sublite, requiere que: “Estos supuestos deben ser aplicados, en todo caso, con la confluencia de dos elementos irrenunciables. En primer lugar, el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial del derecho; y luego, las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, lo que alude a determinar el sistema de límites del ordenamiento jurídico general y cómo juega en ella el derecho y la limitación.”;

Finalmente, el Tribunal estima relevante para la resolución del asunto, constatar que el precepto legal impugnado, esto es, la exigencia de consignar la tercera parte de la multa impuesta administrativamente, como condición para poder reclamar judicialmente de las multas administrativas por infracciones a la legislación laboral y de seguridad social, haya sido suprimido por la Ley N° 20.087, de 3 de enero de 2006, que sustituyó el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo. En efecto, dicho cuerpo normativo, en el N° 17 de su Artículo Único, modificado luego por la Ley N° 20.260, sustituyó el artículo 474 del Código del Trabajo, que pasó a ser artículo 503, cuyo inciso tercero no contempla la exigencia de consignación previa, pues es del siguiente tenor: “La resolución que aplique la multa administrativa será reclamable ante el Juez de Letras del Trabajo, dentro de quince días hábiles contados desde su notificación. Dicha reclamación deberá dirigirse en contra del Jefe de la Inspección Provincial o Comunal a la que pertenezca el funcionario que aplicó la sanción.”;

La supresión del privilegio solve et repete del precepto legal impugnado fue iniciativa del Presidente de la República, pues, en el Mensaje N°4-350, de fecha 22 de septiembre de 2003, mediante el cual sometió al Congreso Nacional el respectivo proyecto de ley, expuso, en la descripción del proyecto propuesto, lo siguiente: “El párrafo 7° del proyecto contempla el procedimiento de reclamación de las sanciones administrativas aplicadas por la Dirección del Trabajo, sustituyéndose en consecuencia el actual Título II, del Libro V, del Código del Trabajo. Con ello, entre otras cosas, se salva la discusión sobre si el plazo para reclamar es de días hábiles o corridos, ya que al estar comprendido en el Título I le es aplicable la norma de días hábiles. Se

establece aquí, entre otras cuestiones, un procedimiento especial y sumario; se elimina la obligación de consignar una parte de la multa como requisito de admisibilidad; y se dispone en forma expresa lo que la jurisprudencia ya ha sentenciado, en el sentido de que la resolución del tribunal lo será en única instancia” (Considerando 26°).

A continuación transcribiremos el considerando 27° de la sentencia en comento, por cuanto resulta determinante en este aspecto: “Que la trascendencia que adquiere en la resolución de este asunto la constatación de que, por voluntad del Legislador y a propuesta del Jefe del Estado, se haya extirpado de la legislación laboral el precepto impugnado en estos autos, no se ve alterada por la circunstancia de que, no obstante que por disposición del artículo 1° transitorio de la Ley 20.087, de 3 de enero de 2006, el nuevo procedimiento laboral debió entrar en vigor en todo el territorio nacional el 1° de marzo de 2007, en virtud de la modificación introducida a dicho precepto por el artículo 8° de la Ley 20.252, de 15 de febrero del presente año, se haya establecido que las modificaciones introducidas al Código del Trabajo comenzarían a regir en las diversas regiones del territorio nacional, con la siguiente gradualidad: Regiones III y XII, el 31 de marzo de 2008; Regiones I, IV, V y XIV, el 31 de octubre de 2008; Regiones II, VI, VII y VIII, el 30 de abril de 2009; Región Metropolitana, el 31 de agosto de 2009, y Regiones IX, X, XI y XV, el 30 de octubre de 2009”.

Entre los argumentos de fondo de la Dirección del Trabajo, se contienen:

a) “PRIMERO: La obligatoriedad de esta consignación, busca asegurar, aunque sea en forma sucinta, los resultados del juicio, es decir, asegurar al menos que ingrese la tercera parte de la multa cursada, en arcas fiscales, en el supuesto

que se confirme la multa por el juez de fondo, toda vez que, la gran mayoría de ellas son confirmadas”. b) “SEGUNDO: Busca darle cierto grado de seriedad a la reclamación judicial de multa administrativa, puesto que, con ella se buscó evitar, por una parte las dilaciones injustificadas de la multa administrativa, situación que se dio con frecuencia, en los siguientes términos: se presenta la reclamación judicial y de inmediato se paraliza el cobro de la multa administrativa, por lo que presentaban para el solo efecto de dilatar por largo tiempo (teniendo presente los recursos que se interponían en contra de las sentencias de primera instancia) haciendo uso y abuso del reclamo judicial, lo que irrogaba un perjuicio al Estado y, por otra para evitar derroches innecesarios del Estado, al poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional, frente a reclamaciones anodinas, que por el principio de la inexcusabilidad el juez debía dar curso”.

Luego, en el considerando siguiente, el Tribunal contrasta las referidas defensas ofrecidas por la autoridad administrativa con el hecho que: “...la legislación reciente no sólo ha modernizado el procedimiento laboral en general, sino que ha suprimido expresamente el precepto legal impugnado...”.

Finalmente, el Tribunal Constitucional concluye en considerando 46º: “Que, razonando de la manera recién indicada y ponderando todo lo reflexionado hasta ahora, no queda sino concluir que, en el actual estado de desarrollo del derecho nacional e interpretando la garantía constitucional de acceso a la justicia con un criterio finalista, amplio y garantista, la limitación al derecho a la tutela judicial que impone el precepto legal impugnado aparece despojada de la razonabilidad y justificación que precisaría para ser aceptada como constitucionalmente admisible a la luz de lo dispuesto en el N° 26 del

artículo 19 de la Carta y, en consecuencia, su aplicación en el caso sublite deberá ser estimada como contraria a la Constitución, y así se declarará”.

Así, el Tribunal Constitucional resuelve: Que se acoge el requerimiento de fojas 1 y, en consecuencia, se declara que no podrá aplicarse en la causa Rol 757-2007, caratulada “FM Seguridad con Dirección Regional del Trabajo”, que se encuentra en estado de notificación de la demanda en el Octavo Juzgado Laboral de Santiago, el inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo, de acuerdo al texto que rige en la Región Metropolitana, únicamente en la parte en que exige la consignación de la tercera parte de la multa para reclamar de las multas administrativas.

Respecto a la antedicha sentencia, estimamos que la constatación de que, pese a no estar en vigencia, la nueva normativa laboral elimina la consignación previa a la reclamación de multa resulta determinante.

El artículo 474 del Código del Trabajo que pasó a ser artículo 503, en su inciso tercero no contempla la exigencia de consignación previa. Además dicha normativa contempla un procedimiento sumario y especial para la reclamación de multas, la cual, por lo demás comenzará a regir con posterioridad a la dictación de la sentencia en análisis.

De esta forma, parece razonable la eliminación de la exigencia de consignación previa ya que la nueva norma establece un procedimiento especial y sumario para el conocimiento de reclamación de las sanciones administrativas aplicadas por la Dirección del Trabajo. A diferencia de lo que ocurre en la normativa actual donde, tal como lo expresó la Dirección del Trabajo, dicha consignación resulta plenamente conforme a los objetivos que tuvo en vista el legislador con su establecimiento, a saber: En primer término, la

obligatoriedad de esta consignación, busca asegurar, aunque sea en forma sucinta, los resultados del juicio, es decir, asegurar al menos que ingrese la tercera parte de la multa cursada, en arcas fiscales, en el supuesto que se confirme la multa por el juez de fondo, toda vez que, la gran mayoría de ellas son confirmadas. En segundo lugar, y tal como lo señaláramos anteriormente, dicha consignación busca darle cierto grado de seriedad a la reclamación judicial de multa administrativa, en los siguientes términos: se buscó evitar, por una parte, las dilaciones injustificadas de la multa administrativa, situación que se dio con frecuencia, en los siguientes términos: se presenta la reclamación judicial y de inmediato se paraliza el cobro de la multa administrativa, por lo que presentaban para el solo efecto de dilatar por largo tiempo (teniendo presente los recursos que se interponían en contra de las sentencias de primera instancia) haciendo uso y abuso del reclamo judicial, lo que irrogaba un perjuicio al Estado y, por otra para evitar derroches innecesarios del Estado, al poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional, frente a reclamaciones anodinas, que por el principio de la inexcusabilidad el juez debía dar curso”.

Ahora analizaremos las dos últimas sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en materia que nos ocupa relativas a la parte final del artículo 171 del Código Sanitario.

La norma contenida en el artículo 171 del Código Sanitario prescribe: “De las sanciones aplicadas por el Servicio Nacional de Salud podrá reclamarse ante la justicia ordinaria civil, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia, reclamo que tramitará en forma breve y sumaria. Para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa”. La última frase contenida en la

disposición establece una consignación previa a la interposición del reclamo de la totalidad de la multa, es decir, debe verificarse el cumplimiento de la sentencia.

Con el fin de obtener la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la parte final de esta norma, fueron presentados y resueltos por el Tribunal Constitucional, recientemente, dos requerimientos. El primero de ellos, interpuestos con fecha 3 de marzo de 2008 en la causa caratulada "Concha San Martín, Sergio Andrés, con Fisco", seguida actualmente ante la Corte de Apelaciones de Concepción cuya sentencia fue dictada el 22 de julio de 2008. El último de ellos fue presentado el 17 de abril de 2008, la declaración de inaplicabilidad se solicita en los autos sobre reclamación de multa en juicio sumario, caratulados "Pfeifer Frenz, Hernán, y otras con Instituto de Salud Pública", Rol C-7770-2008, de los que conoce el 11º Juzgado Civil de Santiago, resuelto por el Tribunal Constitucional el 22 de julio de 2008.

En el primero de dichos requerimientos se estima que la segunda parte del referido inciso primero violenta el artículo 19 N° 3, inciso quinto, de la Constitución Política, que consagra el debido proceso y que incluye, sostiene, el principio de libre acceso a la justicia. Además la norma impugnada, expresa, al imponer el pago previo del 100% de la multa, entraba dicha garantía más allá de lo razonable y prudente. Agrega el requirente, que la disposición impugnada atenta en contra de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, ya que es arbitrario el propósito por el cual se dictó esta norma, que impone una carga irracional a quienes requieren el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

En el requerimiento presentado posteriormente, el 17 de abril de 2008, se argumenta que dicha consignación previa, colisionaría con los derechos reconocidos en los incisos primero, segundo y quinto del N° 3 del artículo 19 de la Ley Fundamental, es decir, con aquel que asegura la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, con el derecho a defensa jurídica y con el que garantiza el denominado “debido proceso”. Además de entorpecer o limitar el acceso al control jurisdiccional de los actos de la Administración más allá de lo razonable o prudente, por lo que piden acoger la acción. Hacen presente, a mayor abundamiento, que, según lo dispuesto en el artículo 168 del Código Sanitario, las multas que impone la autoridad sanitaria son a su propio beneficio y no, como es regla general, a beneficio fiscal o municipal.

Tal como en el análisis del artículo 474 del Código del Trabajo, en la resolución de ambos requerimientos, los argumentos y las consideraciones expuestas son de tal similitud que sólo nos limitaremos a analizar la última sentencia dictada.

Con fecha 17 de abril de 2008, don Hernán Pfeifer Frenz y otras recurrieron al Tribunal Constitucional solicitando se declare inaplicable la segunda frase del inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario, que dispone: “Para dar curso a ellos (se refiere a los reclamos que se intenten en contra de las sanciones aplicadas por la autoridad sanitaria competente) se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa”. Tal declaración de inaplicabilidad se solicita respecto de los autos sobre reclamación de multa en juicio sumario, caratulados “Pfeifer Frenz, Hernán, y otras con Instituto de Salud Pública”, Rol C-7770-2008, de los que conoce el 11° Juzgado Civil de Santiago.

Los requirentes sostienen que aplicar la parte impugnada del precepto en la gestión pendiente vulnera el derecho de su parte a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, a acceder a la justicia y su derecho a defensa judicial en un debido proceso que, argumentan, se encuentran consagrados en los incisos primero, segundo y quinto del numeral 3º del artículo 19 de la Carta Fundamental, es decir, con aquel que asegura la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, con el derecho a defensa jurídica y con el que garantiza el denominado “debido proceso”. A su juicio, el precepto legal impugnado entraba o limita el acceso al control jurisdiccional de los actos de la administración más allá de lo razonable o prudente, por lo que piden acoger la acción, ciñéndose a sus propios pronunciamientos anteriores, en orden a que esta clase de normas genera un efecto inconstitucional. Citan las sentencias roles 536, considerando 9º; 546, considerandos 6º al 10º del voto de los ministros que estuvieron por acoger el requerimiento; y 280, considerando 28º.

A continuación, el Tribunal se hace cargo de la presentación del Instituto de Salud Pública sobre la colisión de garantías constitucionales o derechos fundamentales. La cual sería una consecuencia directa del carácter relativo que revisten tales derechos, y que, en el caso concreto de autos, el precepto legal que se impugna es precisamente un ejemplo del conflicto jurídico anotado, ya que establece una limitación al derecho de defensa jurídica consagrado en el numeral 3º del artículo 19 de la Constitución, y tiene en cuenta, por otra parte, que la existencia y funciones del Instituto de Salud Pública, como parte del Sistema Nacional de Salud, obedecen, fundamentalmente, al deber del Estado de velar por la salud de la población y de promover y proteger el derecho a la

vida y a la integridad física y psíquica de todas las personas, garantizado en el numeral 1º de la misma disposición constitucional señalada. Puntualiza en seguida el mismo organismo que, a su juicio, tal limitación al ejercicio del referido derecho resulta justificada, en atención a la presunción de legalidad de que goza todo acto administrativo, en este caso aquél dictado en un sumario sanitario y que impuso multas a los requirentes como consecuencia de haberse acreditado, en el respectivo procedimiento administrativo, el incumplimiento de una norma sanitaria.

Recuerda a continuación que la norma cuya inaplicabilidad se pide en el presente proceso no constituye una novedad en nuestro ordenamiento jurídico y, al efecto, cita el artículo 165 del Código Tributario, que dispone que para apelar de una multa aplicada por resolución del Director Regional del Servicio de Impuestos Internos previamente se debe consignar en un banco, a la orden del Tesorero General de la República, una cantidad igual al 20% de la respectiva multa, la que puede alcanzar un máximo de 10 UTM. También el órgano de la Administración alude a los artículos 28 y 30 de la Ley de la Superintendencia de Valores y Seguros, según los cuales dicha institución puede aplicar multas de hasta 15.000 UF, las que pueden ser reclamadas en juicio sumario ante el correspondiente juzgado civil, previa consignación, en la Tesorería General, del 25% del total de la respectiva multa. Se indica, en el mismo aspecto, que en materia de multas aplicadas por la Dirección del Trabajo la legislación del ramo exige que, previo a la presentación de la reclamación, se consigne la tercera parte de la multa.

Finalmente, el referido ente administrativo sostiene que la limitación al ejercicio del derecho de acceso a la justicia que establece la norma legal

cuestionada en la especie, no afecta el contenido esencial del mismo derecho, ya que éste sería “realizable, pero en el marco previsto por la ley, en este caso, el Código Sanitario”, que “garantiza la eficacia de la actuación de la autoridad administrativa sanitaria, evitando reclamos dilatorios, que eventualmente pueden lesionar los derechos fundamentales de todos los ciudadanos y la naturaleza preventiva general y especial que tiene la multa aplicada”.

Culmina la presentación del Instituto de Salud Pública insistiendo en que, conforme a lo señalado, en el caso sub lite no resulta posible sostener que la aplicación del artículo 171, inciso primero, segunda parte, del Código Sanitario haya afectado los derechos de los requirentes a la igual protección de la ley en su ejercicio, a la defensa judicial y al debido proceso, puesto que su acción de reclamo fue admitida a tramitación y nada obstará a que dentro del respectivo proceso ellos puedan hacer valer las probanzas pertinentes en defensa de sus intereses.

En el considerando 16° el Tribunal resuelve que la norma legal impugnada afecta y limita severamente el derecho del particular de acceder a la justicia para reclamar en ese foro de las sanciones administrativas de que ha sido objeto, del momento que, para hacerlo y como condición necesaria, debe consignar la totalidad de la multa que se le ha impuesto y de la que reclama. La calificación de severa restricción del derecho fue explicada por este Tribunal en un caso análogo de la siguiente manera, sentencia Rol N° 792 considerando 14°, que resulta enteramente aplicable al caso de autos: “Que cabe tener especialmente presente que el objeto del reclamo judicial es la multa cursada, reclamo que persigue eximir al administrado del pago de la misma, por entenderla contraria a derecho, y que el requisito establecido por el legislador

para hacer valer dicha pretensión ante el órgano jurisdiccional es el cumplimiento íntegro de dicha sanción. La identificación entre objeto reclamado y *condictio sine qua non* para la admisibilidad del reclamo, lleva, en los hechos, a que el acto administrativo por el cual se cursa la multa sea inimpugnable, en términos que no obstante poder formalmente reclamarse en contra del mismo, éste produce todos sus efectos, y aun en el caso de una ilegalidad flagrante, evidente y manifiesta, el administrado debe soportarla sin que la ley establezca mecanismo alguno que suspenda el cumplimiento de la sanción y a la vez habilite a reclamar de la misma.

En esa perspectiva, la obligación de pagar toda la multa antes de impugnarla hace que la tutela judicial sea tardía e inoportuna, pues la lesión jurídica al interés del administrado por causa de una ilegalidad se produjo, ya generó sus efectos, y la sanción que de dicha lesión derivó fue cumplida, lo que transforma a la acción judicial de reclamo en un mero proceso de reembolso condicionado a la juridicidad de la multa ya pagada". Por estos motivos, debe desecharse la alegación del requerido en el sentido de que la aplicación de la norma no afectaría el contenido esencial de la garantía constitucional que se alega infringida.

En el considerando siguiente el Tribunal concluye que es necesario examinar si dicha limitación o restricción se encuentra o no en los márgenes tolerados por la Carta Fundamental. Al efecto, este Tribunal ha establecido que si bien el legislador goza de discreción y de un amplio margen en la regulación de las relaciones sociales, debe cuidar que las restricciones al goce de los derechos que puedan resultar de tales regulaciones encuentren justificación en el logro de fines constitucionalmente legítimos, resulten razonablemente

adecuadas o idóneas para alcanzar tales fines legítimos y sean -las mismas restricciones proporcionales a los bienes que de ellas cabe esperar, resultando por ende tolerables a quienes las padezcan en razón de objetivos superiores o, al menos, equivalentes (doctrina que puede encontrarse expuesta, entre otros, en el considerando 15º de la sentencia de 26 de diciembre de 2006, dictada por este Tribunal en la causa Rol N° 541, y reiterada en la de 22 de julio de 2008, Rol N° 1046).

Asimismo, este Tribunal ha exigido que las restricciones o limitaciones al ejercicio de un derecho se encuentren determinadas por el legislador, no vulneren el principio de igualdad ante la ley y respeten el numeral 26 del artículo 19 de la Carta Fundamental, que prohíbe afectar los derechos en su esencia o imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Al explicar el alcance de lo que significa impedir el libre ejercicio de un derecho, esta Magistratura ha afirmado constantemente que ello ocurre cuando el legislador “lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más de lo razonable o lo privan de tutela jurídica.” (Sentencia de 24 de febrero de 1987, Rol N° 43, reiterado en varias sentencias posteriores).

Respecto a dichas restricciones el Tribunal resuelve en los considerandos 18º y 19º que, pese a satisfacer la exigencia de encontrarse clara y suficientemente determinada en la ley, no cumple con la obligación de resultar razonable; esto es, idónea para alcanzar un fin constitucionalmente lícito e imponer un gravamen que se justifique como proporcional al logro de tales fines lícitos. Al efecto, la parte requerida ha alegado que el mecanismo de la consignación previa cumpliría razonablemente con los objetivos de evitar reclamos injustificados o litigación frívola. Ese objetivo no puede justificar

razonablemente tan severa restricción al derecho de acceder a la justicia. Tampoco el mecanismo puede justificarse en función de dar eficacia (directa) a las resoluciones administrativas y a evitar que las multas pierdan eficacia, tanto en su aplicación como en la oportunidad de su pago.

En cuanto al argumento sostenido por el Instituto de Salud Pública que la previa consignación se justificaba en la especie como un modo de evitar reclamos injustificados o litigación puramente dilatoria. El Tribunal estima que ello no ocurre, porque el mecanismo en examen en nada impide la litigación frívola: el sancionado con capacidad de pago tendrá la misma tentación de litigación frívola si posteriormente puede recuperar el dinero pagado que si puede evitar el pago. En segundo lugar, y esto resulta particularmente relevante, porque, en la especie, la reclamación judicial no suspende lo resuelto por la autoridad sanitaria.

En consecuencia, no es posible convencer que la consignación previa resulte un modo eficaz de evitar el reclamo injustificado o puramente dilatorio de la multa, pues el reclamante se verá sometido igual a cumplir con la sanción de multa y su litigación –justificada o no tendrá igualmente por objeto recuperar lo que se ha pagado. La única diferencia es que el pago de la multa, establecido como solve et repete, esto es, como condición de admisibilidad del reclamo judicial, es de pago más seguro que el crédito que emana de una sanción, pero ello en nada ayuda a desincentivar la litigación infundada, pues el mecanismo se aplica por igual a los reclamos fundados y a los infundados. En tercer lugar, hay que considerar que el derecho sí cuenta con una serie de instrumentos destinados a desincentivar la litigación infundada o puramente dilatoria, y que son idóneos para tales objetivos, entre los que encontramos los

exámenes de admisibilidad y la condenación en costas. En esas condiciones, no puede sostenerse que el mecanismo sirva a la finalidad que se ha alegado.

