



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**Facultad de Derecho**  
**Departamento de Derecho Procesal**

**ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO PROCESAL**  
**El caso de la asignación de concesiones en el sector telecomunicaciones**

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

**Autor:**

Nicolás Durán Marambio

**Profesor guía:**

Nicolás Carrasco Delgado

Santiago, Chile

2020



A mi familia, por su perseverancia y amor irrestricto.  
Y a mis amig-s, por enseñarme el valor de la buena compañía.



## **RESUMEN**

El presente proyecto de memoria tiene por objeto abordar la relación entre los conceptos de debido proceso y eficiencia procesal. El examen de ambas nociones es realizado sobre la base de la tradición del análisis económico del derecho, aplicado a dos procedimientos específicos de asignación de concesiones en telecomunicaciones consagrados en nuestra legislación. El estudio de dichos procedimientos permite advertir que cuestiones concernientes al ámbito de la “eficiencia procesal”, como lo son el método de adjudicación de la concesión y el sistema recursivo contemplados por el legislador, tienen directa incidencia en si se puede o no predicar de un determinado procedimiento cumplir con la racionalidad exigida por la garantía del artículo 19 N° 3 inc. 6° de la Constitución y, consecuentemente, con el estándar de debido proceso.

## ÍNDICE

<b><u>INTRODUCCIÓN.....</u></b>	<b><u>4</u></b>
---------------------------------	-----------------

<b><u>CAPÍTULO I: EFICIENCIA, RACIONALIDAD PROCESAL Y DEBIDO PROCESO.....</u></b>	<b><u>9</u></b>
---	-----------------

1. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 19 N° 3. ....	9
2. PROCESO Y PROCEDIMIENTO COMO MEDIOS ORIENTADOS TELEOLÓGICAMENTE A UNA DECISIÓN DEL ÓRGANO ADJUDICADOR. ....	10
3. CRITERIOS DE RACIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO. ....	12
A. LA EFICACIA.....	12
B. LA PROPORCIONALIDAD. ....	13
C. LA EFICIENCIA. ....	15
4. ¿DEBE LA EFICIENCIA SER UNO DE LOS CRITERIOS ORDENADORES DE LA RACIONALIDAD PROCEDIMENTAL EXIGIDA AL LEGISLADOR? .....	18

<b><u>CAPÍTULO II: LA EFICIENCIA PROCESAL Y EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. ....</u></b>	<b><u>20</u></b>
---	------------------

1. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y LOS CRITERIOS DE EFICIENCIA. ....	20
A. EL CRITERIO DE COASE. ....	23
B. EL CRITERIO DE PARETO.....	24
C. EL CRITERIO DE KALDOR-HICKS.....	24
D. EL CRITERIO DE POSNER. ....	25
2. EL ANÁLISIS ECONÓMICO APLICADO AL DERECHO PROCESAL: UNA PROBLEMATIZACIÓN DE LOS COSTOS INVOLUCRADOS EN EL PROCEDIMIENTO. ....	26
3. ¿QUÉ HACE EFICIENTE UN SISTEMA RECURSIVO PARTICULAR?.....	35
4. LOS DISTINTOS MÉTODOS POSIBLES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y/O ASIGNACIÓN DE DERECHOS.....	39
A. OFERTA CONVENCIONAL. ....	40
B. OFERTA FINAL O DEFINITIVA.....	40
C. MECANISMO DE AZAR O SORTEO.....	44

<b><u>CAPÍTULO III: LA REGULACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES EN CHILE. ....</u></b>	<b><u>49</u></b>
--	------------------

1. LA TRADICIÓN DIVERGENTE EN LA REGULACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES EN CHILE. ....	49
2. EL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES Y CARACTERÍSTICAS DE LA LGT. ....	51
3. TIPOS DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES PREVISTOS ACTUALMENTE EN LA LGT: PERSISTENCIA DE LA DIVERGENCIA. ....	54

<b><u>CAPÍTULO IV: LOS PROCEDIMIENTOS DE ASIGNACIÓN DE CONCESIONES EN EL SECTOR TELECOMUNICACIONES. ....</u></b>	<b><u>58</u></b>
--	------------------

1. EL PROCEDIMIENTO DE ASIGNACIÓN DE CONCESIONES DE SERVICIOS DE LIBRE RECEPCIÓN O DE RADIODIFUSIÓN (ART. 13-A DE LA LGT). .....	58
2. EL PROCEDIMIENTO DE ASIGNACIÓN DE CONCESIONES DE SERVICIOS PÚBLICOS O INTERMEDIOS DE TELECOMUNICACIONES (ARTS. 15 Y 16 DE LA LGT). .....	59

**CAPÍTULO V: CRÍTICAS A LOS PROCEDIMIENTOS DE ASIGNACIÓN DE CONCESIONES EN EL SECTOR TELECOMUNICACIONES, POR RAZONES DE DEBIDO PROCESO Y/O EFICIENCIA. .... 61**