Asimismo, la requerida alegó (considerando 21º) que la limitación al derecho de acceso a la justicia que se examina en la especie, encontraría su justificación como un modo idóneo y proporcional para dar eficacia directa a las resoluciones administrativas, las que gozan de presunción de legalidad, y de reconocer el imperio del que están dotadas. Sin embargo el Tribunal estimó que la eficacia y el imperio de las resoluciones administrativas dicen relación con su cumplimiento y no con las barreras que se establezcan para reclamar de ellas.

Del mismo modo en el considerando 22º resuelve que tampoco es posible concluir que la barrera de acceso a la justicia, consistente en la necesidad de consignar la multa, puede justificarse como un instrumento lícito, idóneo y proporcional para evitar que las multas pierdan eficacia, tanto en su aplicación como en la oportunidad de su pago. Desde luego, y como se ha visto, porque para lograr que la tramitación del reclamo en contra de una sanción no afecte en demasía la eficacia de la multa y la oportunidad en su cumplimiento, el derecho cuenta con una serie de instrumentos relativos a los efectos, suspensivos o no, de la reclamación judicial sobre la ejecución de la sanción. En la especie, el artículo 172 del Código Sanitario establece el más favorable a la Administración y el más severo para el sancionado, como es que lo resuelto por la Administración pueda cumplirse, no obstante la reclamación judicial.

Pese a ello, en el considerando 23º establece que aceptando la tesis del Instituto de Salud Pública, en el sentido de que el derecho de acceso a la

justicia no sea absoluto y pueda tener que balancearse para que se alcancen otros derechos o fines constitucionalmente lícitos, como puede ser el de evitar la litigación infundada o puramente dilatoria, así como asegurar la eficacia de las sanciones administrativas y su imperio, no puede aceptarse que, en la especie, el particular modo en que, supuestamente, se ha procurado ese fin, resulte idóneo y proporcional y, por ende, justificado, como alega la parte requerida. La barrera de acceso a la justicia, consistente en la obligación de consignar para reclamar, agrega poco, como se ha razonado, a la eficacia y oportunidad en el cumplimiento de la sanción. Ese margen de eficacia lo logra al incentivar el pago voluntario y evitar otros modos compulsivos de cumplimiento. Sin embargo, ese margen que agrega a la eficacia y oportunidad es a costa de limitar severamente el acceso a la justicia, el que constituye una garantía constitucional esencial para el ejercicio de los derechos.

El considerando 25° concluye que de aplicarse en el juicio individualizado en el considerando primero las expresiones legales impugnadas en este caso: “Para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa”, constituye una barrera injustificada y carente de razonabilidad al derecho de acceso a la justicia, que forma parte de la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y del derecho a defensa en un procedimiento racional y justo, que consagra la Carta Fundamental en el numeral 3° de su artículo 19° y así se declarará. De esta forma resuelve que las expresiones “Para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa”, contenidas en el artículo 171 del Código Sanitario, resultan contrarias a la Carta Fundamental, en caso de aplicarse en los autos sobre reclamación de multa en juicio

sumario, caratulados “Pfeifer Frenz, Hernán, y otras con Instituto de Salud Pública”.

Las cuatro últimas sentencias analizadas relativas a los artículos 474 inciso 3° parte final del Código del Trabajo y 171 del Código Sanitario, respectivamente, confirman el enunciado cambio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia, en virtud de la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las normas señaladas en las causas respecto de las cuales fue solicitada tal declaración. Los argumentos esgrimidos por los recurrentes como supuesta vulneración de derechos constitucionalmente protegidos, en los casos analizados, son similares. Consideramos que la diferencia que debería haberse producido en el pronunciamiento final de las sentencias está dada por la circunstancia de que la imposición del requisito de consignación previa en el caso de la norma del Código del Trabajo, constituye un típico rasgo del carácter protector de las normas laboral con miras a la protección de la parte débil en la relación laboral y por la imperiosa necesidad de pronto cumplimiento de las resoluciones de la autoridad administrativa del trabajo. Sin embargo, con la modificación legal establecida respecto de dicha norma, en virtud de la cual, se dispone un procedimiento sumario y especial para la tramitación de las multas constituye un avance en pro de logro de la finalidad protectora de tales, en vista de lo cual pareciera que los motivos que indujeron la incorporación del “Solve et Repete” en el artículo 474 se difuminan.

Desde otra perspectiva, las normas citadas revisten otra diferencia fundamental, dada por el monto de la consignación previa, en el caso del artículo 474 del Código del Trabajo, ésta corresponde a un tercio de la multa

administrativamente impuesta. A diferencia de lo que se produce en el artículo 171 del Código Sanitario en que ésta impone el previo pago de la multa, es decir, su totalidad, para proceder a reclamar de ella. La antedicha situación no se verifica en ninguno de los supuestos jurisprudencialmente analizados por cuanto todas las normas ya analizadas, con excepción del artículo 171 del Código Sanitario, disponen sólo un porcentaje de la multa impuesta, pese a no establecerse un tope máximo al que podría ascender dicho.

El caso del artículo 171, a diferencia de las demás disposiciones requeridas, no es una consignación previa sino que implica el cumplimiento de la multa. La finalidad del reclamo judicial es eximir al sancionado de su pago, por estimarla contraria a derecho, sin embargo el requisito para proceder a efectuarla implica el cumplimiento íntegro de la multa, de forma tal que el acto administrativo pasa a ser inimpugnable, ya que pese a la reclamación produce todos sus efectos. De todas maneras y aunque no se contemplara la exigencia de consignación previa, la sanción administrativa produce todos sus efectos.

De esta forma se disipa el argumento de la eficacia que el “Solve et Repete” traería consigo ya que de todas formas el cumplimiento de lo resuelto por la autoridad sanitaria no se suspende por el reclamo judicial, tal como lo establece el artículo 172 del Código Sanitario; agregando poco a la eficacia y oportunidad en el cumplimiento de la sanción, no resultando idóneo y proporcional y, por ende, justificado, a la finalidad atribuida. Pero a costa de limitar severamente el acceso a la justicia, el que constituye una garantía constitucional esencial para el ejercicio de los derechos.

Respecto a la posible limitación de derechos que implica el requisito en cuestión está dentro de los márgenes tolerados por la Constitución, éstas

deben estar justificadas en el cumplimiento de fines constitucionalmente legítimos y proporcionadas a la restricción que implica, siendo tolerables en razón de objetivos superiores o, al menos, equivalentes. Podemos señalar que la limitación al derecho de defensa jurídica estaría justificada en la existencia y funciones del Instituto de Salud Pública, como parte del Sistema Nacional de Salud, obedecen, fundamentalmente, al deber del Estado de velar por la salud de la población y de promover y proteger el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de todas las personas, garantizado en el numeral 1º de la misma disposición constitucional señalada. Asimismo, en atención a la presunción de legalidad de que goza todo acto administrativo, en este caso aquél dictado en un sumario sanitario y que impuso multas a los requirentes como consecuencia de haberse acreditado, en el respectivo procedimiento administrativo, el incumplimiento de una norma sanitaria.

Pese a lo anteriormente señalado, la restricción al derecho a la defensa es de tal magnitud que ya no parece justificada en razón de los antedichos objetivos, por cuanto el libre ejercicio de un derecho asegurado en el artículo 19 número 26 de la Constitución, se ve lesionado cuando el legislador “lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más de lo razonable o lo privan de tutela jurídica” (Sentencia de 24 de febrero de 1987, Rol Nº 43, reiterado en varias sentencias posteriores). Lo anteriormente señalado es lo que ocurre en la especie, por cuanto la exigencia de consignar la totalidad de la multa impuesta constituye una imposición excesiva e intolerable para el particular afectado, ya que implica el cumplimiento de la sanción impuesta y la reclamación sería simplemente un reembolso en caso de que ésta sea acogida.

3.3.2.6. *Solve et Repete* en los Contratos de Concesión de Servicios Públicos

La regla del previo pago a la interposición de una reclamación contra un acto de la Administración del Estado, en sede judicial, ha sido sumamente resistida por la doctrina y por una jurisprudencia vacilante, por considerársele incompatible con los principios de Estado de Derecho y con algunos derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, entre los que encontramos, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho al acceso a la justicia, a la igualdad ante la ley, a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

Ello llevó a que fuera calificado como “fatídico resabio de épocas estatistas, irrespetuosas de los derechos de las personas”¹³², “injustificado privilegio administrativo”¹³³, “viejo y totalitario principio”¹³⁴, entre otros. Estas citas doctrinarias, además de las sentencias emitidas en la materia, tanto en Chile como en otros países, se refieren al instituto del *Solve et Repete* como una norma imperativa establecida por el legislador en distintos cuerpos legales; sin embargo, distinta es la situación que se produce respecto de dicha regla cuando tiene origen contractual, es decir, surge del acuerdo de voluntades entre un particular y el Estado para el desarrollo de ciertas actividades por medio del contrato de concesión de servicio público. Por ello es necesario analizar este aspecto para determinar si lo señalado anteriormente respecto al

¹³² Soto, E. *Solve et Repete*. Notas sobre un resabio absolutista en el Estado Constitucional de Derecho. *Ius Publicum* N° 6. 2001, p. 90.

¹³³ Garrido Falla, F. op. cit, pp. 514-524.

¹³⁴ Tavorari, R. Breve comentario a Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 287, de fecha 27 de mayo de 1999, en RDJ, T. 96 (1999) 2.6, p. 159.

Solve et Repete es aplicable a este caso, respecto a las obligaciones libremente contraídas.

De esta forma, en virtud del principio de autonomía de voluntad no sería procedente, después de contraer la obligación del previo pago para la solicitud de la revisión, que la parte obligada plantee la inconstitucionalidad del instituto alegando que vulnera pactos internacionales o normas constitucionales.

3.3.2.7. Conclusiones

Desde el punto de vista de los derechos de los ciudadanos, específicamente del derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, que implica la prohibición constitucional de impedir el acceso del ciudadano a los tribunales de justicia y, de constituir trabas a la tutela efectiva de éstos. Podemos señalar que los obstáculos al ejercicio de tales derechos se han visto positivamente superados con la evolución del derecho de los derechos humanos, salvo ciertas excepciones, entre las cuales la doctrina cita, precisamente, la regla del *Solve et Repete* denominado también previo pago o consignación.

La doctrina se manifiesta mayoritariamente contraria a su establecimiento, estimando que la imposición de este requisito de admisibilidad, vulneraría el artículo 19 número 3º de la Constitución Política, es

decir, la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos de las personas, es decir, el derecho de acceso a los tribunales de justicia y a la tutela efectiva de sus derechos por parte de éstos. En el mismo sentido, el profesor Soto Kloss señala que tal exigencia vulnera el artículo 5° de la Constitución, que impone a los órganos del Estado la obligación de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana¹³⁵. Además de atentar contra el derecho a la igualdad ante la ley, puesto que la imposición de tal carga a los particulares implicaría una discriminación arbitraria en favor de la Administración, es decir, un privilegio sin ninguna justificación.

Respecto a esta última afirmación, es decir, que el *Solve et Repete* constituye un privilegio arbitrario de la Administración frente al sujeto sancionado, en cuanto ambos ingresarían como partes al proceso judicial de reclamación de la multa en desigualdad de condiciones. Consideramos que el hecho de que se requiera consignar un porcentaje de la multa para poder impugnarla en sede judicial no coloca a las partes, por ese solo hecho, en una situación de desigualdad procesal en el juicio en que se resolverá la legalidad de esa multa. En efecto, la sola regla que establece la consignación no altera ni desmejora la situación en que el sujeto imperado se encuentra para controvertir la multa aplicada. Distinto es considerar si la necesidad de esa consignación entraba o no su derecho a reclamar, cuestión que, por lo demás, dice relación con el acceso a la justicia.

En la doctrina española, se ha establecido que el condicionamiento de la admisión de un recurso dirigido contra un acto declarativo del crédito a la efectiva satisfacción de éste “limita la posibilidad de impugnación a quienes

¹³⁵ Soto, E. op. cit, p. 87.

tengan disponibilidades para ese pago, imponiendo una indefensión absoluta a quienes no se encuentren en esa situación”, todo lo cual contravendría el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales¹³⁶; llegando incluso a sostener los mismos autores más recientemente que “es asombroso que una técnica tan tosca, que hace que sólo los ricos puedan recurrir, haya podido subsistir hasta recientemente”¹³⁷.

En el mismo sentido y en la doctrina nacional, citamos al profesor Soto Kloss quien concluye que la Ley sobre Bases de los Procedimientos Administrativos al establecer en su artículo 6° el Principio de Gratuidad del procedimiento administrativo implica que las actuaciones que deban practicar los órganos de la Administración del Estado serán gratuitas para los interesados, salvo disposición legal en contrario. Frente a ello, hay variadas normas que establecen la obligación de pagar la multa impuesta o un importe de ellas para proceder a su reclamación, al respecto estima que, con el fin de no avasallar los derechos de las personas, tales disposiciones deberían entenderse derogadas tácitamente por la norma del artículo 6° de la Ley 19.880¹³⁸.

En virtud de tales planteamientos y de los que expondremos a continuación, consideramos que la determinación de la constitucionalidad de la regla del *Solve et Repete* debe revisarse caso a caso, no pudiendo pregonarse *per se* su inconstitucionalidad.

Respecto de los órganos administrativos que aplican sanciones, reclamables en sede judicial, de las que el previo pago constituye un requisito

¹³⁶ García de Enterría, E. y Fernández, T. op. cit. p. 434

¹³⁷ Ibid, Tomo II, p. 204.

¹³⁸ Ley N° 19.880, sobre procedimiento administrativo. 2003. Por Eduardo Soto Kloss “et al”. Santiago de Chile, Universidad Santo Tomás de Aquino, Academia de derecho Santo Tomás de Aquino.

de admisibilidad. Podemos señalar que tales órganos se encuentran facultados y obligados por mandato constitucional de los artículos 6° y 7° de la Constitución a efectuar tales actuaciones, por lo cual actuando dentro de sus funciones y de acuerdo al marco legal dado por el procedimiento administrativo, con pleno respeto de las garantías penales aplicables al ámbito administrativo, los efectos de dichos actos no deberían ser cuestionados en el sentido de restarles legitimidad, independientemente de que se verifique alguna ilegalidad que, por cierto, podrá ser reclamada.

Los órganos administrativos sancionadores están ejerciendo, entre otras, una función jurisdiccional, pese a su naturaleza de índole administrativa. Si en el cumplimiento de ellas aplican sanciones, porqué habríamos de estimar que por no ser aplicadas por los Tribunales de Justicia ellas están al margen de la Constitución y de la ley; considerando además que las partes tienen el derecho a reclamar de ellas ante los Tribunales.

Tal como señalamos anteriormente, la naturaleza de sus funciones y los fines que persiguen hacen necesaria la concurrencia de prerrogativas como la legalidad, ejecutoriedad y ejecutividad de sus actos, de otra forma el desarrollo de su actividad sería excesivamente ineficiente si a cada paso requiriera autorización judicial o se estableciera como regla general la suspensión de los efectos de sus actos, o si con posterioridad a la imposición de una multa fuera necesario esperar una sentencia dictada por un tribunal en un procedimiento de lato conocimiento para proceder a su cumplimiento. Desde este punto de vista, dicha potestad sancionatoria sería una ilusión sin ninguna eficacia práctica.

Desde otra perspectiva, respecto a las multas aplicadas por organismos de la administración del Estado, no podemos pretender que en cada imposición

de multas se plantee la concurrencia de una vulneración de derechos, puesto que dicha aplicación de sanciones es el resultado de un procedimiento previo y exhaustivo, que desarrollan sus funciones respecto de actividades en las cuales son sumamente altos los recursos económicos involucrados. Dicha facultad también es propia de organismos altamente especializados como las Superintendencias, ya que dicha especialización es garantía de un debido procedimiento en estas materias.

De esta forma, citamos la opinión de la Superintendencia de Valores y Seguros, durante la tramitación del proyecto de ley que originó la Ley N° 3.538 que “se había visto enfrentada, especialmente en el último tiempo, a procesos judiciales de trascendencia nacional en relación a las materias investigadas y a las sanciones pecuniarias aplicadas, las cuales, en la práctica, no eran solucionadas de inmediato. Ello como producto de recursos procesales y de largos procesos judiciales, aunque en casi la totalidad de los casos las sanciones pecuniarias aplicadas administrativamente eran confirmadas por los tribunales. Esta situación hacía que esas multas perdieran eficacia tanto en su aplicación como en la oportunidad de su pago. En la especie, se consideraba necesario que debiera consignarse el 25% de la sanción aplicada, tal como ocurre con otros servicios públicos que cuentan con este mecanismo”. De esta forma, parece suficientemente fundamentada tal exigencia en el ámbito de actuación de las Superintendencias, por la pérdida de eficacia de las multas si éstas son reclamadas en largos procesos judiciales, al cabo de los cuales la sanción previamente aplicada aparece con una pérdida de valor actual. Como asimismo, en la protección de los ciudadanos y del bien común, debido a la importancia que revisten estas actividades reguladas, es decir, las de

suministro de servicios básicos. Razones por las cuales la limitación establecida por el legislador al derecho de acceso, por medio de la consignación previa, aparece racional y justificada, con el fin de esclarecer este último aspecto relativo a las limitaciones a los derechos fundamentales citaremos una sentencia del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional ha resuelto en la materia y en sentencia dictada el 17 de noviembre de 2006, en autos Rol N° 546¹³⁹, recaída en impugnación de constitucionalidad del inciso 2° del artículo 30 del Decreto Ley N° 3.538, que impone el requisito previo a la reclamación de la multa impuesta por la Superintendencia de Valores y Seguros o de su monto, de la consignación del 25% del monto total de la multa en la Tesorería General de la República, el Tribunal estableció que: “La Constitución autoriza, en ciertos casos, que el legislador regule, complemente o limite el ejercicio de los derechos fundamentales”, por ello este Tribunal ha tratado de precisar el límite o la regulación que la Carta Fundamental tolera; en sentencia Rol N° 280, considerando 28° concluye que se “impide su libre ejercicio” cuando el legislador entraba un derecho “más de lo razonable” o lo hace en forma “imprudente”, en el considerando 47° de la sentencia Rol N° 226, señala que para limitar un derecho fundamental sin impedir su libre ejercicio, tales limitaciones deben: encontrarse señaladas de forma precisa por la Carta Fundamental, respetándose el principio de igualdad, estableciéndose con indudable determinación y, finalmente, deben estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es, razonables y justificadas.

¹³⁹ Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, año X, N° 10-2006, pp. 210-234.

De otra manera, si las facultades no pueden ejecutarse el derecho se hace impracticable, además son contrarias al criterio de razonabilidad las limitaciones que se convierten en intolerables para su titular. Finalmente, debe averiguarse si el derecho ha sido despojado de su necesaria protección o tutela adecuada a fin de que el derecho no se transforme en una facultad indisponible para su titular.

Asimismo, en la aplicación de estos supuestos debe considerarse el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial del derecho; y las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, lo que alude a determinar el sistema de límites del ordenamiento jurídico general y cómo juega en ella el derecho y la limitación, tales consideraciones se encuentran en el N° 29 de la sentencia Rol N° 280.

De esta forma, analizando cada uno de los requerimientos propuestos para que las limitaciones a los derechos resulten tolerables: en primer lugar, deben encontrarse señaladas de forma precisa por la Carta Fundamental, respetándose el principio de igualdad, además de establecerse con indudable determinación y, finalmente, deben estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es, razonables y justificadas. Todo lo cual, consideramos que se verifica en los casos propuestos así como lo ha resuelto el Tribunal Constitucional. Sin embargo, y en virtud del carácter evolutivo del contenido esencial del derecho dichas condiciones no parecen estáticas y, pese a que en un momento dado podría parecer que una situación de hecho se ajusta a ellos, posteriormente sería estimada abiertamente inconstitucional.

La jurisprudencia constitucional nacional ha resuelto en varias oportunidades acerca de la posible inconstitucionalidad de normas que

establecen la exigencia de una consignación previa a la reclamación judicial de las sanciones administrativas, a través de dichas sentencias podemos establecer ciertas conclusiones.

En primer término, constatamos que el Tribunal Constitucional en las primeras resoluciones analizadas en el punto anterior, se ha pronunciado estimando que dicha exigencia resulta conforme a la Constitución. La primera sentencia en la que el Tribunal Constitucional opta por declarar la inconstitucionalidad de una norma, es aquella Rol N° 536 del año 2006 sobre Ley de Subcontratación, en la cual resolvió que la regla en cuestión conculcaba los derechos que asegurados por la Constitución en los artículos 19 número 3°, incisos primero y segundo. Concluyó en el considerando 9° de la sentencia: “Que la aludida exigencia de una consignación previa resulta así de carácter indeterminado, carente de un límite, pudiendo, en consecuencia, llegar a cantidades cuya cuantía, en la práctica, entraben más allá de lo razonable el derecho de acceso a la justicia, al restringir tan severamente la posibilidad de reclamar ante un tribunal de la multa impuesta por la autoridad administrativa. Ello resulta contrario a los derechos que asegura el artículo 19, N° 3, de la Carta Fundamental, en sus incisos primero y segundo, a “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, y a la “defensa jurídica” pudiendo, por esta vía, sustraerse, en este caso, del control jurisdiccional actos de la Administración, dejando a las personas a merced de la discrecionalidad de la misma, razones por las cuales se declarará su inconstitucionalidad”.

En esta sentencia podemos ver que el Tribunal opta por declarar la inconstitucionalidad de la norma que determina la exigencia de consignación previa de un porcentaje de la multa aplicada, sin establecer un límite a la

cuantía que dicho monto arroje. Sin embargo, en las sentencias anteriormente citadas el dictamen había sido diametralmente opuesto, pese a que todas las normas requeridas establecen la consignación previa de un porcentaje de la multa aplicada. De esta forma vislumbramos un cambio en la posición primitiva del Tribunal Constitucional en la materia, donde hasta el momento sólo los votos disidentes habían proclamado la inconstitucionalidad de las normas que contienen el denominado Solve et Repete.

Entre los mencionados votos encontramos lo señalado en la sentencia Rol N° 546 del Tribunal Constitucional en que si bien resolvió rechazar el requerimiento. Los ministros que optan por acoger el recurso igualmente estiman que la obligación de consignar una suma equivalente a un 25% de la multa, sin límite alguno a la cuantía que arroje tal porcentaje, limita de manera severa el derecho de acceder a la justicia del requirente, sin que tan significativa limitación pueda considerarse razonable, pues no guarda proporción alguna con el logro de fines lícitos, como los alegados en esta causa y, por el contrario, se muestra inepta para alcanzar aquellos que se han dado para justificarlo.

En el sentido anteriormente señalado, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la norma contenida en el artículo 171 del Código Sanitario que prescribe establece la obligación de pagar la totalidad de la multa impuesta por el Servicio Nacional de Salud para reclamar de sus resoluciones.

Entre las normas que establecen la consignación de la totalidad de la multa impuesta para proceder a su reclamación, hay una diferencia fundamental con aquéllas que establecen un porcentaje de ésta como requisito de admisibilidad. Las primeras implican el cumplimiento de la sanción, previo a

su reclamación, es decir, ya no revisten los caracteres propios de la antedicha consignación. En este sentido el derecho a la tutela judicial efectiva se ve seriamente limitado, más allá de lo tolerado por la Constitución, con la consiguiente lesión a los derechos en ella consagrados, puesto que limita la posibilidad de impugnación a quienes tengan disponibilidades para ese pago, dejando a quienes no las tengan en la indefensión absoluta.

Desde otro punto de vista y al analizar una disposición establecida en la legislación laboral, determinamos una conclusión opuesta considerando: los caracteres especiales del Derecho del Trabajo y la exigencia de consignación previa de un porcentaje de la multa impuesta, no su totalidad.

El artículo 474 inciso 3° del Código del Trabajo establece: “La resolución que aplique la multa administrativa será reclamable ante el Juez de Letras del Trabajo, dentro de quince días de notificada por un funcionario de la Dirección del Trabajo o de Carabineros de Chile, previa consignación de la tercera parte de la multa”.

Al respecto consideramos que es plenamente justificable y, por tanto, legítima la imposición del requisito del previo pago; ya que tal consignación constituye, en primer lugar, una medida cautelar tendiente a asegurar la ejecución de una sentencia si posteriormente es confirmada, y a evitar una eventual desaparición de los medios de pago, impidiendo que recaiga sobre el trabajador el *periculum morae*; en segundo término, pretende reducir el planteamiento de recursos meramente dilatorios, y en tercer contenido pretende evitar que se lesione el principio esencial laboral de la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador. En el ámbito del derecho laboral, en el cual, existe una evidente desigualdad entre las partes, por lo cual

se busca establecer un pie de igualdad entre ambas asignando derechos irrenunciables a los trabajadores, con el fin de otorgar a éstos una mayor accesibilidad a la jurisdicción la ley establece una disminución de la tutela de la contraparte, proporcionada y razonable, por cierto, estableciendo una carga económica de consignación de acuerdo a las relaciones entre ambas partes.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, dichas finalidades atribuidas al establecimiento del Solve et Repete parecen desaparecer con la modificación introducida al artículo 474 del Código del Trabajo. El nuevo artículo 503 de la legislación laboral, además de eliminar la exigencia de consignación previa, contempla un procedimiento sumario y especial para la reclamación de multas.

De esta forma, parece razonable la eliminación de la exigencia de consignación previa ya que la nueva norma establece un procedimiento especial y sumario para el conocimiento de reclamación de las sanciones administrativas aplicadas por la Dirección del Trabajo. A diferencia de lo que ocurre en la normativa actual donde, dicha consignación resulta plenamente conforme a los ya señalados objetivos que tuvo en vista el legislador con su establecimiento, a saber: asegurar, aunque sea en forma sucinta, los resultados del juicio, además busca darle cierto grado de seriedad a la reclamación judicial de multa administrativa, evitando las dilaciones injustificadas.

3.3.3. Privilegios de la Administración en la Ejecución de la Sentencia

3.3.3.1. Inembargabilidad de los Bienes de la Administración

i) Introducción

La Administración, dentro de las facultades exorbitantes a que ya hemos hecho referencia anteriormente, es titular de ciertas prerrogativas que se manifiestan aún cuando se produce la intervención judicial, al resolver aquellos conflictos de relevancia jurídica en que es parte la Administración, en virtud de la facultad que exclusivamente le atribuye a los Tribunales de Justicia, el artículo 76 de la Constitución.

Sin embargo, los Tribunales que, en el ejercicio de la facultad de ejecutar lo juzgado para el evento que la Administración condenada no lo verifique, los Tribunales de justicia, se enfrentan a la prohibición impuesta por el legislador de ordenar la traba de embargo respecto de ciertos bienes de la deudora, lo cual se analizará a continuación.

La ley ha establecido la inembargabilidad de determinados bienes y derechos de la Administración con el fin de proteger el interés público, en ciertas materias como un principio de carácter general y, en otras, prescribe tal prohibición de embargo respecto de ciertos bienes específicos de determinadas instituciones públicas. Sin embargo, la inembargabilidad no ha estado ajena a las críticas por parte de la doctrina y la jurisprudencia, por considerársele, en

algunos casos, un privilegio contrario a ciertos derechos constitucionalmente protegidos como: la igualdad ante la ley, la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, específicamente, la tutela judicial efectiva que implica la efectividad de la sentencia; asimismo, como desprovisto una imposición desprovista de justificación y proporcionalidad ante la limitación de derechos que conlleva.

En principio, dichas razones podrían estimarse como suficientes para desechar por completo la inembargabilidad, sin embargo es necesario precisar los supuestos en los que la ley establece que ciertos bienes y derechos de la Administración no serán embargables en la ejecución de una sentencia judicial condenatoria, con el fin de determinar si tal principio es inconstitucional, ya sea de modo general o bajo ciertos supuestos. De esta forma, el alcance del principio de inembargabilidad ha sufrido modificaciones que analizaremos a continuación, las cuales se encuentran íntimamente vinculadas a la ejecución de sentencias condenatorias contra la Administración.

Preliminarmente los privilegios de Inembargabilidad y el régimen particular de Ejecución de Sentencias contra la Administración, tiene un origen remoto en ciertas prerrogativas otorgadas al monarca, para luego pasar a manos de la Nación, en virtud de las ideas revolucionarias y en el principio de separación de poderes; sin embargo, en la actualidad aparece revestido del fundamento de protección de los intereses públicos a los que dicha ejecución sobre los bienes públicos podría afectar, así como también se ha estimado como fundamento de la inembargabilidad el respeto debido al principio de legalidad presupuestaria.

ii) Ejecución de las Sentencias en la Legislación y Doctrina Chilena y Española

La ejecución implica la sustitución del ejecutado por el juez poseedor del poder de ejecutar, dicha potestad le es reconocida de forma privativa por la Constitución Política en la primera parte del artículo 76 inciso 1° que dispone: “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”. Dicha potestad, es supletoria de la voluntad del obligado, puesto que si éste efectúa voluntariamente la prestación contenida en la sentencia, el procedimiento de ejecución no se llevará a cabo.

La jurisdicción tiene por objeto resolver los conflictos de relevancia jurídica, con eficacia de cosa juzgada y eventual posibilidad de ejecución, con lo cual se pretende la mantención de la paz social, dicho conflicto se denomina litigio y está caracterizado por la existencia de una pretensión de uno de los interesados y la resistencia de otro a satisfacerla. La misión que tiene la jurisdicción respecto de estos litigios es su resolución, lo que se obtiene a través de una sentencia definitiva que es pasada en autoridad de cosa juzgada.

Estas sentencias son susceptibles de una eventual posibilidad de ejecución a través de la acción de cosa juzgada. La ejecución de la sentencia es eventual porque no todas las resoluciones judiciales son susceptibles de ejecución, existiendo algunas que satisfacen su misión por el sólo hecho de su dictación como ocurre con las sentencias declarativas de mera certeza, así como las sentencias constitutivas; asimismo, las sentencias de condena que son las que requieren de ejecución no siempre necesitan de un procedimiento

compulsivo posterior para ser satisfechas, sea porque en algunos casos el deudor voluntariamente les da cumplimiento, o porque no es posible pedir su cumplimiento por la vía de apremio, como son las sentencias condenatorias contra el fisco, las cuales se cumplen por decreto, lo cual analizaremos a continuación.

Asimismo, la Constitución al asegurar a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, también lo hace respecto de la tutela judicial efectiva, la cual se verificará si el mandato contenido en la sentencia es cumplido. Lo anterior se producirá si el obligado a ello, efectúa voluntariamente el cumplimiento de ella, sino se verifica este supuesto, en virtud de la prohibición de la autotutela, el Estado deberá emplear los medios de que dispone para que tal cumplimiento se produzca. De esta forma, para alcanzar la efectividad del fallo, el Tribunal competente debe adecuar su actuación a este fin.

Al respecto, en doctrina española se ha señalado que la ejecución de sentencias judiciales por la propia Administración condenada constituye uno de los privilegios procesales tradicionales del sistema administrativo, el cual, encuentra sus raíces en el sistema contencioso francés, con la justificación de que sólo la Administración puede producir actos administrativos, y la ejecución de la sentencia judicial requerirá de nuevos actos administrativos para ser llevada a cabo¹⁴⁰.

En nuestra legislación la ejecución de sentencias contra el Fisco se aleja del régimen común establecido por la ley que regula las relaciones entre los particulares, estableciéndose por el Código de Procedimiento Civil en el artículo

¹⁴⁰ Cosculluela, L. op. cit, p. 539.

752 una norma general que consagra un derecho a favor de la Administración, de forma tal que los incisos 1° y 2° disponen: “Tod a sentencia que condene al Fisco a cualquiera prestación, deberá cumplirse dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de recepción del oficio a que se refiere el inciso segundo, mediante decreto expedido a través del Ministerio respectivo.

Ejecutoriada la sentencia, el tribunal remitirá oficio al ministerio que corresponda, adjuntando fotocopia o copia autorizada de la sentencia de primera y de segunda instancia, con certificado de estar ejecutoriada”.

Al respecto El artículo 35 del DL 2573, Justicia, publicado el 26.05.1979, dispone que las sentencias que en copia autorizada remitan los tribunales de justicia a los diversos ministerios en conformidad a lo dispuesto en este artículo, serán enviadas al Consejo de Defensa del Estado para su informe. Sólo con informe de esta repartición, en el que se indique el nombre de la persona o personas a cuyo favor deba hacerse el pago, se extenderá el decreto que ordene el cumplimiento del fallo. El informe respectivo será firmado únicamente por el Presidente del Consejo.

La norma anteriormente citada, artículo 752 inciso 4°, además prescribe que: “En caso que la sentencia condene al Fisco a prestaciones de carácter pecuniario, el decreto de pago deberá disponer que la Tesorería incluya en el pago el reajuste e intereses que haya determinado la sentencia y que se devenguen hasta la fecha de pago efectivo. En aquellos casos en que la sentencia no hubiese dispuesto el pago de reajuste y siempre que la cantidad ordenada pagar no se solucione dentro de los sesenta días establecidos en el inciso primero, dicha cantidad se reajustará en conformidad con la variación que haya experimentado el Índice de Precios al Consumidor entre el mes

anterior a aquel en que quedó ejecutoriada la sentencia y el mes anterior al del pago efectivo”.

Otra norma especial que la ley establece para el cumplimiento de las sentencias condenatorias en contra de las municipalidades, es el artículo 32 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, que ordena para verificar tal cumplimiento “la dictación de un decreto alcaldicio”; asimismo establece la procedencia de un mecanismo especial de apremio para el cumplimiento del fallo, el arresto del alcalde, respecto de sentencias recaídas en deudas contraídas por el alcalde en su periodo alcaldicio.

De esta forma, pareciera que estos procedimientos resultan atentatorios contra el monopolio jurisdiccional que la Constitución establece en favor de los Tribunales de Justicia, artículo 76 de la Constitución, y al derecho a la acción o tutela judicial que la Constitución garantiza a todas las personas en el artículo 19 N° 3 de la misma Carta. Se ha estimado, que dicha limitación de derechos estaría fundada en razones de interés general, ya que la Administración se vería seriamente afectada por la ejecución inmediata de una condena pecuniaria.

En la legislación española, el ámbito de la ejecución de sentencias constituye uno de los aspectos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en que se manifiesta la dificultad de su función de control de la actividad regida por el Derecho Administrativo, por medio de otro poder público. Lo cual condujo al establecimiento, en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA) de 1956, de un sistema donde el poder judicial carecía de gran parte de poder para ejecutar sus propias sentencias, ya que esta función es atribuida a la propia Administración. En opinión del profesor Parejo

Alfonso, dichos principios se ven alterados por la Constitución de 1978, por cuanto implica que la facultad de ejecutar las sentencias es privativa del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, con la consiguiente pérdida de la Administración de dichas prerrogativas; en oposición a cierta doctrina y al Tribunal Constitucional que, en vez de pregonar la derogación en bloque de tales disposiciones de la LRJCA ha procedido a fijar los términos del contenido y alcance de aquellos para su compatibilidad con la Constitución. Sin embargo, considerando la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1984 es dable concluir que la Administración condenada se encuentra obligada a ejecutar la sentencia, dicha ejecución, en virtud de la disposición del artículo 103 de la LRJCA corresponde, en principio, al órgano administrativo condenado, lo cual no debe ser entendido como una verdadera potestad sino como la concreción del deber constitucional de cumplir la sentencias y resoluciones firmes y de colaborar con los jueces y Tribunales¹⁴¹.

En el mismo sentido se manifiesta el profesor Luis Cosculluela Montaner, quien sostiene que tras la CE (Constitución Española) debió considerarse derogada la norma dispuesta por la LRJCA, dados los categóricos términos del artículo 117.3, que dispone que el ejercicio de la potestad jurisdiccional comprende hacer ejecutar lo juzgado y corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales, reafirmado por el artículo 118, que no establece excepción alguna a la ejecución de las sentencias. Por ello no existe base alguna para sostener que el régimen de cumplimiento de las sentencias en el proceso contencioso-administrativo pueda ser diverso del establecido en los demás órdenes jurisdiccionales. Asimismo, la facultad de

¹⁴¹Manual de Derecho Administrativo. 1998. Por Luciano Parejo "et al". 5º ed. Barcelona, Ariel S.A. Tomo II, pp. 871-873.

ejecutar las sentencias por la Administración no implicaba en absoluto que tuviera discrecionalidad para elegir el momento, si se ejecuta o no, o si se ejecuta sólo parcialmente. El privilegio entrañaba sólo la facultad de que la Administración autora del auto de ponderar las medidas necesarias para la ejecución. La praxis sin embargo, ha sido rica en supuestos que correspondan a la patología del sistema y que suponen situaciones de manifiesto abuso. Frente a ella el Tribunal Constitucional ha impulsado la acción de los Tribunales ordinarios, puesto que tienen la responsabilidad de velar por que el privilegio de la ejecución de sentencias no se convierta en una burla para el administrado recurrente. Así, ha consignado que en caso de condena a la Administración al pago de una cantidad de dinero, el Tribunal deberá exigir, en caso de que no haya crédito presupuestario para realizar el pago, que se consigne lo necesario para atender dicho pago en el presupuesto siguiente (Sentencia 61/1984), tema que será abordado en extenso a continuación¹⁴².

Finalmente este autor concluye que: “La LRJCA ha venido a reflejar el verdadero sentido de la ejecución de sentencias dictadas por la Jurisdicción contencioso-administrativa contra decisiones de la Administración Pública, declarando tal como lo hace la CE que corresponde privativamente a los Jueces y Tribunales de este orden jurisdiccional (art.103). Y por ello, se ha preocupado de garantizar dicha ejecución, imponiendo como medida radical que serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento”¹⁴³.

¹⁴²Coscolluela, L. op. cit. Tomo I, pp. 539 y 540.

¹⁴³Ibid, pp. 540 y 541.

De esta forma, podemos concluir que la Constitución ha asignado dicho poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en exclusiva, a los jueces y tribunales competentes. Del mismo modo lo establece la LRJCA, modificada en 1998, en el sentido de ser la ejecución, supletoria de la voluntad del condenado, el artículo 102 concede a la Administración un plazo de dos meses a contar de la fecha de recepción de la resolución, transcurrido el cual cualquiera de las partes y personas afectadas podrá instar a su ejecución forzosa. Asimismo, otra disposición de la LRJCA, el artículo 105.1, prohíbe expresamente la suspensión del cumplimiento o la inejecución total o parcial de las sentencias. Sin embargo, se establece en caso de menoscabo grave de la Hacienda Pública, el otorgamiento de un beneficio de espera en trámite de ejecución de sentencias, el cual debe ser solicitado por la Administración en el señalado plazo de dos meses, petición que será apreciada por el órgano jurisdiccional, previa audiencia de parte. Este beneficio implica el cumplimiento y en su caso la ejecución de la condena en la forma menos gravosa para la Hacienda Pública, pero en ningún caso la inejecución¹⁴⁴.

El autor anteriormente citado, Alberto Ruiz Ojeda, concluye que “La nueva LRJCA sienta, en definitiva, el principio general de la *fungibilidad* de la conducta debida por la Administración condenada, al declarar el ejercicio de potestades y competencias administrativas como genéricamente sustituible o ejercitable por los órganos jurisdiccionales que conocen de la ejecución”¹⁴⁵.

La ejecución de las sentencias se encuentra limitada, en primer término por régimen constitucional de los bienes de dominio público, puesto que éste

¹⁴⁴Ruiz, A. 1999. La ejecución de condenas pecuniarias y el embargo de dinero y bienes de la Administración tras la nueva Ley de lo contencioso y la sentencia 166/1998, del Tribunal Constitucional. Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo N° 103 (jul/sept), p. 426-427.

¹⁴⁵ Ibid, p. 429.

impone la prohibición de que el órgano judicial decrete el embargo de dichos bienes, como asimismo de otros bienes y derechos de la Administración, que no revisten este carácter, pero que la ley ha declarado inembargables, lo que ubica al particular en una situación de indefensión frente a ésta; sin perjuicio de la existencia de otros medios para proceder a obtener el cumplimiento de las sentencias judiciales condenatorias, el embargo constituye el medio más efectivo para garantizar dicho cumplimiento y con ello, la efectividad de los derechos de los ciudadanos, de modo tal que, en los casos en que procede tal prerrogativa el particular se ve obligado a esperar la aquiescencia de la Administración en orden a efectuar el cumplimiento voluntario de la sentencia. De esta forma, se verían conculcados varios derechos reconocidos por la Constitución, es decir, la igual protección en el ejercicio de los derechos, la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley, el derecho de propiedad en sus diversas especies, así como también se verían conculcados los principios de responsabilidad de los poderes públicos y de ejecución privativa de parte de los tribunales de justicia.

Tal como señalamos anteriormente, el Tribunal Constitucional español en diversas sentencias ha reconocido el derecho a la ejecución de las sentencias como parte del derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución española garantiza en el artículo 24.

Al respecto, el profesor García de Enterría estima que “Toda la tradición francesa de la separación de los poderes remitía la ejecución de la Sentencia a la propia Administración; conviene recordar que el contencioso francés no es, en su concepción originaria, propiamente una justicia, sino un arbitrio que respeta, y aun que parte, de la exención judicial del Ejecutivo; una justicia,

pues, que no es una justicia y ésta es la causa de tan sorprendente sistema de ejecución de las Sentencias. Desde la Constitución española de 1978 la tutela contencioso-administrativa es una tutela judicial inequívoca”¹⁴⁶.

Del mismo modo el Tribunal Constitucional español ha resuelto que en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva está el derecho a obtener la ejecución de los fallos, el cual no se satisface simplemente con un fallo declarativo y puramente retórico y que además, el 117.3 de la Constitución otorga directamente la facultad de ejecución de los fallos a los Tribunales; asimismo dicha Sentencia de 28 de octubre de 1987, ya citada, señala que: “La titularidad de la potestad de ejecución corresponde exclusivamente a los órganos judiciales como manifestación típica de la potestad jurisdiccional que la Constitución ha conferido en su artículo 117.3”.

iii) Régimen de Bienes de la Administración del Estado

Los bienes de la Administración tienen un valor en razón de la función que por medio de ellos desarrollan los poderes públicos. Por ello, tienen un régimen jurídico exorbitante, que analizaremos a continuación, respecto de los bienes privados.

El dominio público es una institución típica del Derecho Administrativo, formulada a partir de la Revolución Francesa, pese a tener antecedentes de épocas anteriores, a través de la cual se busca la segregación de un conjunto de bienes del tráfico jurídico privado, impidiendo que los particulares obtengan la titularidad pública de éstos y, atribuyéndolos en conjunto, a la Administración a través de distintos medios.

¹⁴⁶García de Enterría, E. Hacia una nueva justicia administrativa. Madrid, Civitas. 1992, p.71.

Así, en el Derecho Romano encontramos las cosas *extra commercium*, entre las que están las *res publicae*, pertenecientes al pueblo romano por su afectación a un fin de utilidad pública. Con posterioridad, ya en la Edad Media, existían ciertos bienes bajo un régimen jurídico especial con el fin de eliminarlos del tráfico jurídico privado, atribuyendo su propiedad al Monarca. Más adelante en el tiempo y a raíz de la Revolución Francesa, el Pueblo, la Nación, sustituye al Monarca como titular de la soberanía, con la consiguiente desaparición de los privilegios y los bienes que el Monarca tenía a título de regalía pasan a ser bienes de la Administración¹⁴⁷.

Es característico de estos bienes que no puedan ser de dominio de los particulares, ya que están afectados a un uso o servicio público y sujetos a un régimen especial; tal como lo definió Hauriou, los bienes de dominio público: “son las propiedades de la Administración afectadas formalmente a una finalidad pública y que están sujetos a un régimen especial de derecho público”¹⁴⁸; además de ser inalienables, imprescriptibles e inembargables. La especialidad de este tipo de propiedad se manifiesta en el régimen jurídico que le es aplicable, con el fin de garantizar su afectación, es decir, la decisión pública acerca del uso o destino de un bien a la utilidad pública.

La embargabilidad podemos remitirla a una categoría procesal de los bienes y derechos que supone la patrimonialidad y alienabilidad de éstos. Dichos conceptos, sin pretender abarcar la amplitud que conllevan, implican, por una parte, la patrimonialidad hace referencia a aquel conjunto de bienes consagrados a las necesidades y vínculos jurídicos creados por su titular; la

¹⁴⁷Ortega, L. Los medios materiales de la administración pública: El régimen de sus bienes. En: Manual de Derecho Administrativo. Por Luciano Parejo “et al”. 5º ed. 1998. Barcelona, Ariel S.A. Vol. 2, pp. 36-37.

¹⁴⁸Ibid, p. 37.

alienabilidad, consiste en la idoneidad de un bien para ser objeto de transferencia a terceros por cualquier mecanismo. Por lo tanto, serán embargables todos los bienes y derechos de carácter patrimonial y alienable, no hayan sido declarados inembargables por la ley.

La inembargabilidad constituye una institución característicamente procesal, ya que supone una prohibición impuesta por el legislador, al juez que debe proceder a la ejecución de la sentencia, a través del ejercicio de su poder de sustitución sobre los bienes del deudor respecto de los cuales debería trabarse embargo. Por lo tanto la declaración de inembargabilidad de los bienes que son inalienables y no patrimoniales, no tiene mayor sentido, puesto que su misma naturaleza los excluye de ejecución forzosa, así lo ha establecido nuestra Constitución.

Nuestra legislación, por cierto, se hace parte de estas consideraciones, la Constitución Política en el artículo 19 número 24°, primera parte, asegura a todas las personas: “La libertad para adquirir el dominio de todas las clases de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución”. Por lo tanto, no pueden ser objeto de apropiación por los particulares y, por ello, tampoco podrán ser objeto de embargo.

De esta forma y siguiendo las clasificaciones dadas por la legislación común, el artículo 585 del Código Civil se refiere a cosas no susceptibles de dominio, en los siguientes términos: “Las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de

apropiárselas. Su uso y goce son determinados entre individuos de una nación por las leyes de ésta, y entre distintas naciones por el derecho internacional”. En consecuencia, estas cosas no son susceptibles de apropiación, ni de embargo, aunque éste no priva del dominio, si lo hace respecto de la facultad de disponer de ellos y, el hombre mal puede disponer de lo que no es suyo, por lo que tampoco podrá llegar a ser parte de su patrimonio.

El Código Civil, en el artículo 589, regula los bienes nacionales y los bienes nacionales de uso público: “Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos.

Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes del Estado o bienes fiscales”.

Todas estas categorías arrastran clasificaciones y regímenes jurídicos que parten del Derecho Romano y revisten de gran dificultad para ser delimitados en conjuntos perfectos. Sin perjuicio de ello, podemos señalar que respecto de los bienes que se encuentran fuera del comercio por su destinación, es ésta la condición que les priva de ser objeto de dominio por parte de los particulares, y por lo tanto, no pueden ser objeto de embargo.

De esta forma y en virtud de las citadas y otras normas de derecho común que analizaremos a continuación, podemos señalar que la inembargabilidad constituye una institución de excepción pues, tal como establece el artículo 2465 del Código Civil: “Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o

muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618”. Asimismo, el inciso 1° del artículo 1618 del Código Civil, también establece la afectación general de los bienes del deudor al cumplimiento de su obligación, en los siguientes términos: “La cesión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables”; para luego efectuar una enumeración taxativa de los bienes inembargables.

El análisis de la Inembargabilidad, trasciende el ámbito de los bienes y derechos de la Administración, sino que también se reconoce en el ámbito del proceso de ejecución civil, respecto de ciertos bienes del particular ejecutado sea por causas de de interés público o por razones de humanidad que lo justifican.

Considerando que la inembargabilidad constituye una institución de excepción es necesario examinar los casos en los cuales la ley la establece. El

artículo 1618 inciso 2º¹⁴⁹ señala bienes que no son embargables, al igual que el artículo 445 del Código de Procedimiento Civil¹⁵⁰.

¹⁴⁹ 1.º Las dos terceras partes del salario de los empleados en servicio público, siempre que ellas no excedan de noventa centésimos de escudo; si exceden, no serán embargables los dos tercios de esta suma, ni la mitad del exceso.

La misma regla se aplica a los montepíos, a todas las pensiones remuneratorias del Estado, y a las pensiones alimenticias forzosas;

2.º El lecho del deudor, el de su cónyuge, los de los hijos que viven con él y a sus expensas, y la ropa necesaria para el abrigo de todas estas personas;

3.º Los libros relativos a la profesión del deudor hasta el valor de veinte centésimos de escudo y a elección del mismo deudor;

4.º Las máquinas e instrumentos de que se sirve el deudor para la enseñanza de alguna ciencia o arte hasta dicho valor y sujetos a la misma elección;

5.º Los uniformes y equipos de los militares, según su arma y grado;

6.º Los utensilios del deudor artesano o trabajador del campo, necesarios para su trabajo individual;

7.º Los artículos de alimento y combustible que existan en poder del deudor, hasta concurrencia de lo necesario para el consumo de la familia durante un mes;

8.º La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente;

9.º Los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación;

10.º Los bienes raíces donados o legados con la expresión de no embargables, siempre que se haya hecho constar su valor al tiempo de la entrega por tasación aprobada judicialmente; pero podrán embargarse por el valor adicional que después adquieren.

¹⁵⁰ 1.º Los sueldos, las gratificaciones y las pensiones de gracia, jubilación, retiro y montepío que pagan el Estado y las Municipalidades.

Sin embargo, tratándose de deudas que provengan de pensiones alimenticias decretadas judicialmente, podrá embargarse hasta el 50% de las prestaciones que reciba el alimentante en conformidad al inciso anterior;

2.º Las remuneraciones de los empleados y obreros en la forma que determinan los artículos 40 y 153 del Código del Trabajo;

3.º Las pensiones alimenticias forzosas;

4.º Las rentas periódicas que el deudor cobre de una fundación o que deba a la liberalidad de un tercero, en la parte que estas rentas sean absolutamente necesarias para sustentar la vida del deudor, de su cónyuge y de los hijos que viven con él y a sus expensas;

5.º Los fondos que gocen de este beneficio, en conformidad a la Ley Orgánica del Banco del Estado de Chile y en las condiciones que ella determine;

6.º Las pólizas de seguro sobre la vida y las sumas que, en cumplimiento de lo convenido en ellas, pague el asegurador. Pero, en este último caso, será embargable el valor de las primas pagadas por el que tomó la póliza;

7.º Las sumas que se paguen a los empresarios de obras públicas durante la ejecución de los trabajos. Esta disposición no tendrá efecto respecto de lo que se adeude a los artífices u obreros por sus salarios insolutos y de los créditos de los proveedores en razón de los materiales u otros artículos suministrados para la construcción de dichas obras;

8.º El bien raíz que el deudor ocupa con su familia, siempre que no tenga un avalúo fiscal superior a cincuenta unidades tributarias mensuales o se trate de una vivienda de emergencia, y sus ampliaciones, a que se refiere el artículo 5º del decreto ley N° 2552, de 1979; los muebles de dormitorio, de comedor y de cocina de uso familiar y la ropa necesaria para el abrigo del deudor, su cónyuge y los hijos que viven a sus expensas.

La inembargabilidad establecida en el inciso precedente no regirá para los bienes raíces respecto de los juicios en que sean parte el Fisco, Las Cajas de Previsión y demás organismos regidos por la ley del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo;

9.º Los libros relativos a la profesión del deudor hasta el valor de cincuenta unidades tributarias mensuales y a elección del mismo deudor;

10.º Las máquinas e instrumentos de que se sirve el deudor para la enseñanza de alguna ciencia o arte, hasta dicho valor y sujetos a la misma elección;

11.º Los uniformes y equipos de los militares, según su arma y grado;

El artículo 445 del Código de Procedimiento Civil tiene su origen, en al menos, algunas disposiciones en el citado 1618 del Código Civil. Al analizar la historia del establecimiento de dicha disposición encontramos que en la Sesión 31 de la Comisión Mixta que discutía el Código de Procedimiento Civil, el señor Vergara planteó la ampliación de las normas del Código Civil respecto de los bienes que deben estimarse inembargables, así algunos numerales fueron tomados de legislaciones comparadas, los números 2° y 4° fueron tomados del Código Alemán, así como en parte también lo fueron los números 12° y 13°, el número 7 fue recogido de la Ley francesa de 25 de julio de 1891, las demás disposiciones son del Código Civil nacional, salvo los números 1°, 5° y 6° que surgieron de indicaciones parlamentarias del señor Ballesteros y Bañados, así como del Ejecutivo¹⁵¹. Todas estas normas fueron aprobadas en razón de un interés, ya sea en virtud de la persona, es el caso de la ejecución contra una nación, otras veces por la naturaleza de los bienes que se hayan fuera del comercio o porque no pueden ser objeto de enajenación judicial o por razones de humanidad para no privar al deudor de los medios indispensables de

12° Los objetos indispensables al ejercicio personal del arte u oficio de los artistas, artesanos y obreros de fábrica; y los aperos, animales de labor y material de cultivo necesarios al labrador o trabajador de campo para la explotación agrícola, hasta la suma de cincuenta unidades tributarias mensuales y a elección del mismo deudor;

13°. Los utensilios caseros y de cocina, y los artículos de alimento y combustible que existan en poder del deudor, hasta concurrencia de lo necesario para el consumo de la familia durante un mes;

14°. La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente;

15°. Los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación;

16°. Los bienes raíces donados o legados con la expresión de no embargables, siempre que se haya hecho constar su valor al tiempo de la entrega por tasación aprobada judicialmente; pero podrán embargarse por el valor adicional que después adquieran;

17°. Los bienes destinados a un servicio que no pueda paralizarse sin perjuicio del tránsito o de la higiene pública, como los ferrocarriles, empresas de agua potable o desagüe de las ciudades, etc.; pero podrá embargarse la renta líquida que produzcan, observándose en este caso lo dispuesto en el artículo anterior;

y

18°. Los demás bienes que leyes especiales prohíban embargar.

Son nulos y de ningún valor los contratos que tengan por objeto la cesión, donación o transferencia en cualquier forma, ya sea a título gratuito u oneroso, de las rentas expresadas en el número 1° de este artículo o de alguna parte de ellas.

¹⁵¹ Querol, Vicente. *La Inembargabilidad: ante la ley, la jurisprudencia y la doctrina*. 1956. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago de Chile. Universitaria. Universidad de Chile, p. 41.

subsistencia¹⁵². Por otra parte, Planiol y Ripert plantean que la declaración de inembargabilidad a veces se debe al resultado de un pensamiento egoísta del Estado¹⁵³. Respecto a los números 5°, 7° y 17° la ley establece la prohibición de embargo en razón del interés público comprometido, como es el fomento del ahorro y el mantenimiento de los servicios públicos en funcionamiento¹⁵⁴. Por lo demás, según prescribe el número 18 del artículo 454, la enumeración no es taxativa, de esta forma hay otros textos legales u otras normas del Código Civil, distintas del artículo 1618, que establecen la inembargabilidad de determinados bienes, las cuales señalaremos a continuación.

Sin embargo consideramos que, en el derecho chileno, la norma del artículo 445 número 17 del Código de Procedimiento, ha establecido de forma general la inembargabilidad respecto de "los bienes destinados a un servicio que no puede paralizarse".

En la legislación común comparada encontramos normas que establecen la inembargabilidad de determinados bienes y derechos¹⁵⁵, respecto a la materia que nos ocupa, es decir, respecto a los bienes de la Administración a lo cual nos referimos en el presente trabajo.

El Código Civil italiano, establece en el número 5° del artículo 514 la prohibición de pignoración, es decir, según el artículo 492 del mismo Código "una conminación que el oficial judicial hará al deudor para que se abstenga de cualquier acto dirigido a sustraer a la garantía del crédito, exactamente indicados, los bienes que se someten a la expropiación y los frutos de ellos, de

¹⁵² Alsina, H. Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial. 1956. 2° ed. Tomo I. Buenos Aires. Editar, p. 63.

¹⁵³ Planiol, M y Ripert, J. Tratado práctico de Derecho Civil Francés. La Habana, Cuba. Cultural S.A. 1945-47. p. 202.

¹⁵⁴ Querol, V. op. cit, p. 42.

¹⁵⁵ Ibid, pp. 77-88.

“las armas y los objetos que el deudor tenga la obligación de conservar para el cumplimiento de un servicio público”.

El Código de Procedimiento Civil y Comercial de la República Argentina, por su parte, en el número 2° artículo 231 proscribe el embargo de los bienes públicos de las provincias o municipios, y las rentas de las mismas si están afectas a un servicio público determinado.

El Código de Procedimiento Civil de la República Oriental del Uruguay en el artículo 11° establece la inembargabilidad de las propiedades públicas y las contribuciones y rentas públicas. También impone una prohibición de embargo respecto de los telégrafos, ferrocarriles, tranvías, diques y las empresas de utilidad pública; aunque su funcionamiento no puede impedirse mientras permanezcan embargadas.

La legislación peruana, por su parte, en el número 1° del artículo 617 del Código de Procedimiento Civil, establece que no son embargables las cosas públicas, además en el número 12°, reproduce dicha prohibición respecto de los bienes destinados a un servicio público que no puede paralizarse sin perjuicio del tráfico o la higiene, como ferrocarriles, empresas de agua potable o desagües de las ciudades o cementerios, mercados y otros semejantes; pero puede embargarse la renta líquida que produzcan, en forma de intervención. Asimismo, en el número 15° de las sumas que se debe pagar a los empresarios de obras públicas durante la ejecución de los trabajos.

Al analizar las disposiciones que establecen la inembargabilidad Víctorio Pescio concluye que “(...) aún cuando en principio los bienes nacionales están sujetos a las mismas reglas que rigen la propiedad privada, la opinión pública no perdonaría al juez que decretase el embargo del Palacio de gobierno o el de

las calles edificadas, o el de las playas de un puerto. ¿Por qué? Porque a pesar de su inconsciencia, el sentimiento jurídico del vulgo comprende que se deben mantener sustraídos del comercio humano aquellos bienes que por obra de la ley o de la naturaleza están destinados a servicios públicos permanentes”¹⁵⁶.

iv) Inembargabilidad en la Legislación Nacional: Normas que la Consagran

A continuación señalaremos algunas normas legales que establecen la inembargabilidad de ciertos bienes y derechos:

1. La Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional N° 19.175 en su artículo 70 establece: “El régimen de bienes de los gobiernos regionales estará sujeto a las siguientes disposiciones: a) Los bienes destinados a su funcionamiento y los dineros depositados a plazo o en cuenta corriente serán inembargables”.

2. El decreto con fuerza de ley N° 1° del Ministerio del Interior, que fija el texto refundido, coordinado, sistematizado y actualizado de la Ley 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, en el inciso 1° del artículo 32 prescribe: “Los bienes municipales destinados al funcionamiento de sus servicios y los dineros depositados a plazo o en cuenta corriente, serán inembargables.

¹⁵⁶ Pescio, V. Manual de Derecho Civil. Tomo I. 2° ed. Editorial Jurídica de Chile. 1978, p. 80.

La ejecución de toda sentencia que condene a una municipalidad se efectuará mediante la dictación de un decreto alcaldicio”.

3. El artículo 2° Transitorio, número 3° de la Ley 20.019 que regula las Sociedades Anónimas Deportivas, al posibilidad que las organizaciones deportivas que se encuentren en quiebra o insolvencia podrán acogerse a esta ley, estableciendo asimismo que: “(...) Los bienes concedidos en uso y goce serán inembargables y no podrán ser dados en garantía, excepto en favor del fisco (...)”.

4. El DL 3.500 que establece un Nuevo Sistema de Pensiones en el artículo 20 D, inciso 1°, incorporado por la Ley 19.768, establece: “Los recursos mantenidos por los afiliados en cualquier plan de ahorro previsional voluntario serán inembargables”.

El artículo 23 Bis, inciso 4°. “En estas sociedades existirá separación patrimonial entre los recursos propios y los administrados. Los bienes y derechos que componen el patrimonio de los Fondos administrados por estas sociedades serán inembargables, salvo en la parte originada por los depósitos a que se refiere el artículo 21 y por lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 34”.

El artículo 34, inciso 1°, modificado por la Ley 18.646 en la forma en que se señala, establece: “Los bienes y derechos que componen el patrimonio de los Fondos de Pensiones serán inembargables salvo en la parte originada por los depósitos a que se refiere el artículo 21 y estarán destinados sólo a generar prestaciones de acuerdo a las disposiciones de la presente ley”.

Sin embargo, con la modificación introducida por la ley N° 19.795, el inciso 3° de la misma disposición prescribe: “A su vez, cesará también la inembargabilidad, para los efectos de dar cumplimiento forzado a las obligaciones emanadas de los contratos de carácter financiero a que se refieren las letras k) y n) del artículo 45”.

El artículo 45, inciso 2°, establece donde deben ser invertidos los recursos del Fondo de Pensiones, la letra k) se refiere: “Títulos de crédito, valores o efectos de comercio, emitidos o garantizados por Estados extranjeros, bancos centrales o entidades bancarias extranjeras o internacionales; acciones y bonos emitidos por empresas extranjeras, y cuotas de participación emitidas por Fondos Mutuos y Fondos de Inversión extranjeros, aprobados por la Comisión Clasificadora de Riesgo, que se transen habitualmente en los mercados internacionales y que cumplan a lo menos con las características que señale el Reglamento. Asimismo, las Administradoras con recursos de los Fondos de Pensiones podrán efectuar operaciones que tengan como único objetivo la cobertura de riesgos financieros de los instrumentos señalados en esta letra, referidas a riesgos de fluctuaciones entre monedas extranjera o riesgos de tasas de interés en una misma moneda extranjera todo lo cual se efectuará de conformidad a las condiciones que señale el citado reglamento. A su vez, para efectos de la inversión extranjera, las Administradoras, con los recursos de los Fondos de Pensiones, podrán invertir en títulos representativos de índices accionarios y en depósitos de corto plazo, y celebrar contratos de préstamos de activos; todo lo cual se efectuará en conformidad a las condiciones que señale el Reglamento. Asimismo, podrán invertir en otros valores e instrumentos financieros, realizar

operaciones y celebrar contratos de carácter financiero, que autorice la Superintendencia, previo informe del Banco Central de Chile, y bajo las condiciones que establezca el Reglamento. Con todo, los límites para la suma de las inversiones en los valores e instrumentos financieros, operaciones y contratos señalados precedentemente, cuando corresponda según su naturaleza, deberán establecerse dentro de los límites de inversión que el Banco Central de Chile haya fijado, conforme a lo señalado en el inciso vigésimo tercero de este artículo”.

La letra n) de la misma norma señala: “Operaciones o contratos que tengan como objeto el préstamo o mutuo de instrumentos financieros de emisores nacionales, pertenecientes al Fondo de Pensiones, y que cumplan con las características señaladas mediante norma de carácter general, que dictará la Superintendencia”.

El artículo 35: “El valor de cada uno de los Fondos de Pensiones se expresará en cuotas. Todas las cuotas de un Fondo de Pensiones serán de igual monto y características, y serán, además, inembargables”.

El artículo 40: “La Administradora deberá mantener un activo denominado Encaje, equivalente a un uno por ciento de cada Fondo. Este Encaje, que se invertirá en cuotas del respectivo Fondo, tendrá por objeto responder de la rentabilidad mínima a que se refiere el artículo 37.

Los títulos representativos del Encaje serán inembargables.

El inciso 3° del artículo 59 establece: “En caso de quiebra o disolución de la Administradora y mientras dure el proceso de liquidación, los descuentos que se practiquen a las cuentas de capitalización individual por concepto de comisiones, de acuerdo al artículo 29, serán destinados, en primer lugar, al

pago de la prima del contrato de seguro que señala el inciso primero de este artículo, y serán inembargables en la parte que corresponda a este pago. Por otra parte, subsistirá la obligación de la Compañía de Seguros de financiar las pensiones de invalidez originadas por el primer dictamen y los respectivos aportes adicionales o contribuciones, según corresponda, a la Administradora en liquidación o a la Administradora en que los afiliados involucrados se incorporen. Los fondos que la Administradora en liquidación reciba por estos conceptos serán inembargables”.

El Artículo 138 señala: “Los valores depositados en las empresas de depósito que correspondan a los Fondos de Pensiones serán inembargables y no podrán constituirse sobre ellos, prendas o derechos reales, ni decretarse medidas precautorias. Lo anterior es sin perjuicio de la entrega de estos valores en garantía para la celebración de los contratos de cobertura de riesgo financiero a que se refiere la letra m) del artículo 45 de esta ley”.

5. El artículo 226 del Código de Minería prescribe: “Sin perjuicio de los derechos de los acreedores hipotecarios, no se podrá embargar ni enajenar la concesión del deudor, las cosas que se reputan inmuebles accesorios conforme al artículo 3º, ni las provisiones introducidas dentro de los límites de ella”.

6. El artículo 57 del Código de Trabajo señala: “Las remuneraciones de los trabajadores y las cotizaciones de seguridad social serán inembargables. No obstante, podrán ser embargadas las remuneraciones en la parte que excedan de cincuenta y seis unidades de fomento”.

7. El artículo 129 bis 13 del Código de Aguas: “El juez despachará el mandamiento de ejecución y embargo, sobre la parte utilizada del derecho de aprovechamiento, mediante una providencia que estampará en un documento independiente a la nómina indicada en el artículo anterior.

Este podrá dirigirse contra todos los deudores a la vez y no será susceptible de recurso alguno.

El embargo sólo podrá recaer en la parte del derecho de aprovechamiento afecto al pago de las patentes que se adeuden”.

8. El DL 2.079 que fija el texto de la Ley Orgánica del Banco del Estado de Chile, en el artículo 38 prescribe: “Hasta concurrencia de la cantidad señalada en el artículo anterior los depósitos de ahorro serán inembargables, a menos que se trate de deudas provenientes de pensiones alimenticias declaradas judicialmente o que la ejecución tenga por objeto el pago de remuneraciones u otras prestaciones adeudadas a trabajadores del titular de los depósitos”.

9. El artículo 37 de la Ley 20.027 que establece normas para el financiamiento de estudios de Educación Superior, prescribe: “mientras se encuentre vigente el contrato de ahorro voluntario y los fondos permanezcan en ellas, los fondos existentes en los planes serán inembargables, aún en caso de quiebra, y no serán susceptibles de medida precautoria alguna”.

10. La ley 19.281 que establece normas sobre Arrendamiento de Viviendas con Promesa de Compraventa, con la modificación establecida por la ley

19.401 relativa a los fondos para la vivienda y de las sociedades administradoras, el artículo 54 inciso 5° dispone: “Los activos del Fondo y las cuotas en que éste se divide serán inembargables y no serán susceptibles de medida precautoria alguna.

11. El artículo 57 inciso 2° de la Ley 16.391 que crea el Ministerio de la Vivienda y Urbanismo establece que: “Las obras, construcciones, los terrenos en que tales obras o construcciones se levanten y todos los demás bienes muebles destinados a incorporarse a tales obras o construcciones, se declaran inembargables para todos los efectos legales, y, por tanto, para los efectos del artículo 61° de la Ley de Quiebras, excepto por las personas, Servicios o Instituciones que encomendaron la ejecución de dichas obras o construcciones”.

12. El artículo 22° de la ley 17.301 que crea la Corporación denominada Junta Nacional de Jardines Infantiles establece que: “Se declaran inembargables los bienes de la Junta Nacional”.

13. El artículo 24° de la Ley 16.282 que fija disposiciones para casos de sismos o catástrofes, dispone: “Los préstamos y saldos de precios que provengan de las operaciones efectuadas de conformidad a los artículos que proceden se garantizarán con hipoteca del respectivo inmueble o de cualquiera otro y con las prohibiciones contempladas en el artículo 14° del D.F.L. N° 285, de 1953, cuyo texto definitivo fue fijado por el decreto supremo N° 1.100, del Ministerio de Obras Públicas, de fecha 3 de Junio de 1960. Los inmuebles

respectivos quedarán, además, afectos al privilegio de inembargabilidad establecido en el artículo 13° del mismo decreto con fuerza de ley, limitado al monto del préstamo o del saldo de precio adeudados”.

14. La ley 19.542 que establece normas sobre el Sector Portuario, en el artículo 11 inciso 2° dispone: “Los bienes inmuebles de propiedad de las empresas situados en el interior de sus recintos portuarios no se podrán enajenar ni gravar en forma alguna y serán inembargables en los términos señalados en el artículo 445, N° 17, del Código de Procedimiento Civil.

15. El artículo 4° de la ley 18.851 que transforma a la empresa del Estado Polla Chilena de Beneficencia en Sociedad Anónima: “En la constitución de la sociedad anónima corresponderá al Fisco, una participación del 1% del capital social y a la Corporación de Fomento de la Producción, una participación del 99%.

Los socios deberán mantener permanentemente la propiedad de las acciones representativas de la participación social señalada en el inciso anterior y en caso de que se propongan aumentos de capital sólo podrán votar a favor de dicha proposición si cuentan con los recursos necesarios para suscribir las cantidades requeridas que les aseguren la mantención de dichos porcentajes. Las acciones en referencia serán inembargables”.

16. El artículo 15° del Decreto con Fuerza de Ley N° 150 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de las normas sobre sistema único de prestaciones familiares y sistema de subsidios de cesantía para los

trabajadores de los sectores privado y público, dispone: “La asignación familiar y las demás prestaciones que contempla el Sistema no serán consideradas remuneración para ningún efecto legal y estarán exentas de toda clase de impuestos, gravámenes y cotizaciones.

No se podrá, aún cuando mediare acuerdo entre beneficiarlo y causante, someterlas a transacción ni efectuar retención de ninguna especie en ellas y serán siempre inembargables”.

17. El artículo 25 M inciso 3º, ley 19.937 que modifica el DL N° 2.763 de 1979 con la finalidad de establecer una nueva concepción de la Autoridad Sanitaria, distintas modalidades de gestión y fortalecer la participación ciudadana: “Los bienes señalados en este artículo, destinados al funcionamiento de los servicios sanitarios y administrativos, gozan de inembargabilidad”.

18. El artículo 3º de la ley 19.995 que establece las Bases generales para la administración, funcionamiento y fiscalización de casinos de juego, al definir una serie de conceptos en la letra f) dispone: “Licencia de explotación de juegos de azar: el permiso que otorga la autoridad competente, para explotar los juegos de azar que la ley o sus reglamentos permiten; el que tendrá el carácter de intransferible e inembargable”.

v) Inembargabilidad en la Legislación Administrativa Española

El privilegio de Inembargabilidad aparece por primera vez en la legislación española, en materia administrativa, en la legislación española en las Reales Ordenes de 28 de febrero de 1844 y 21 de febrero de 1845,

consagrándose legalmente en la Ley de 20 de febrero de 1850 sobre Contabilidad Pública.

La Inembargabilidad tiene una larga tradición en materia de Administración y Hacienda, actualmente el artículo 18 de la Ley de Patrimonio del Estado establece que: “Ningún Tribunal podrá dictar providencia de embargo, ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni contra las rentas, frutos o productos del mismo, debiendo estarse a este respecto a lo que dispone la Ley General Presupuestaria”; además el artículo 44.1 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria prescribe: “Los tribunales, jueces y autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes en general de la Hacienda Pública”. Asimismo, el artículo 154.2 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (LRHL) establece que: “Los tribunales, jueces y autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes en general de la Hacienda local ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las Entidades locales”. Esta disposición fue modificada por la Ley 66/1997 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que agrega a la norma citada el inciso que contempla una excepción a dicha inembargabilidad al establecer: “(...) excepto cuando se trate de la ejecución de hipotecas sobre bienes patrimoniales inmuebles no afectados directamente a la prestación de servicios públicos”.

Esta reforma a la LRHL se encuentra en concordancia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional recogida en Sentencia 166/1998 de

15 de julio de 1998, que posibilita el embargo de bienes patrimoniales no afectados directamente a la prestación de servicios públicos; posibilidad que se repite en Sentencia 201/1998 de 19 de octubre. Al respecto el Tribunal Supremo, conociendo de recurso de casación en interés de la ley, resolvió la procedencia de embargo de bienes patrimoniales no afectos a uso o servicio público.

Posteriormente a dicha LRHL la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa introduce modificaciones sustanciales en materia de ejecución de sentencias condenatorias de la Administración, consagrando el poder de sustitución de los Jueces y Tribunales para proceder a la ejecución de tales sentencias.

vi) Jurisprudencia Constitucional Española: Ejecución de Sentencias Condenatorias contra la Administración e Inembargabilidad

La doctrina del Tribunal Constitucional español es conforme en afirmar que la ejecución de las sentencias judiciales firmes constituye un componente del derecho de tutela judicial efectiva que establece el artículo 24.1 de la Constitución Española (CE), aplicable a todo tipo de procesos y respecto de todas las personas. Dentro de dicha tutela está implícita la ejecución del fallo, es decir, su efectividad; por lo cual no es admisible limitar este derecho fundamental cuando la parte condenada sea, precisamente, la Administración.

Del mismo modo, la exclusividad de los órganos jurisdiccionales de ejercer la potestad de ejecutar lo juzgado del artículo 117.3 de la CE, impide

establecer la antedicha limitación en tanto el ejecutado sea la Administración. Por otra parte, siguiendo la norma del artículo 103.1 de dicha Constitución, la cual establece el sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho, con las antedichas prerrogativas este principio constitucional se vería notablemente vulnerado si ésta no cumpliera los mandatos contenidos en la sentencia judicial.

De esta manera, el Tribunal Constitucional ha resuelto en diversas sentencias el principio de que la ejecución de las sentencias es parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, las cuales reproducimos a continuación.

En Sentencia 32/82, el Tribunal Constitucional resuelve que el derecho a la tutela efectiva no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia ni se limita a garantizar una resolución de fondo fundada. Exige que el fallo se cumpla, lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellos comportan a favor de alguna de las partes en “meras declaraciones de intenciones”¹⁵⁷. Dicha conclusión es reiterada en Sentencia 176/1985, al establecer que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva comprende el que el fallo judicial se cumpla, pues de lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en meras declaraciones de intenciones.

Del mismo modo, en Sentencia 231/1991, agrega que inseparablemente unida a dicho derecho figura el principio de inalterabilidad de las resoluciones judiciales firmes, en conexión con la seguridad jurídica que consagra el artículo 9.3 de la Constitución, que garantiza a quienes han sido partes en el proceso,

¹⁵⁷ González, J. El derecho a la ejecución de sentencias. En: Universidad Complutense. 1992. Homenaje al profesor Garrido Falla: Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX. Madrid, España, Complutense. p. 1051.

que las resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza no serán alteradas o modificadas al margen de los cauces legales previstos¹⁵⁸.

En cuanto a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales para hacer ejecutar lo juzgado, es doctrina del Tribunal Constitucional que podemos encontrar en Sentencias: 34/1982, 58/1983, 67/1984, que el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución, comprende el derecho a obtener la ejecución de la sentencia, debiendo la jurisdicción adoptar las medidas necesarias para el total cumplimiento del fallo¹⁵⁹.

Asimismo, respecto al principio de unidad de la jurisdicción, que la Constitución contempla en el artículo 117.3 y de obligatoriedad de cumplimiento de las sentencias judiciales del artículo 118 de la Constitución, ambas disposiciones deben interpretarse en relación con los artículos 103 y siguientes de la LRJCA; puesto que no atribuyen potestad alguna a la Administración para la ejecución de las sentencias en el ámbito Contencioso-Administrativo, que corresponde a los Tribunales de este orden jurisdiccional, sino que confieren una función de cumplimiento de lo ordenado por el tribunal competente en el seno del proceso de ejecución de un fallo, Auto del Tribunal Supremo de 18 de Noviembre de 1986¹⁶⁰.

El Tribunal Constitucional, respecto a la situación que se verifica cuando el obligado a ejecutar el fallo, lo hace en sus propios términos, alejándose de la decisión del Tribunal, el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de junio de 1977 califica dicha conducta como “la insinceridad de la desobediencia disimulada de los órganos administrativos”, concepto repetido posteriormente por el Tribunal

¹⁵⁸ Alegre, J.M. La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de ejecución de sentencias contencioso-administrativas. 2006. Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, N° 129 (enero-marzo), p.148.

¹⁵⁹ Ibid, p.150.

¹⁶⁰ Ibid, p.149.

Constitucional en sentencia de 28 de octubre de 1987; la cual con el propósito de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva frente a las conductas de la Administración que ponen en riesgo el sistema jurídico en general y también, los derechos de los ciudadanos con estos “incumplimientos indirectos o disimulados”, estableciendo que: “Sólo se garantiza la eficacia real de las resoluciones judiciales firmes y, por ende, del control jurisdiccional sobre la Administración, y sólo así pueden obtener cumplida satisfacción los derechos de quienes han vencido en juicio, sin obligarles a asumir la carga de nuevos procesos, que resultaría incompatible con la tutela eficaz y no dilatoria que deben prestar los órganos judiciales, los cuales deben interpretar y aplicar las leyes en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental”¹⁶¹.

De esta forma, en Sentencia de 15 de julio de 1987 dispone, si el obligado al cumplimiento, órgano administrativo o tribunal, se aparta de lo señalado en el fallo o no adopta las medidas para proceder a la ejecución, estaría vulnerando el artículo 24.1 de la Constitución, en dicha hipótesis el Tribunal Constitucional deberá proceder al reconocimiento y al restablecimiento del imperio del derecho, en el ámbito del recurso de amparo. Del mismo modo, en Sentencia de 12 de marzo de 1987, establece que la denegación de la ejecución no puede ser arbitraria, ni irrazonable, ni fundarse en una causa inexistente, ni en una interpretación restrictiva del derecho fundamental¹⁶².

Por último, en cuanto a la trascendencia de dicho principio, en Auto de 13 de junio de 1988 el Tribunal Supremo estableció el derecho a la ejecución

¹⁶¹ Domínguez, J. 1991. Problemas actuales en relación con la ejecución de sentencias contencioso-administrativas. Revista de la facultad de derecho de la Universidad Complutense N° 77, Curso 1990-1991, pp. 123-124.

¹⁶² Ibid, p. 124.

de la sentencia no puede concebirse únicamente como un derecho del particular interesado en la ejecución, sino que es también un esencial interés público el que está implicado e ello como fundamento del Estado de Derecho que demanda que se cumplan las sentencias de los Tribunales, y que se cumplan en sus propios términos, y no en los que decidan los particulares según sus conveniencias o arbitrios; debiendo significarse también que los Tribunales no pueden amparar ejecuciones sustitutorias, por equivalentes y aun mejores que puedan parecer estas últimas, pues la ejecución se ha de hacer en los términos de la sentencia, sin margen alguno de discrecionalidad judicial, salvo el caso de imposibilidad material o legal, que es cuando puede abrirse paso a la prestación sustitutoria¹⁶³.

En cuanto al privilegio de Inembargabilidad, el Tribunal Constitucional en Sentencia 166/1998, ha confirmado las críticas de parte de la doctrina y la jurisprudencia a este *privilegium fisci*, la cual fue dictada conociendo de una cuestión de constitucionalidad formulada en relación con el artículo 154 de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, ha quebrantado el principio de inembargabilidad establecido por ésta, al declarar la embargabilidad de los bienes patrimoniales locales que no se encuentren materialmente afectados a una finalidad pública¹⁶⁴.

Esta doctrina del Tribunal Constitucional ha sido confirmada por diversas sentencias, entre las que encontramos 201/1998, 210/1998, 211/1998 y 228/1998, a través de las cuales se ha configurado la actual doctrina de este Tribunal. Sin embargo, también ha concluido la constitucionalidad de ciertos

¹⁶³ Alegre, J. op. cit, pp.150-151.

¹⁶⁴ Cueto, M. Comentario: Inembargabilidad de los bienes y derechos de las Administraciones Públicas, Colex, 2000, 422 págs. Luis Ballesteros Moffa. Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo N° 108 (oct/sept), p. 621.

preceptos legales que establecen la inembargabilidad de los bienes y derechos de la Administración “siempre y cuando estén justificados en la protección de derechos, valores o principios también constitucionalmente amparados y además cumplen con el principio de proporcionalidad del sacrificio”¹⁶⁵; lo cual nos parece acertado, por cuanto son estas razones las que deben considerarse para la determinación de la constitucionalidad de los preceptos legales que disponen la aludida inembargabilidad, en cada caso particular y no pregonar una inconstitucionalidad absoluta respecto de ellas.

Por último, en Sentencia de 15 de julio de 1998, el Tribunal ha declarado inconstitucional la frase contenida en el artículo 154.2 de la Ley de Haciendas Locales, que establece la inembargabilidad de los bienes en general de la Hacienda Local, por cuanto ésta se extendería también a aquellos bienes no afectados materialmente a un uso o servicio público, lo cual no resulta razonable desde la perspectiva de la protección constitucional del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes (artículo 24.1 CE). “Pues no está justificada en atención al principio de eficacia de la Administración Pública ni con base en el de la continuidad en la prestación de los servicios públicos”¹⁶⁶.

vii) Constitucionalidad del Principio de Inembargabilidad

Con el fin de proteger los bienes y derechos constitutivos del patrimonio de la Administración, la ley establece la inembargabilidad de sus bienes y derechos que, además de los principios de imprescriptibilidad e inalienabilidad,

¹⁶⁵Casares, A. Comentario: Inembargabilidad de los bienes y derechos de las Administraciones Públicas, *Colex*, 2000, 422 págs. Luis Ballesteros Moffa. Civitas. *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 107 (jul/sept), p. 467-468.

¹⁶⁶En: Jara, J. Sobre la constitucionalidad del principio de inembargabilidad de los bienes municipales, 1999. p. 11-12. Inédito.

constituyen un principio básico del dominio público y un obstáculo a la efectividad de las acciones ejercidas contra el patrimonio de la Administración.

La ejecución de sentencias constituye un derecho fundamental, por ello la Inembargabilidad establece un límite a este derecho, de esta forma corresponde al legislador el establecimiento de tales limitaciones, a través de un criterio de razonabilidad y proporcionalidad, en el resguardo de los principios inspiradores de la Constitución¹⁶⁷.

Al analizar las objeciones de constitucionalidad del denominado “principio de la inembargabilidad”, García de Enterría ha formulado una serie de críticas al respecto, en primer lugar, por estimarlo contrario al principio constitucional de la igualdad, ya que constituye un privilegio en favor de la Administración en desmedro de los ciudadanos; también por atentar contra el principio de responsabilidad de los órganos públicos, entre otros derechos constitucionalmente protegidos; por último, considera que constituye una ampliación del supuesto constitucional de inembargabilidad de los bienes de dominio público, contemplado por el artículo 132.1 de la Constitución española. Finalmente concluye, respecto a las modificaciones introducidas por la Constitución, que: “Tras la Constitución, todos esos privilegios históricos de la Administración, todas las limitaciones correlativas con que se ha ido configurando penosamente la justicia administrativa, han quedado eliminados”¹⁶⁸. Asimismo, estima que: “(...) nada en el texto constitucional permitirá tampoco sostener la subsistencia del histórico *privilegium fisci* que es la inembargabilidad de los caudales y de los bienes públicos, privilegio que es

¹⁶⁷ López, M. Avances en la ejecución de sentencias contra la administración. Cizur Menor, Thomson Aranzadi. Navarra. 2004, p. 110.

¹⁶⁸ García de Enterría, E. Los postulados constitucionales de la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. En: Universidad Complutense. 1992. Homenaje al profesor Garrido Falla: Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX. Madrid, España, Complutense. p. 1043.

asombroso fósil medieval viviente fuera de su medio. Ni el artículo 24, ni el 103.1, ni el 117.3 admiten hoy la gruesa y grosera excepción de sus enunciados respectivos, ni ningún otro precepto constitucional puede ampararla, ni siquiera de lejos.

Pero aún sigue siendo más explícita la Constitución, de modo que el *clear mistake* con respecto a su letra es aún más manifiesto. Hay, en efecto, una alusión a la inembargabilidad de ciertos bienes públicos, y cuya excepción ha tenido que incluirse en la Ley Suprema para poder constituir sus límites en un caso concreto a los poderes generales definidos a favor de los jueces, pero es evidente que no puede ser extendido a cualquier clase de bienes de la Administración, y especialmente al dinero”.¹⁶⁹

En otro de sus textos, y restringiendo el análisis de los supuestos de inembargabilidad al dinero público, García de Enterría, postula que: “Es también muy importante, finalmente, poner fin al viejo dogma que, lejos de encontrar apoyo en la Constitución está explícitamente contradicho por la misma, de la inembargabilidad de los caudales públicos. El artículo 132 de la Constitución declara la inembargabilidad de los bienes del dominio público y los comunales, lo que *a contrario* significa que el resto de los bienes, y con más razón el dinero público, medida abstracta de valor, no gozan de dicho privilegio, como, por otra parte, confirma el artículo 24, que no ha hecho excepción alguna de la Administración en cuanto al alcance del derecho de “tutela judicial efectiva sin que en ningún momento pueda producirse indefensión”. El juego combinado de los artículos 132, 24 y 103.2 (“sometimiento –de la Administración- pleno a la Ley y al Derecho” y, por lo tanto, al Juez, que dice

¹⁶⁹ Ibid, p. 1048 y 1049.

una y otro) de la Constitución ha arruinado definitivamente el viejo *privilegium fisci* de la inembargabilidad de los caudales públicos y de los bienes patrimoniales, privilegio subjetivo incapaz de soportar hoy la efectividad de las sentencias”¹⁷⁰.

En conclusión, respecto a la constitucionalidad de la Inembargabilidad García de Enterría estima: “Es también muy importante, finalmente, poner fin al viejo dogma que, lejos de encontrar apoyo en la Constitución está explícitamente contradicho por la misma, de la inembargabilidad de los caudales públicos”¹⁷¹.

En el mismo sentido, Vicente Gimeno Sendra estima que la subsistencia del privilegio administrativo de la declaración legal de inembargabilidad de los bienes públicos, constituye un grave obstáculo para la “jurisdiccionalización del proceso de ejecución”. Sin embargo, lo que la Constitución proclama es la inejecución sobre los bienes de uso y servicio público, al que podría incorporarse algún otro supuesto de bienes indispensables para la satisfacción de la función pública, pero lo que de la norma constitucional necesariamente no se infiere, es que tenga que ser inembargable todo bien, valor, fruto, renta o derecho de la Administración Pública¹⁷².

Por último, en doctrina española, citamos al profesor Ballesteros Moffa, para quien la única alternativa posible es la erradicación de la prerrogativa que aparta a los bienes públicos de su ejecución judicial sin que medie una razón objetiva para ello, y sólo por la mera titularidad pública de los bienes declarados inembargables, lo cual lo lleva a sostener su desaparición para

¹⁷⁰García de E, E. Hacia una nueva justicia administrativa. Madrid. Civitas. 1992, p. 72 y 73.

¹⁷¹Ibid, p. 72.

¹⁷²Derecho Procesal Administrativo. Por Vicente Gimeno “et al”. 2º ed. Madrid, Editorial centro de estudios Ramón Areces S.A. 2004, pp. 703-704.

proceder, en su lugar, a nuevas declaraciones de inembargabilidad, cuando sea preciso, por razones objetivas, o la fijación de reglas especiales para concretos embargos de fondos públicos. Ésta sería la única forma de garantizar el derecho de los ciudadanos a la tutela efectiva de sus derechos por parte de los Tribunales, pasando a un sistema formal de reconocimiento a la realización material de un auténtico sistema de ejecución frente a los fallos condenatorios de la Administración¹⁷³.

viii) Dificultades en torno a la Ejecución de Sentencias por la Administración en la Legislación: Inembargabilidad

En nuestra legislación la Inembargabilidad no se encuentra establecida como un principio general, sino que se limita a ciertas normas, algunas de las cuales señalamos con anterioridad, razón por la cual, debería verificarse una revisión de tales supuestos y, con el fin de dar protección a los derechos de los ciudadanos que litigan frente a la Administración.

Sin embargo, es preciso reconocer que, para el cumplimiento de determinadas resoluciones, por ejemplo las que ordenen la nulidad de un acto de la Administración, es necesaria la dictación de un nuevo acto administrativo, actividad que será desarrollada por ésta, de forma voluntaria, en el contexto de la etapa de cumplimiento de la sentencia. Asimismo, en ciertos casos será necesaria la iniciación de un nuevo procedimiento para proceder a compeler a la autoridad para la dictación del acto administrativo respectivo, es el caso, por ejemplo, de una sentencia que ordena a una Municipalidad al pago de lo

¹⁷³Casares, A. Comentario: Inembargabilidad de los bienes y derechos de las Administraciones Públicas, Colex, 2000, 422 págs. Luis Ballesteros Moffa. Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo N° 107 (jul/sept), p. 468 y 469.

debido a sus trabajadores, que requerirá la dictación del decreto alcaldicio respectivo como forma de dar cumplimiento a la sentencia en cuestión, por cuanto la inembargabilidad de sus bienes se encuentra prohibida por el inciso 1° del artículo 32 de la Ley 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades. Lo cual trae los consiguientes perjuicios y la dilación indebida en el cumplimiento de las resoluciones lo que, tal como se ha señalado, pugna con el derecho a la tutela judicial efectiva de las personas. Así como, en caso de no verificarse tal actuación por la Municipalidad condenada, el particular deberá iniciar nuevas acciones para obtener dicho cumplimiento, lo cual pugna con el derecho a la tutela eficaz y no dilatoria que deben prestar los órganos judiciales; la garantía de eficacia real de las resoluciones judiciales firmes y la cumplida satisfacción de los derechos de quienes han vencido en juicio, por ende, queda lesionada con la carga de nuevos procesos.

Ahora bien, pese a estar ligados, el principio de Inembargabilidad es independiente de la exigencia de ejecución de las sentencias condenatorias, puesto que éstas deben ser cumplidas, ya que los privilegios de la Administración no la sitúan al margen del Derecho, y por ende, no la eximen de verificar el cumplimiento de las sentencias que se dicten contra ella; tampoco limitan a los tribunales en sus facultades para compeler al órgano administrativo condenado a efectuar las acciones para proceder a tal cumplimiento. Por ello fuera de las hipótesis constitucionalmente admitidas, sería procedente el embargo de otros bienes de la Administración, como por ejemplo el dinero, que no son de dominio público -aspecto al que nos referiremos a continuación-.

Nuestra legislación, a diferencia de la legislación española en la cual el conocimiento de los asuntos en que es parte la Administración, que son competencia de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, en la legislación nacional dicho conocimiento y ejecución constituye una facultad privativa de los Tribunales de Justicia y están sometidos a la tramitación común ordenada por la ley, salvo lo establecido en el Título XVI del Libro III del Código de Procedimiento Civil, que trata “De los Juicios de Hacienda”, en el artículo 748 que dispone que los asuntos en que tenga interés el Fisco y cuyo conocimiento corresponda a los tribunales ordinarios, se tramitarán de acuerdo a las normas establecidas para los juicios de mayor cuantía, salvo las modificaciones que dicho Título establece.

En cuanto al cumplimiento de las sentencias, el artículo 752 dispone: “Toda sentencia que condene al Fisco a cualquiera prestación, deberá cumplirse dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de recepción del oficio a que se refiere el inciso segundo, mediante decreto expedido a través del Ministerio respectivo.

Ejecutoriada la sentencia, el tribunal remitirá oficio al ministerio que corresponda, adjuntando fotocopia o copia autorizada de la sentencia de primera y de segunda instancia, con certificado de estar ejecutoriada.

Se certificará en el proceso el hecho de haberse remitido el oficio y se agregará al expediente fotocopia o copia autorizada del mismo. La fecha de recepción del éste se acreditará mediante certificado del ministro de fe que lo hubiese entregado en la Oficina de Partes del Ministerio o, si hubiese sido enviado por carta certificada, transcurridos tres días desde su recepción por el correo.

En caso que la sentencia condene al Fisco a prestaciones de carácter pecuniario, el decreto de pago deberá disponer que la Tesorería incluya en el pago el reajuste e intereses que haya determinado la sentencia y que se devenguen hasta la fecha de pago efectivo. En aquellos casos en que la sentencia no hubiese dispuesto el pago de reajuste y siempre que la cantidad ordenada pagar no se solucione dentro de los sesenta días establecidos en el inciso primero, dicha cantidad se reajustará en conformidad con la variación que haya experimentado el Índice de Precios al Consumidor entre el mes anterior a aquel en que quedó ejecutoriada la sentencia y el mes anterior al del pago efectivo”.

La dificultad que se plantea en estos supuestos es la que se verifica cuando, pese a la sentencia ejecutoriada del Tribunal competente, el órgano encargado de emitir el acto administrativo no lo efectúe, es el caso de “Manosalva y otros con Municipalidad de Arica” y en Sentencia de la Corte Suprema conociendo del Recurso de Inaplicabilidad, interpuesto en razón de la causa de un grupo de funcionarios contra la Municipalidad de La Cisterna¹⁷⁴. En este supuesto, el procedimiento de apremio debe producirse, sino el Tribunal es quien estaría actuando fuera de la legalidad, así al dictar el mandamiento de ejecución y embargo se enfrentará a la prohibición de embargo establecida por el legislador de ciertos bienes y derechos.

En virtud de tales consideraciones es preciso determinar la forma más adecuada para la efectividad de los derechos, en el cumplimiento de las sentencias condenatorias de la Administración. Con este fin, citaremos algunas

¹⁷⁴ Sentencia Rol N° 5.262, “Manosalva y otros con Municipalidad de Arica”, de fecha 14.11.1996. En: Soto, E. 1999. Comentario: Recurso de Protección ante resoluciones judiciales. Embargabilidad de bienes municipales y protección de funcionarios públicos. *Ius Publicum* (2): 234-243. pp. 237-238; y Jara, J., op. cit, p. 12.

disposiciones de la legislación y doctrina comparada, cuya interpretación resulta esclarecedora.

Alberto Ruiz Ojeda, en la búsqueda de solución al problema planteado señala: “Se me ocurre que la única solución verdadera pasa por el establecimiento de un sistema legal de preferencia de créditos y de prelación de bienes para el embargo que guíe la actuación ejecutiva de los órganos jurisdiccionales”¹⁷⁵.

En la legislación española, la ya señalada Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, no logró erradicar la prerrogativa de la Inembargabilidad de los bienes y derechos de la Hacienda Pública; sin embargo establece una compensación al ciudadano afectado por el retraso injustificado de la Administración en el cumplimiento de la sentencia. Asimismo establece que, en caso de ser condenada la Administración al pago de una cantidad líquida el órgano que debe proceder a su cumplimiento acordará el pago con cargo al crédito correspondiente de su presupuesto que tendrá siempre la consideración de ampliable. Si para efectuarlo, es necesario realizar una modificación presupuestaria, deberá concluirse el procedimiento correspondiente dentro de los tres meses siguientes al día de notificación de la resolución judicial. A la cantidad ordenada, se le añadirá el interés legal del dinero calculado desde la fecha de notificación de la sentencia dictada en única o primera instancia. Finalmente, en caso de no producirse dicho cumplimiento transcurridos 3 meses desde que la sentencia firme se notifique al órgano que debe cumplirla, se podrá instar la ejecución forzosa. En este caso, la autoridad

¹⁷⁵ Ruiz, A. 1999. La ejecución de condenas pecuniarias y el embargo de dinero y bienes de la Administración tras la nueva Ley de lo contencioso y la sentencia 166/1998, del Tribunal Constitucional. *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo* N° 103. 1999, p. 447.

judicial, podrá aumentar en dos puntos el interés legal a devengar, en caso de falta de diligencia en el cumplimiento.

En el supuesto, en que la Administración condenada estime que el cumplimiento de la sentencia producirá grave trastorno a su Hacienda, lo hará saber al Juez acompañado de una propuesta razonada para que, oídas las partes, se resuelva el modo de ejecutar la sentencia en la forma menos gravosa¹⁷⁶. En estos casos, será finalmente el órgano jurisdiccional quien resolverá en definitiva, no siendo de arbitrio de ente administrativo condenado el plazo para ejecutar la presentación o el contenido de ésta.

Asimismo, la doctrina también ha puesto énfasis en la institución italiana de la “ottemperanza”, en virtud de la cual el sistema podría perfeccionarse si se incluyera un “giudizio di ottemperanza”, en virtud de la cual, “el juez de la ejecución, en caso de falta de consignación presupuestaria, procedería a incluir en el presupuesto correspondiente la partida destinada al pago de la prestación y, eventualmente, emitiría el mandamiento de pago”¹⁷⁷.

La solución dada por la legislación alemana es la siguiente, en la línea preconizada por los párrafos 167 y ss. de la *Verwaltungsgerichtsordnung* en relación con el 882 de la *Zivilprozessordnung* alemana, la regla general es la de que el proceso de ejecución de las sentencias administrativas es el mismo que el de la ejecución civil; se parte, por tanto, de que los bienes de la Hacienda Pública pueden ser objeto de embargo y de realización, si bien dicha regla general naturalmente ha de sufrir importantes restricciones derivadas de la naturaleza de tales bienes, así, en dicho ordenamiento, la ejecución forzosa es improcedente en dos genéricos supuestos: a) cuando recaiga sobre bienes que

¹⁷⁶ Entrena, R. op. cit, p. 344.

¹⁷⁷ Derecho Procesal Administrativo. Por Vicente Gimeno “et al”. 2º ed. Madrid, Editorial centro de estudios Ramón Areces S.A. 2004, pp. 703 y 704.

sean indispensables para la satisfacción de la función pública, y b) cuando su realización contradiga un interés público; al primer grupo pertenecen las “vías férreas” o el “dinero en caja” de la Administración y en el segundo encuentran cabida las bibliotecas, archivos, museos y obras de arte, parques públicos, puertos y aeropuertos, etc. Por el contrario, son embargables los créditos o haberes de los Bancos nacionales o instituto públicos de crédito¹⁷⁸.

ix) Fundamentos Doctrinales al Principio de Inembargabilidad de los Bienes de la Administración

1. Principio de Separación de Poderes

Dentro de los fundamentos dados a la Inembargabilidad se encuentra el principio de separación de poderes, en virtud del cual, se prohíbe la inmisión coactiva de unos poderes dentro de la actividad de los demás; lo cual se vería realizado en la práctica con el embargo ordenado por el Poder Judicial. Asimismo, dicha separación persigue la mayor independencia administrativa frente a los Tribunales ordinarios de justicia, como una reacción frente al control desplegado por éstos hacia la Administración.

En la actualidad, la delimitación de los Poderes está dada por el Derecho Administrativo, estableciendo las potestades y prerrogativas de cada órgano; de esta forma el juez está facultado –y obligado- a emitir una decisión fundada en base a un procedimiento legalmente establecido, respetando las garantías constitucionales, de forma tal que ésta debe ser cumplida por la Administración, puesto que los límites y garantías están dados por el Derecho, no siendo

¹⁷⁸ Ibid, pp. 703 y 704.

justificable para ésta el evadir el cumplimiento de las decisiones de los Tribunales y con ello transgredir los derechos de las personas. Al respecto, citamos al profesor García de Enterría quien estima que “el principio democrático de los poderes públicos no se dispensa a éstos de ser poderes de un Estado de Derecho y, por tanto, sometidos al Derecho y al juez, en la medida que la Constitución especifica. No hay poderes constituidos por encima de la Constitución y el problema queda remitido entonces a determinar si ésta permite o no poderes exentos del control del juez, y concretamente del juez de ejecución”¹⁷⁹.

Además, en la actualidad no podemos estimar la supervivencia de tal separación o independencia, en virtud de la contradicción que plantea con el derecho a la tutela judicial efectiva y del establecimiento positivo de la inembargabilidad.

2. Solvencia del deudor

Desde otro punto de vista, se ha justificado la inembargabilidad, en razón de estimarse que tal medida sería innecesaria respecto de un sujeto solvente que no va a malbaratar sus bienes ni a fugarse¹⁸⁰. Sin embargo, el peligro de retraso no se vería asegurado, pese a una Administración solvente. En este sentido, el Tribunal Constitucional en Sentencia 99/1989, declara: “(...) no es de aceptación el argumento de que la solvencia de los Organismos públicos estatales hace innecesaria la previsión legal de depósito, en la medida

¹⁷⁹ García de Enterría, E. Los postulados constitucionales de la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. En: Universidad Complutense. 1992. Homenaje al profesor Garrido Falla: Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX. Madrid. España. Complutense, p. 1047.

¹⁸⁰ Pedraz, E. op. cit, p. 145.

en que satisface la finalidad de garantizar la ejecución de la sentencia, sino más propiamente la de asegurar su “inmediata” ejecución, y con ello solamente se obtiene con la constitución previa del depósito de la cantidad objeto de la condena (...). La Administración será un *solvens* en la medida que verifique el cumplimiento de sus obligaciones, por lo tanto no lo es porque no paga o sólo paga cuando puede y quiere, por estas razones debería desecharse el argumento para justificar la inembargabilidad consistente en la solvencia de la Administración

3. Legalidad Presupuestaria

Se ha señalado que el principio de Legalidad Presupuestaria proporciona un fundamento válido a las normas que establecen la Inembargabilidad, ya que aquél, a través del Presupuesto, podría dirigir el obligado cumplimiento de las resoluciones judiciales, al menos en doctrina. Es característico de este principio, la especialidad que supone, e impone la vinculación del dinero público a ciertos fines específicos determinados en el presupuesto. De esta forma, el embargo de dineros públicos supondría un gasto no previsto en el presupuesto o no sujeto al procedimiento establecido para su ejecución.

Al respecto también citamos a García de Enterría quien, al analizar los argumentos que sostienen que la inembargabilidad constituye una consecuencia del principio de legalidad presupuestaria, señala: “En fin, la inembargabilidad no es obstáculo desproporcionado a la ejecución de las resoluciones en cuanto simplemente supone su encauzamiento a través de un

determinado procedimiento, obligado para la Administración, y sin que puedan producirse dilaciones; en definitiva, la intangibilidad del patrimonio de un ente público no supone en modo alguno la inmunidad del mismo”¹⁸¹.

Resulta claramente admisible que a través de este argumento se busque fundamentar la finalidad constitucional que justifica la limitación de la embargabilidad de los bienes, la cual, parece perfectamente proporcionada a la finalidad que persigue, puesto que la traba de embargo de bienes y fondos públicos implicaría una perturbación de la estructura y ejecución presupuestarias. Sin embargo, no puede entenderse que este sólo argumento pueda excluir o limitar el ejercicio de la potestad jurisdiccional de los Tribunales de hacer ejecutar lo juzgado, ya este privilegio de la Inembargabilidad que protege ciertos bienes y derechos de la Administración no la eximen de cumplir las sentencias judiciales; ni constituir una vulneración a otras garantías constitucionalmente protegidas, entre las que ya hemos señalado: igualdad ante la ley, igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, seguridad jurídica y responsabilidad de los órganos públicos.

Este fundamento, según el cual, la legalidad presupuestaria impide la embargabilidad del dinero público, en razón de que éste trata de proteger el interés público comprometido en los gastos efectuados por la Administración; sin embargo, no es menos cierto que este interés también se encuentra resguardado cuando la disposición de gastos no la efectúa ésta, sino que es producto de una sentencia judicial, la cual por cierto ofrecerá control y protección a la legalidad presupuestaria. Por estas razones, el principio de

¹⁸¹ García de Enterría, E. “Sobre el principio de inembargabilidad (...)”, pág. 134 y ss. En: Jara, J. op. cit, p. 9.

legalidad presupuestaria no constituye una justificación razonable y proporcionada para limitar el derecho a la ejecución de la sentencia.

A modo ejemplificador, respecto a algunos de los argumentos expuestos por la Abogacía del Estado en la ya mencionada Sentencia 166/1998 del Tribunal Constitucional español, el profesor Alberto Ruiz Ojeda concluye que éstos presentan una mezcla de argumentos apocalípticos acerca de la catástrofe que sobrevendrá si se traspasan las sagradas reglas del Presupuesto que, como es bien sabido, las Administraciones Públicas vulneran cotidianamente, también a la hora de no recoger en sus Presupuestos ciertas obligaciones vencidas, exigibles y reconocidas en sentencias firmes; o sea que la hecatombe sobrevendrá sólo cuando se trate de ejecutar condenas judiciales¹⁸².

4. Continuidad de los Servicios Públicos

El origen del privilegio de la inembargabilidad se ha remontado a las prerrogativas del monarca durante la Edad Media; sin embargo en la actualidad, si algún fundamento podría estar provisto de validez, será el que sustenta en la vinculación de los bienes y derechos de la Administración al cumplimiento de ciertos fines específicos de ésta y, al funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos que siendo fundamentales para la comunidad no pueden verse afectados.

Se ha señalado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1º de la Constitución Política, que por razones de bien común el legislador está

¹⁸² Ruiz, A. op. cit, pp. 437 y 438.

facultado para, a través de la declaración de inembargabilidad, excluir determinados bienes y derechos de la ejecución forzosa, limitando de esta forma dicha ejecución¹⁸³. Como asimismo debe atenderse a la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado que, en el artículo 3° inciso 1° dispone: “La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente ...”.

Al respecto, la Corte Suprema, en sentencia de fecha 13 de junio de 1967, ha justificado el establecimiento de las inembargabilidades en “razones superiores de solidaridad social”¹⁸⁴.

En este sentido, la doctrina ha justificado en la continuidad de la prestación del servicio público, el que éste no pueda interrumpirse ni paralizarse, por cuanto su establecimiento se ha efectuado en beneficio de toda la comunidad¹⁸⁵, dichos supuestos podrán verificarse una vez que se produzca la enajenación de éstos, con la consiguiente interrupción o suspensión de la continuidad del funcionamiento del servicio. Puesto que el interés general presente en la actividad administrativa sería lesionado si se trabara embargo en sus bienes o derechos afectos a un servicio o función pública.

En tal sentido la norma del artículo 445 número 17 del Código de Procedimiento, ha establecido de forma general la inembargabilidad respecto de “los bienes destinados a un servicio que no puede paralizarse”, disposición que deberá ser interpretada por los tribunales de justicia con el fin de

¹⁸³Jara, J. op. cit, p. 10.

¹⁸⁴R.D.J., t. 64, sec. 1ª, p. 194.

¹⁸⁵Dromi, R. Derecho Administrativo, 6ª ed., Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, p. 584. En: Jara, J. op. cit, p. 10.

determinar su sentido y alcance, siempre en función del resguardo a los derechos que la constitución asegura a todas las personas.

En doctrina española García de Enterría, pese a su rechazo a la inembargabilidad como principio general, señala que: “Si algún fundamento objetivo puede intentar buscarse hoy al viejo dogma de la inembargabilidad, hay que buscarlo en el respeto debido al funcionamiento de los servicios públicos; no es imaginable, en efecto, que un juez ejecute una deuda poniendo en pública subasta el Palacio Consistorial, o el edificio de un Ministerio, o los ordenadores del Ministerio de Economía y Hacienda [...] Ese principio de la inejecución sobre los bienes de uso y servicio público se sustenta por sí mismo en la dogmática del dominio público y no da por sí mismo entrada a ningún privilegio subjetivo y absoluto de inembargabilidad”¹⁸⁶. Señalando a continuación que el principio postula una inembargabilidad objetiva, limitada a ciertos bienes; pero no abusivamente extendida a la totalidad del patrimonio de un sujeto¹⁸⁷.

En el mismo sentido, Alberto Ruiz Ojeda, ha estimado que el interés general siempre está presente en la actividad de los servicios públicos, lo cual justifica la presencia de este privilegio en nuestro ordenamiento¹⁸⁸.

Cierta doctrina argentina, ha asimilado la inembargabilidad fundada en la continuidad de los servicios públicos al régimen de dominio público, puesto que ambos buscan satisfacer una necesidad colectiva. Sin perjuicio de que los Tribunales están facultados para determinar si tales bienes y derechos son

¹⁸⁶ García de Enterría, E. “Sobre el principio de inembargabilidad, sus derogaciones y sus límites constitucionales y sobre la ejecución de sentencias condenatorias de la administración”, en *Hacia una nueva Justicia Administrativa*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1992. p. 140. En: Jara, J. op. cit, p. 11.

¹⁸⁷ *Idem*.

¹⁸⁸ Alegaciones del Fiscal Nacional del Estado, recaídas en Sentencia del TC 166/1998. En: Ruiz, A. op. cit, p. 436.

indispensables para el mantenimiento del servicio público respectivo, de modo tal que aquellos que no revistan esta característica podrán ser embargados¹⁸⁹.

Con el fin de dar otro argumento en favor de la justificación de la inembargabilidad de ciertos bienes y derechos de la Administración en el principio de continuidad de los servicios públicos, el Tribunal Constitucional español en Sentencia de 15 de julio de 1998, ha dejado vigente el privilegio en cuestión respecto de tales bienes, siempre y cuando, se hallen materialmente afectados a un uso o servicio público¹⁹⁰.

x) Conclusiones

Consideramos que postular la inconstitucionalidad del Principio de Inembargabilidad de los bienes y derechos de la Administración de modo general no resulta acertado, por cuanto, si bien es cierto que constituye una institución de excepción, debe ser examinada respecto a los bienes y derechos sobre los que recae para estimar su adecuación o no a la norma fundamental, de otra manera se estaría atentando contra el interés público y el bien común.

Asimismo, debemos considerar que la naturaleza de ciertos bienes los hace inembargables, es decir, los bienes de dominio público, es el caso de los señalados en el artículo 19 número 24º, es decir, a quéllos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda, explicitados en el artículo 585, así como también los denominados por el Código Civil en el artículo 589 “bienes nacionales” y “bienes nacionales de uso público”; entre los primeros encontramos a aquellos cuyo dominio pertenece a

¹⁸⁹ Dromi, R. op. cit., pág. 589. En Jara, J. op. cit, p. 11.

¹⁹⁰ En: Jara, J. op. cit, p. 11 y 12.

la nación toda, si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos; y dentro de los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes del Estado o bienes fiscales.

De esta forma, la Constitución establece, a través de la exclusión del dominio sobre determinados bienes, la inembargabilidad de éstos, tal como ya fue señalado, dejando a la ley la determinación de éstos y la regulación de su régimen jurídico; además de los que la norma constitucional conceptualiza.

Es característico de estos bienes que no puedan ser de dominio de los particulares, ya que están afectados a un uso o servicio público, y sujetos a un régimen especial; además de ser inalienables, imprescriptibles e inembargables. La especialidad de este tipo de propiedad se manifiesta en el régimen jurídico que le es aplicable, con el fin de garantizar su afectación, es decir, la decisión pública acerca del uso o destino de un bien a la utilidad pública. En estos supuestos señalados anteriormente, el fundamento de tal inembargabilidad está dado por la naturaleza y el fin de tales bienes, es decir, el resguardo del uso colectivo determina que tengan una garantía mayor que aquellos de titularidad de los particulares. En suma, los bienes de dominio público no son embargables porque por tener caracteres de inalienabilidad y por no ser susceptibles de dominio, no son de propiedad de la Administración ni de ninguno de sus órganos y será, en definitiva, dicha característica propia de su naturaleza, la que determina su inembargabilidad.

Luego encontramos aquellas hipótesis de inembargabilidad establecidas por el Código de Procedimiento Civil y por el Código Civil, las cuales tienen fundamento en razones de humanidad hacia el deudor ejecutado.

Dentro de las normas que establecen la inembargabilidad de determinados bienes de la Administración será preciso realizar un análisis respecto a los bienes y derechos sobre los que recaen para determinar si revisten o no justificación que determine su exclusión del derecho de prenda general de los acreedores. Preliminarmente consideramos que, no se encontrarían justificada la exclusión del embargo del dinero de ciertos organismos públicos, es el caso de Gobiernos Regionales y las Municipalidades, en virtud de las consideraciones que indicaremos a continuación.

El dinero es perfectamente ejecutable y no perturba ningún servicio público ni esencial para el funcionamiento de la nación, a través de la sentencia se concreta el destino específico a que debe ser asignado, así por ejemplo el artículo 445 del Código de Procedimiento Civil establece que la inembargabilidad de los bienes destinados a un servicio que no pueda paralizarse sin perjuicio del tránsito o de la higiene pública, como los ferrocarriles, empresas de agua potable o desagüe de las ciudades, etc.; luego señala que “podrá embargarse la renta líquida que produzcan”. Apartándose de este ejemplo, es claro que en muchas oportunidades la Administración aplica a otros pagos la destinación de los créditos presupuestarios, por ello no constituiría impedimento que ésta se efectuara en virtud de lo ordenado por un órgano independiente e imparcial, respetando las garantías de un debido proceso, y con el fin de resguardar los derechos de los particulares, afectados

por una actuación ilegal o arbitraria de la Administración condenada, considerando además que constituiría una nueva lesión a sus derechos un proceso con excesivamente largo en el tiempo; asimismo considerando que, es necesaria una actuación de la administración para proceder a la ejecución ordenada, en el supuesto que ésta no se verifique y con el fin de compeler a la autoridad respectiva para que proceda a dictar un nuevo acto administrativo se requiere la iniciación de un nuevo proceso que, a través de la búsqueda de la sanción del funcionario en cuestión, logre el fin de dar cumplimiento a la sentencia firme. De otra forma, se produciría un atentado contra la seguridad jurídica.

Al respecto García de Enterría, postula la imperatividad de poner fin al “dogma de la inembargabilidad” de los caudales públicos por la inconstitucionalidad de que estaría revestido ya que: “(...) El artículo 132 de la Constitución declara la inembargabilidad de los bienes del dominio público y los comunales, lo que *a contrario* significa que el resto de los bienes, y con más razón el dinero público, medida abstracta de valor, no gozan de dicho privilegio (...)”¹⁹¹. El mismo autor en “Curso de Derecho Administrativo”, junto a Tomás Ramón Fernández, al analizar las sentencias del Tribunal Constitucional español 166/1998 y 228/1998, afirman que “(...) no han debido excluir de la ejecución de la ejecución judicial el dinero, mercancía abstracta, fungible y de cambio por excelencia, con el que por ello pueden atenderse tanto funciones públicas como privadas, y cuyo importe puede suplirse inmediatamente por operaciones de crédito, sin que tenga que recaer únicamente sobre el ejecutante el peso de su relevancia general”¹⁹².

¹⁹¹ García de E, E. Hacia una nueva justicia administrativa. Madrid. Civitas. 1992, p. 72-73.

¹⁹² García de Enterría, E. y Fernández, T. op. cit, p. 435.

En el mismo sentido, Vicente Gimeno Sendra estima que, lo que la Constitución proclama es la inejecución sobre los bienes de uso y servicio público, al que podría incorporarse algún otro supuesto de bienes indispensables para la satisfacción de la función pública, pero lo que de la norma constitucional necesariamente no se infiere, es que tenga que ser inembargable todo bien, valor, fruto, renta o derecho de la Administración Pública¹⁹³.

En virtud del anterior planteamiento, podríamos señalar que podría verificarse una pugna con el principio de legalidad presupuestaria, en virtud del cual, para verificar un gasto éste debe estar contemplado en la partida presupuestaria correspondiente, es decir, para cada gasto debe aplicarse la suma para él fijada en el presupuesto y durante el periodo de vigencia de éste. Al respecto, consideramos que tal circunstancia, no constituye causa suficiente para la inejecución de la sentencia, con el consiguiente efecto de lesión de derechos constitucionalmente asegurados a las personas. Sin embargo, no es menos cierto que, debería recurrirse al procedimiento de modificación presupuestaria, lo que supone un retardo en el cumplimiento del fallo judicial; por lo cual parece razonable el establecer un ítem para este tipo de gastos en el presupuesto respectivo.

Al respecto citamos a Vicente Gimeno Sendra quien, recordando la idea propuesta por González Pérez y analizando las modificaciones a la LRJCA, señala que sería adecuado “(...) establecer la obligatoriedad de que en todas las Administraciones exista una partida de créditos para gastos de ejecución de sentencias, convirtiéndose las sentencias firmes en “mandamientos de pago”

¹⁹³Derecho Procesal Administrativo. 2004. Por Vicente Gimeno “et al”. 2º ed. Madrid, Editorial centro de estudios Ramón Areces S.A. pp. 703-704.

sobre tales cuentas (art. 111.1º y 2º)". Señalando a continuación que con este planteamiento "(...) no se solucionaría totalmente el problema pues, en la práctica, cabe predecir que ninguna Administración se arriesgará a tener un incierto capital inmovilizado, con lo que frecuentemente habría que ir al expediente de "ampliación de créditos" presupuestarios con el consiguiente incremento de la "inercia administrativa"¹⁹⁴.

Asimismo, la doctrina también ha puesto énfasis en la institución italiana de la "ottemperanza", en virtud de la cual el sistema podría perfeccionarse si se incluyera un "giudizio di ottemperanza", en virtud de la cual, "el juez de la ejecución, en caso de falta de consignación presupuestaria, procedería a incluir en el presupuesto correspondiente la partida destinada al pago de la prestación y, eventualmente, emitiría el mandamiento de pago"¹⁹⁵.

En cuanto a la inembargabilidad del dinero, consideramos inaceptable dicha exclusión en consideración a que el cumplimiento de una sentencia firme es obligatorio por sí mismo, por lo tanto, resulta contradictorio el hecho de que, en virtud de ciertas normas "legales", éste se encuentre facultado para disponerlo por medio de facultades privativas respecto de las cuales el tribunal competente que ordenó dicha ejecución no tenga intervención alguna, lo que evidentemente no ocurre ante el incumplimiento por parte de un particular, caso en el cual, todo el aparato compulsivo estatal sustituye su voluntad. Al respecto, la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades en el artículo 26 dispone la inembargabilidad de los bienes destinados al funcionamiento de sus servicios y los dineros depositados a plazo o en cuenta corriente, es decir, los bienes de la Municipalidad, distintos del dinero, no serán embargables si

¹⁹⁴ Idem.

¹⁹⁵ Derecho Procesal Administrativo. 2004. Por Vicente Gimeno "et al". 2º ed. Madrid, Editorial centro de estudios Ramón Areces S.A. pp. 703-704.

cumplen con dicha destinación, destinación a la cual por cierto no está incluida el dinero; del mismo modo, y en una interpretación a *contrario sensu*, el dinero no depositado a plazo o en cuenta corriente sería susceptible de embargo.

Ahora analizaremos la procedencia de la inembargabilidad de los bienes y derechos de ciertos órganos de las Administraciones, que encuentra su justificación en base al Principio de Continuidad de los servicios públicos.

La Sentencia del Tribunal Constitucional español 166/1998 en el fundamento 13º concluye que: “Es finalidad inherente tanto al patrimonio de los entes públicos como al de los sujetos privados, en cuanto conjunto de bienes, presentes y futuros la de responder del cumplimiento de las obligaciones contraídas por su titular (art. 1.911 CC)”. Esto significa que, “desde el Derecho común aplicable al tráfico privado y por exigencias de la seguridad y buena fe inherentes al mismo, no está constitucionalmente justificado excluir que los bienes pertenecientes al patrimonio de las Entidades Locales, siempre que no estén materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, respondan de las obligaciones contraídas por la Corporación local con los particulares y, en concreto, de las declaradas en una sentencia judicial. Pues en otro caso quedaría desvirtuada una de las finalidades esenciales del patrimonio de un sujeto y, correlativamente, afectado el tráfico privado en el que ha participado la Corporación al contraer la deuda pecuniaria en posición de paridad con un particular”. Asimismo en el fundamento siguiente plantea que con exclusión de los bienes demaniales, los comunales “e incluso los patrimoniales que se hallen materialmente afectados a un uso o servicio público” podrá procederse al embargo de bienes patrimoniales de las Corporaciones locales, con lo cual se salvaguarda, tanto la seguridad jurídica

(art. 9.3 CE) como la eficacia de la Administración local en la prestación continuada de los servicios públicos (art. 103.1 CE)¹⁹⁶.

En sentencia del Tribunal Constitucional 227/1998, dictada con posterioridad a la anteriormente citada, en la primera parte del fundamento jurídico 12º, respecto de la afectación material de un bien a un servicio público dispone que ésta constituye el “soporte material de dicha actividad y, por tanto, es un medio material necesario para la realización efectiva de los intereses generales a los que sirve la Administración. De suerte que su inembargabilidad está justificada en atención a la eficacia de la actuación de la Administración Pública y la continuidad en la prestación de los servicios públicos. Mientras que no cabe estimar otro tanto respecto a los bienes patrimoniales de una Entidad local no afectados materialmente a un servicio público o una función pública, pues el interés general sólo está presente en atención a su titular, un ente público, pero no en cuanto a la actuación que a aquélla corresponde llevar a cabo ni al ejercicio de concretas potestades administrativas (...)”¹⁹⁷.

En doctrina nacional se ha estimado, respecto a la inembargabilidad establecida por la ley de los bienes municipales destinados al funcionamiento de sus servicios, “(...) sólo son inembargables en la medida que estén destinados al funcionamiento de sus servicios, por lo cual queda fuera de tal inembargabilidad –y por ende son embargables- todos aquellos bienes (muebles o inmuebles) que no están destinados a esa finalidad. (...) no todos los bienes municipales son inembargables sino solamente aquellos que están destinados al funcionamiento de los servicios municipales”¹⁹⁸. Del mismo modo

¹⁹⁶ Ruiz, A. op. cit, p. 442-443.

¹⁹⁷ Jara, J. op. cit, p.13.

¹⁹⁸ Soto, E. 1999. Comentario: Recurso de Protección ante resoluciones judiciales. Embargabilidad de bienes municipales y protección de funcionarios públicos. *Ius Publicum* (2): 234-243, p. 238.

se ha señalado que “Es la concreta destinación de un bien al funcionamiento de los servicios públicos lo que supone la exclusión del tráfico privado del bien destinado al servicio respectivo. A ello alude la expresión “destinados al funcionamiento de sus servicios” que utiliza - entre nosotros - el artículo 128 de la LOC de Municipalidades como condición de dicho privilegio. Se valida así la interpretación en orden a que es la destinación del bien a la prestación o funcionamiento de un servicio público de responsabilidad de dichas corporaciones, lo que justifica su especial protección por parte del ordenamiento jurídico a través del privilegio de inembargabilidad”¹⁹⁹.

El principio de la inembargabilidad no puede estar revestido de caracteres de generalidad, es decir, relativo a la totalidad del patrimonio de un sujeto, sino que su establecimiento se limitará a ciertos bienes. En este sentido se ha citado el artículo 445 N° 17, que establece la prohibición de embargo de los bienes pertenecientes a un servicio que no pueda paralizarse sin grave perjuicio del tránsito o de la higiene públicas. “Esta norma prescinde de la calidad del sujeto - pública o privada - y sólo atiende a la finalidad última del privilegio asentada en un claro objeto de beneficio colectivo”²⁰⁰.

En este sentido se encuentra la sentencia de 29 de enero de 1999, dictada por la Corte Suprema, conociendo de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 28 de la LOC de Municipalidades, al efectuar la argumentación judicial para justificar la inembargabilidad de los bienes municipales, parte del principio de continuidad de los servicios públicos estimándolo como justificación suficiente, en el siguiente sentido: “(...) no puede calificarse de diferencia arbitraria o carente de asidero racional, puesto

¹⁹⁹ Jara, J. op. cit, p. 10.

²⁰⁰ Jara, J. op. cit, p. 11.

que ella persigue impedir que los servicios que los municipios deben prestar o financiar con tales bienes o recursos, se interrumpan o entraben como consecuencia de su embargo y realización en el pago forzado de obligaciones de las municipalidades”. Concluyendo: “(...) el beneficio especial que otorga a las municipalidades al hacer inembargables los bienes destinados al funcionamiento de sus servicios, al igual que los depósitos de dineros municipales a plazo en cuenta corriente [sic], no es arbitrario en cuanto asegura la permanencia y continuidad de la acción del municipio en favor de la comunidad cuyas necesidades debe proveer, por imperativo de la propia Constitución y de la ley”²⁰¹.

La necesidad de obtener una tutela judicial efectiva, está íntimamente vinculada con esta idea de eficacia de la actuación administrativa en la satisfacción de las necesidades que la Constitución ha determinado como esenciales, ya que es característico rasgo de ineficiencia social aquella exención de la Administración de las vías de apremio en el procedimiento de ejecución, lo cual, es evidentemente contrario a la justicia.

Finalmente, estimamos que, si bien es cierta la necesidad de que la ejecución contra la Administración esté resguardada; con el fin de que, por medio de ella, no se lesionen otros valores estimados relevantes en función del interés público, más allá del derecho del acreedor de obtener el completo y oportuno pago de su crédito; de esta forma, dichos límites a la Constitución no pueden tener como fuente la mera voluntad de la Administración condenada, sino en el mandato contenido en una sentencia dictada por los Tribunales

²⁰¹ Jara, J. op. cit. pp. 12 y 13.

Ordinarios de Justicia, en virtud de su facultad exclusiva de juzgar y ejecutar lo juzgado.

De esta forma, considerando la dispersión de normas que establecen la inembargabilidad de ciertos bienes, los particulares, para obtener la tutela de su derecho, a obtener la cumplida ejecución de sentencias contra la Administración, es a través de la interposición de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las normas legales que establezcan dicha prerrogativa.

CONCLUSION

El Derecho Administrativo surge con la Revolución francesa y para el establecimiento de un Estado democrático, corresponderá a la Ley, como expresión de la voluntad general, la “clave de bóveda del Derecho público” y cuyo mandato debe ser ejecutado por el Ejecutivo. La prerrogativas de la Administración son el resultado de que ésta ha concentró los poderes que eran de titularidad del monarca, puesto que en virtud de tal revolución tal poder se remite a la voluntad general, estableciendo un sistema de servicios públicos como forma de operar, lo cuales, por cierto serán regulados y resguardados en el desarrollo de su actividad. Sin embargo, será una Administración que actuará dentro de la legalidad con la función de actuar sólo cuando ésta la faculta para satisfacer los intereses generales.

De acuerdo al estado de derecho sólo está legitimado para actuar en cualquier sociedad democrática, y así en la nuestra, obviamente, si se somete “plenamente a la Ley y al Derecho”. El derecho se apoya en los derechos fundamentales y en la libertad de los administrados, en un estado de derecho sólo la Ley es la fuente de legitimidad para ejercerse sobre esas libertades, como una exigencia insoslayable para su funcionamiento.

Sin embargo, en razón de que la Constitución constituye la norma fundamental y goza de supremacía, las normas que establece, específicamente en el ámbito de los derechos de los ciudadanos determina que, éstos se

encuentren debidamente resguardadas ya que, tal como señala GARCIA DE ENTERRIA resulta imperativo una conciencia de la vinculación más fuerte de los preceptos constitucionales sobre el resto del ordenamiento. En consecuencia, no por razones de eficacia de la actividad administrativa, se podrán ver lesionados, sino que serán indispensables criterios de razonabilidad, proporcionalidad y justificación en atención al bien común, en la determinación de las limitaciones a los derechos de las personas las que por cierto serán de competencia del legislador o de los tribunales de justicia en el desarrollo de su actividad, pero en ningún caso de la discrecionalidad de los mismos órganos obligados a su cumplimiento.

Dentro de las prerrogativas reconocidas a la administración que la situación en una posición privilegiada encontramos el régimen especial de los actos administrativos: presunción de legalidad, ejecutividad y ejecutoriedad; respecto de otro ámbito nos encontramos con un régimen especial de cumplimiento de las sentencias dictadas en su contra y, por último, aquella que establece la prohibición de proceder al embargo de sus bienes y derechos.

Los actos administrativos, por el hecho de provenir de la Administración del Estado y como una prerrogativa imprescindible en su actuación, están revestidos de una presunción de legalidad, razón por la cual resulta sumamente resistible el cuestionamiento de tales actos, además dicha presunción constituye la base para su aplicación inmediata. Asimismo, la Administración está facultada para obtener el cumplimiento dichos actos que, se presumen válidos y pueden, por tanto, producir sus efectos; nos referimos a la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos.

En la relación jurídico-administrativa, salvo calificadas excepciones, los actos administrativos son ejecutorios desde que su dictación, es decir, se presumen válidos y se bastan por sí mismos para proceder a su ejecución, sin necesidad de un procedimiento previo que declare su validez y obligatoriedad, para proceder a su cumplimiento.

Por su parte, la potestad de ejecución forzosa de la Administración para ejecutar sus propios actos, constituye una consecuencia del principio de eficacia y de legalidad de los actos administrativos, y se ve concretada en la facultad de la Administración para ejercer la coacción de forma legítima para el cumplimiento de sus decisiones sin recurrir al imperio de los Tribunales de Justicia.

Ambas prerrogativas, pese a que han sido resistidas por la doctrina, la recientemente dictada Ley 19.880 otorga el argumento de texto legal expreso, puesto que se encuentran contempladas en el artículo 3° inciso 8° de la Ley 19.880 que consagra la presunción de legalidad, imperio y exigibilidad de los actos administrativos, así como el artículo 51 de la misma ley que establece la ejecutoriedad de los actos administrativos. Sin embargo, consideramos que dichos privilegios no tienen un carácter de principio o regla general en el ordenamiento jurídico nacional, en virtud del principio de juridicidad establecido por la Constitución, según el cual todo órgano del Estado no tiene más potestades que las establecidas expresamente por la Constitución y por las normas legales dictadas conforme a ella, de modo tal que la ejercicio de la ejecutoriedad procederá siempre y cuando esté expresamente autorizado por ley y ésta, se encuentre de acuerdo a la Constitución, es decir, con pleno

respeto de los derechos fundamentales, dentro de las atribuciones del órgano respectivo y a través de un procedimiento racional y justo.

La presunción de legalidad de los actos administrativos, así como su ejecutividad y ejecutoriedad, permiten dar eficacia real a las potestades de la Administración, es decir, que se verifique el cumplimiento de sus fines. La eficacia de la actividad administrativa, debe guardar respeto a la legalidad vigente, todo ello en virtud de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política, por ello la Administración con el fin de alcanzar sus objetivos específicos deberá optar por los medios más adecuados para alcanza dicha finalidad, pero siempre dentro del marco de la legalidad y, menos gravosas para los particulares en relación a las ventajas derivadas de su ejercicio, es decir, según el principio de proporcionalidad.

En conclusión, es fundamental el reconocimiento de tales potestades a la Administración para el cumplimiento de sus fines, ya que de otra forma, sería imposible el desarrollo de su actividad si a cada paso requiriera autorización judicial, ello sin perjuicio de la facultad de revisión y de control de los tribunales de justicia, lo cual implica que los particulares dispongan de medios ágiles y específicos en la materia para reclamar de los actos que estiman atentatorios de sus derechos, así como el establecimiento de supuestos de suspensión que sean valorados y establecidos por los tribunales de justicia en la interposición de las reclamaciones de los particulares.

Asimismo, constituye un elemento indispensable para el mantenimiento de la paz social el establecimiento de un sistema de justicia eficaz; lo cual se verificará, en primer lugar, permitiendo a los particulares el acceso a los órganos jurisdiccionales sin dilaciones indebidas ni estableciendo requisitos

inalcanzables, como asimismo garantizando que su pretensión sea deducida en un debido proceso con resguardo de ciertas garantías mínimas, además de otorgarle posibilidades de defensa y, por último, asegurando que la sentencia del órgano que ejerce jurisdicción sea efectiva, es decir, que se cumpla.

En el orden de la señalada supremacía constitucional y garantista de los derechos de las personas podemos señalar que, se atenta contra el principio de igualdad procesal cuando, en la esfera del proceso, se le niegan a alguna de las partes posibilidades procesales que se le conceden a la contraria o, lo que es lo mismo, se le conceden privilegios procesales que carecen de justificación objetiva y razonable alguna.

A este orden de privilegios se ha considerado perteneciente el denominado "Solve et Repete" que, podemos describir como la necesidad de efectuar un pago previo a efectuar ciertas reclamaciones, constituyendo una condición de admisibilidad de la interposición de reclamos contra actos de la Administración, y, por tanto, un requisito adicional al ejercicio del derecho de los particulares de acceso a la vía de reclamación o impugnación de actos administrativos.

Desde el punto de vista de los derechos de los ciudadanos, específicamente del derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, que implica la prohibición constitucional de impedir el acceso del ciudadano a los tribunales de justicia y de constituir trabas a la tutela efectiva de éstos. Podemos señalar que dichos obstáculos se han visto positivamente superados con la evolución del derecho de los derechos humanos, salvo ciertas excepciones, entre las cuales la doctrina cita, precisamente, la regla del *Solve et Repete* denominado también previo pago o consignación.

Al respecto, la doctrina se manifiesta mayoritariamente contraria a su establecimiento, estimando que la imposición de este requisito de admisibilidad, vulneraría el artículo 19 número 3° de la Constitución Política, es decir, la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos de las personas, es decir, el derecho de acceso a los tribunales de justicia y a la tutela efectiva de sus derechos por parte de éstos, así como al número 26 del artículo 19. Además se estima que vulneraría el derecho a la igualdad ante la ley, puesto que la imposición de tal carga a los particulares, constituiría una discriminación arbitraria a favor de la Administración, es decir, un privilegio sin ninguna justificación.

En virtud de tales consideraciones concluimos que la determinación de la constitucionalidad de la regla del *Solve et Repete* debe revisarse caso a caso, no pudiendo pregonarse *per se* su inconstitucionalidad.

Tal como analizamos anteriormente, consideramos que la exigencia de consignación previa de las multas impuestas por órganos administrativos sancionadores, facultados y obligados por mandato constitucional de los artículos 6° y 7° de la Constitución a efectuar tal es actuaciones, por lo cual actuando dentro de sus funciones y de acuerdo al marco legal dado por el procedimiento administrativo, con pleno respeto de las garantías penales aplicables al ámbito administrativo, los efectos de dichos actos no deberían ser cuestionados en el sentido de restarles legitimidad, independientemente de que se verifique alguna ilegalidad que, por cierto, podrá ser reclamada. Además, es necesario precisar que en las materias en que éstos intervienen la especialización es garantía de una resolución acertada.

Además, parece suficientemente fundamentada tal exigencia en el ámbito de actuación de las Superintendencias, por la pérdida de eficacia de las multas si éstas son reclamadas en largos procesos judiciales, al cabo de los cuales la sanción previamente aplicada aparece con una pérdida de valor actual. Como asimismo, en la protección de los ciudadanos y del bien común, debido a que establecimiento de tal requisito o, más bien, su vigencia, debemos considerarla dentro del ámbito en el cual fue establecido, por cierto, íntimamente vinculado a las funciones que desarrollan los entes sujetos a dicha potestad, es decir, respecto de ciertas actividades que se estiman de la mayor relevancia para el interés general, por ejemplo, aquéllos vinculados al mercado de valores, a la prestación de servicios públicos o a la seguridad social, por citar algunos.

Razones por las cuales la limitación establecida por el legislador al derecho de acceso, por medio de la consignación previa, aparece racional y justificada, tal como fue resuelto por el Tribunal Constitucional en varias de las sentencias anteriormente analizadas en dichas materias. Sin embargo, tal conclusión no corresponde a los casos en que la consignación previa asciende a la totalidad de la multa impuesta, puesto que ésta ya no reviste los caracteres de ésta sino que implica el cumplimiento íntegro de la sanción impuesta. Con ello el derecho a la tutela judicial efectiva aparece como una ilusión sólo para quienes cuentan con los medios económicos para efectuar la satisfacción del crédito.

Finalmente, en cuanto al Principio de Inembargabilidad de los bienes y derechos de la Administración, consideramos que postular su inconstitucionalidad de modo general no resulta acertado, por cuanto, si bien es

cierto que constituye una institución de excepción, debe ser examinada respecto a los bienes y derechos sobre los que recae para estimar su adecuación o no a la norma fundamental, de otra manera se estaría atentando contra el interés público y el bien común.

De esta forma, la Constitución establece, a través de la exclusión del dominio sobre determinados bienes, la inembargabilidad de éstos, tal como ya fue señalado, dejando a la ley la determinación de éstos y la regulación de su régimen jurídico; además de los que la norma constitucional conceptualiza. En cuanto a los bienes de dominio público, es característico de estos bienes que no puedan ser de dominio de los particulares, ya que están afectados a un uso o servicio público, y sujetos a un régimen especial; además de ser inalienables, imprescriptibles e inembargables. La especialidad de este tipo de propiedad se manifiesta en el régimen jurídico que le es aplicable, con el fin de garantizar su afectación, es decir, la decisión pública acerca del uso o destino de un bien a la utilidad pública. En estos supuestos señalados anteriormente, el fundamento de tal inembargabilidad está dado por la naturaleza y el fin de tales bienes, es decir, el resguardo del uso colectivo determina que tengan una garantía mayor que aquellos de titularidad de los particulares. En suma, los bienes de dominio público no son embargables porque por tener caracteres de inalienabilidad y por no ser susceptibles de dominio, no son de propiedad de la Administración ni de ninguno de sus órganos y será, en definitiva, dicha característica propia de su naturaleza, la que determina su inembargabilidad.

Del mismo modo consideramos que, no se encontrarían justificada la exclusión del embargo del dinero de ciertos organismos públicos, es el caso de Gobiernos Regionales y las Municipalidades. El dinero es perfectamente

ejecutable y no perturba ningún servicio público ni esencial para el funcionamiento de la nación, a través de la sentencia se concreta el destino específico a que debe ser asignado, así por ejemplo el artículo 445 del Código de Procedimiento Civil establece que la inembargabilidad de los bienes destinados a un servicio que no pueda paralizarse sin perjuicio del tránsito o de la higiene pública, como los ferrocarriles, empresas de agua potable o desagüe de las ciudades, etc.; luego señala que podrá embargarse la renta líquida que produzcan.

Ahora, en relación a la ejecución de las sentencias, es efectivo que resulta necesaria una actuación de la administración para proceder a la ejecución ordenada, en el supuesto que ésta no se verifique y con el fin de compeler a la autoridad respectiva para que proceda a dictar un nuevo acto administrativo se requiere la iniciación de un nuevo proceso que, a través de la búsqueda de la sanción del funcionario en cuestión, logre el fin de dar cumplimiento a la sentencia firme.

Restringiendo las hipótesis de inejecución a los bienes de uso y servicio público, al que podría incorporarse algún otro supuesto de bienes indispensables para la satisfacción de la función pública, no resulta consecuencia de aquello que tenga que ser inembargable todo bien, valor, fruto, renta o derecho de la Administración Pública.

En virtud del anterior planteamiento, consideramos que, pese a lo señalado por alguna doctrina ya citada, en razón de que podría verificarse una pugna con el principio de legalidad presupuestaria, consideramos que tal circunstancia, no constituye causa suficiente para la inejecución de la sentencia, con el consiguiente efecto de lesión de derechos

constitucionalmente asegurados a las personas. Sin embargo, no es menos cierto que, debería recurrirse al procedimiento de modificación presupuestaria, lo que supone un retardo en el cumplimiento del fallo judicial; por lo cual parece razonable el establecer un ítem para este tipo de gastos en el presupuesto respectivo, existiendo una partida de créditos para gastos de ejecución de sentencias, convirtiéndose las sentencias firmes en “mandamientos de pago” sobre tales cuentas.

Asimismo, reiteramos la solución dada en Italia consistente en que el juez de la ejecución, en caso de falta de consignación presupuestaria, procedería a incluir en el presupuesto correspondiente la partida destinada al pago de la prestación y, eventualmente, emitiría el mandamiento de pago.

En cuanto a la inembargabilidad del dinero, consideramos inaceptable dicha exclusión en consideración a que el cumplimiento de una sentencia firme es obligatorio por sí mismo, por lo tanto, resulta contradictorio el hecho de que, en virtud de ciertas normas “legales”, éste se encuentre facultado para disponerlo por medio de facultades privativas respecto de las cuales el tribunal competente que ordenó dicha ejecución no tenga intervención alguna, lo que evidentemente no ocurre ante el incumplimiento por parte de un particular, caso en el cual, todo el aparato compulsivo estatal sustituye su voluntad.

Por último, fuera de las hipótesis de dominio público, estimamos que sólo resulta justificable la inembargabilidad de ciertos bienes y derechos de la Administración en atención en base al Principio de Continuidad de los servicios públicos, es decir, si se encuentran afectados materialmente a un servicio público, en el entendido que ésta constituya el soporte material de dicha actividad y, por tanto, es un medio material necesario para la realización

efectiva de los intereses generales a los que sirve la Administración. La destinación de dichos bienes y derechos a la prestación o funcionamiento de un servicio público determina su inembargabilidad

La necesidad de obtener una tutela judicial efectiva, está íntimamente vinculada con esta idea de eficacia de la actuación administrativa en la satisfacción de las necesidades que la Constitución ha determinado como esenciales, ya que es característico rasgo de ineficiencia social aquella exención de la Administración de las vías de apremio en el procedimiento de ejecución, lo cual, es evidentemente contrario a la justicia.

Finalmente, estimamos que, si bien es cierta la necesidad de que la ejecución contra la Administración esté resguardada; con el fin de que, por medio de ella, no se lesionen otros valores estimados relevantes en función del interés público, más allá del derecho del acreedor de obtener el completo y oportuno pago de su crédito; de esta forma, dichos límites a la Constitución no pueden tener como fuente la mera voluntad de la Administración condenada, sino en el mandato contenido en una sentencia dictada por los Tribunales Ordinarios de Justicia, en virtud de su facultad exclusiva de juzgar y ejecutar lo juzgado.

De esta forma, considerando la dispersión de normas que establecen la inembargabilidad de ciertos bienes, los particulares, para obtener la tutela de su derecho, a obtener la cumplida ejecución de sentencias contra la Administración, es a través de la interposición de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las normas legales que establezcan dicha prerrogativa.

De esta forma podemos concluir que estos privilegios encontrarían su fundamento en los intereses públicos que la Administración debe satisfacer, es decir su actuación estará en función de lo necesario para cumplir sus fines, los que también delimitan su ámbito de actuación.

BIBLIOGRAFIA

1. ALEGRE, J.M. La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de ejecución de sentencias contencioso-administrativas. 2006. Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo (129): 147-172.
2. ALSINA, H. 1956. Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial. 2ºed. Tomo I. Buenos Aires. Editar. Vol.1.
3. AROSTICA, I. 1991. El trámite de toma de razón de los actos administrativos. Revista de derecho público de la Universidad de Chile (49):131-168.

4. AROSTICA, I. 1991. ¿Qué queda de la presunción de legalidad?. Revista de Derecho y Jurisprudencia (88) N° 1:1-7.
5. AROSTICA, I. 1994. Caracteres del acto administrativo. Curso de Derecho Administrativo, sección 7, mimeo, U. de Chile, p. 35.
6. BALLESTEROS, L. A. 1999. La doctrina del tribunal constitucional sobre el privilegio de inembargabilidad de los bienes y derechos públicos (comentario a la STC 166/1998, de 15 de julio)". Revista de administración pública (148):195 y ss.
7. BREWER, A. 2003. Principios del procedimiento administrativo en América latina. Bogotá, Legis. 344p.
8. CALDERA, H. 1986. Los tribunales ordinarios de justicia y el control de constitucionalidad del acto administrativo. Revista de derecho público de la Universidad de Chile (39-40):191-208.
9. CALDERA, H. 1987. Principios funcionales y técnicos de los órganos públicos que integran la administración del Estado. Revista de derecho público de la Universidad de Chile (41-42):165-172.
10. CALDERA, H. 1990. Fuerza normativa de las disposiciones contenidas en el capítulo I "Bases de la institucionalidad" de la Constitución Política de 1980. Revista de derecho y jurisprudencia 87(1):25-33.
11. CALDERA, H. 1992. Juridicidad, legitimidad y principios generales de derecho. Revista de derecho público de la Universidad de Chile (51-52): 127-144.
12. CALDERA, H. 2001. Tratado de derecho administrativo. Santiago de Chile, Ediciones Parlamento Ltda. Vol. 1 y 2.
13. CASARES, A. Comentario: Inembargabilidad de los bienes y derechos de las Administraciones Públicas, Colex, 2000, 422 págs. Luis Ballesteros Moffa. Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo (107): 465-469.

14. CEA, J. 2006. El nuevo derecho público en la doctrina chilena. Cuadernos del Tribunal Constitucional N°30. Santiago, p. 202.
15. CHAVES, J. R. 1999. Los derechos de los ciudadanos ante las administraciones públicas. Gijón, Trea. 222p.
16. CORDERO, L. 2003. El procedimiento administrativo. Santiago de Chile, Lexis Nexis. 228p.
17. COSCULLUELA, L. 2004. Manual de derecho administrativo. 15° ed. Madrid, Civitas ediciones. Vol. 1 y 2.
18. CUETO, M. Comentario: Inembargabilidad de los bienes y derechos de las Administraciones Públicas, Colex, 2000, 422 págs. Luis Ballesteros Moffa. Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo (108): 621-623.
19. DE LA CUETARA, J. 1986. Las potestades administrativas. Madrid, Tecnos S.A. 255P.
20. DERECHO ADMINISTRATIVO parte especial. 1999. Por José Bermejo "et al". 4°ed. Madrid, Civitas ediciones. 1264p.
21. DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO. 2004. Por Vicente Gimeno "et al". 2° ed. Madrid, Editorial centro de estudios Ramón Areces S.A. 299p.
22. DOMINGUEZ, J. 1991. Problemas actuales en relación con la ejecución de sentencias contencioso-administrativas. Revista de la facultad de derecho de la Universidad Complutense (77): 109-135.
23. ENTRENA, R. 1999. Curso de derecho administrativo. 13ª ed. Madrid, Tecnos S. A. 382p.
24. EVANS, E. 1999. Los derechos constitucionales. 2° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Vol. 1 y 2.

25. FERRADA, J. C. 2005. El sistema de derecho administrativo chileno: Una revisión crítica desde una perspectiva histórica. Revista de derecho Universidad Austral de Chile 217-218(1-2):99-118.
26. FIAMMA, G. "El régimen administrativo tutelado", en Gaceta Jurídica N° 71, 1986, pp. 7-8.
27. GARCIA DE ENTERRIA, E. 1992. Hacia una nueva justicia administrativa. Madrid, Civitas. 238p.
28. GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T. R. 2004. Curso de derecho administrativo. 12°ed. Madrid, Civitas ediciones. Vol. 1 y 2.
29. GARRIDO FALLA, F. 1975. Tratado de derecho administrativo. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. Vol. 1 y 2.
30. GONZALEZ, J. 1989. El derecho a la tutela jurisdiccional. 2°ed. Madrid, Civitas S.A. 284p.
31. HAURIOU, M. 2003. Principios de derecho público y constitucional. Granada, Comares. 590p.
32. JARA, J. Sobre la constitucionalidad del principio de inembargabilidad de los bienes municipales.
33. JELLINEK, G. 1902. La Declaration des droits de l'homme et du citoyen, trad. Nueva España. México. 179p.
34. LASTARRIA, J. V. 1996. Estudios Políticos i Constitucionales, Imprenta, Litografía i encuadernación Barcelona. Santiago. 365p.
35. LEY N° 19.880, sobre procedimiento administrativo. 2003. Por Eduardo Soto Kloss "et al". Santiago de Chile, Universidad Santo Tomás de Aquino, Academia de derecho Santo Tomás de Aquino. 234p.
36. LOPEZ, J. A. 2002. Lecciones de derecho administrativo. 3°ed. Murcia, DM librero editor. Vol. 2.

37. LOPEZ GIL, M. 2004. Avances en la ejecución de sentencias contra la administración. Cizur Menor, Thomson Aranzadi. Navarra, 319p.
38. LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR José Luis Villar Palasi. 1989. Por Jaime Aguilar "et al". Madrid, Civitas S.A. 1412p.
39. LUCAS VERDU, P. 1986. Curso de derecho político. Vol. II. 3º edición revisada. Tecnos. Madrid. Vol. 1.
40. MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. 1998. Por Luciano Parejo "et al". 5ºed. Barcelona, Ariel S.A. Vol. 2.
41. NIKKEN, P. 1987. La protección internacional de los derechos humanos: Su desarrollo progresivo. Instituto Interamericano de derechos humanos. Editorial Civitas. Madrid, p. 321.
42. OELCKERS, O. El principio de autotutela administrativa como privilegio de la Administración Pública. Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, vol. 2º, (1978): 121-136.
43. PANTOJA, R. 1994. El Derecho Administrativo. Clasicismo y Modernidad. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 274p.
44. PANTOJA, R. "El concepto de Derecho Administrativo en el derecho chileno", Revista de Derecho Público N°64, 2002, p .206.
45. PANTOJA, R. 2005. La inexplicable ausencia de una justicia administrativa en el estado de Chile [en línea]<
<https://www.cde.cl/revista.php?id=161> >[consulta: 26 abril 2008].
46. PEDRAZ, E. 1993. Privilegios de las administraciones públicas en el proceso civil. Madrid, Civitas. 248p.
47. PESCIO, V. 1978. Manual de Derecho Civil. 2º ed . Editorial Jurídica de Chile. Vol. 1.
48. PIERRY, P. 2000. Tribunales contencioso-administrativos [en línea]<
<https://www.cde.cl/revista.php?id=135>>[consulta: 26 abril 2008].

49. PLANIOL, M y RIPERT, J. 1945-47. Tratado práctico de Derecho Civil Francés. La Habana, Cuba. Cultural S.A. Vol. 14.
50. QUEROL, V. 1956. La Inembargabilidad: ante la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago de Chile. Universitaria. Universidad de Chile, 101p.
51. Revista de Derecho y Jurisprudencia. T. 91. (1994) 2.6, pp. 5-17.
52. Revista de Derecho y Jurisprudencia. T. 96 (1999) 2.6, pp. 155-159.
53. ROJAS, J. 2004. Notas sobre el procedimiento administrativo establecido en la ley 19.880 [en línea]<
<https://www.cde.cl/revista.php?id=126>>[consulta: 26 abril 2008].
54. RUIZ, A. 1999. La ejecución de condenas pecuniarias y el embargo de dinero y bienes de la Administración tras la nueva Ley de lo contencioso y la sentencia 166/1998, del Tribunal Constitucional. Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo (103): 423-449.
55. SANTAMARIA, J. 2002. Principios de derecho administrativo. 3° ed. Madrid, Centro de estudios Ramón Areces S.A. Vol. 1 y 2.
56. SCHMIDT-ASSMANN, E. 2003. La teoría general del derecho administrativo como sistema. Madrid, Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales S. A. 475 p.
57. SILVA CIMMA, E. 1996. Derecho Administrativo chileno y comparado. Introducción y fuentes, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 235p.
58. SOTO, E. 1996. Derecho administrativo: Bases fundamentales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Vol. 1 y 2.
59. SOTO, E. 1999. Comentario: Recurso de Protección ante resoluciones judiciales. Embargabilidad de bienes municipales y protección de funcionarios públicos. Ius Publicum (2):234-243.

60. SOTO, E. 2001. *Solve et Repete*. Notas sobre un resabio absolutista en el Estado Constitucional de Derecho. *Ius Publicum* (6):79-100.
61. TAVOLARI, R. Breve comentario a Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 287, de fecha 27 de mayo de 1999, en RDJ, T. 96, 1999, 2.6, p. 159.
62. UNIVERSIDAD DE CHILE, FACULTAD DE DERECHO. 2001. La jurisdicción contencioso-administrativa. Decisiones legislativas al año 2001. Santiago de Chile, LOM ediciones Ltda. 229p.
63. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE. 1992. Homenaje al profesor Garrido Falla: Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX. Madrid, España, Complutense. Vol. 1 y 2.
64. VILLAR, H. 2006. La ejecución forzosa de los actos de la Administración en el derecho chileno. Universidad Austral de Chile, Facultad de ciencias jurídicas y sociales.
65. WEIL, P. 1978. *Le droit administratif*. 7° ed. Presses Universitaires de France, París, 126p.