1. EN LA REGULACIÓN CHILENA DEL SECTOR TELECOMUNICACIONES EXISTE UN ÚNICO ÓRGANO QUE ACAPARA TANTO (A) LAS COMPETENCIAS TÉCNICAS O PROPIAMENTE REGULATORIAS DE DICHO SECTOR, COMO (B) LAS COMPETENCIAS FISCALIZADORAS Y SANCIONATORIAS DE LOS ACTORES QUE EN ÉL INTERVIENEN. ESE ÓRGANO ES LA SUBTEL, DEPENDIENTE DEL MTYT Y, EN ÚLTIMO TÉRMINO, DEL GOBIERNO DE TURNO. AL SER LA SUBTEL EL ÓRGANO QUE MAYORMENTE PARTICIPA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ASIGNACIÓN DE CONCESIONES, EXISTE UN RIESGO IMPORTANTE DEL FENÓMENO CONOCIDO COMO “CAPTURA DEL REGULADOR”.....	61
2. RESULTA PROBLEMÁTICO EL VALOR DE PRUEBA PERICIAL OTORGADO POR LA LGT A EL O LOS INFORMES QUE EMITE LA SUBTEL DURANTE LOS PROCEDIMIENTOS DE ASIGNACIÓN DE CONCESIONES, CUYO MÉRITO ES VALORADO POR EL MTYT, YA QUE ESTA SITUACIÓN SE ALEJA DE LAS CARACTERÍSTICAS QUE USUALMENTE RODEAN A ESE MEDIO DE PRUEBA: (A) LA SUBTEL NO PARECE SER UN TERCERO MÁS EN EL PROCEDIMIENTO - COMO SÍ LO ES CLARAMENTE UN PERITO-; Y (B) CUALQUIERA SEA LA ESTIMACIÓN ACERCA DEL ÁMBITO DE AGENCIA PROPIA DE LA SUBTEL, ES INEQUÍVOCO QUE DEPENDE DIRECTAMENTE DEL ÓRGANO QUE VALORA SU INFORME.....	65
3. EN EL CASO ESPECÍFICO DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES DE LIBRE RECEPCIÓN O DE RADIODIFUSIÓN, EL ESTABLECIMIENTO DEL SORTEO COMO MÉTODO DE ADJUDICACIÓN DE LA CONCESIÓN SI EXISTEN PROPUESTAS EQUIVALENTES EN TÉRMINOS TÉCNICOS Y DE BUEN SERVICIO PUEDE PRODUCIR CIERTAS EFICIENCIAS RESPECTO A LOS COSTOS TERCIARIOS Y TAMBIÉN RESPECTO DE INCENTIVOS PARA LOS SOLICITANTES.....	71
4. EL SISTEMA RECURSIVO CONTEMPLADO EN LA LGT PARA IMPUGNAR LA DECISIÓN ADOPTADA POR EL MTYT, CONSISTENTE YA SEA EN ASIGNAR LA CONCESIÓN A UNO DE LOS SOLICITANTES, YA SEA EN DECLARAR DESIERTO EL CONCURSO, ES INEFICIENTE: NO SÓLO HACE AUMENTAR LOS COSTOS ADMINISTRATIVOS DEL PROCEDIMIENTO, SINO QUE TAMBIÉN, EVENTUALMENTE, LOS COSTOS DEL ERROR.....	73

**CONCLUSIONES ..... 80**

**BIBLIOGRAFÍA ..... 85**

**JURISPRUDENCIA..... 89**

## INTRODUCCIÓN.

A pesar de que en ocasiones el Derecho Procesal sea definido desde una óptica descriptiva<sup>1</sup>, es bastante claro que dicha idea debe ser complementada con consideraciones valorativas de debido proceso, en el sentido de que cualquier procedimiento debe respetar garantías mínimas en su prosecución, cuya estricta observancia permite legitimar el resultado al que se arribe por parte del juzgador<sup>2</sup>.

Numerosos son los elementos que dan cuenta de que un procedimiento cualquiera satisface condiciones exigidas por el debido proceso. En el caso de un procedimiento contradictorio esas condiciones son oportuno conocimiento de la acción, debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, posibilidad de aportar material probatorio y examinar el rendido por la contraparte, publicidad de los actos ejecutados en el proceso, separación de funciones entre los diversos agentes que participan a lo largo de él y, desde luego, la facultad de impugnar lo resuelto mediante la vía recursiva, lo que implica que la sentencia definitiva sea fundada y motivada, etc.<sup>3</sup>. Estos elementos no son exclusivos de los procedimientos jurisdiccionales, pues también deben encontrarse presente tratándose de procedimientos administrativos, cuando sean aplicables, considerando la calidad de regulación supletoria de la Ley N° 19.880, sobre bases de los procedimientos administrativos<sup>4</sup>.

A su vez, varios son también los elementos que permiten afirmar que un procedimiento, sea jurisdiccional o administrativo, es eficiente, en el sentido que las formalidades, trámites o

---

<sup>1</sup> Entiendo por “descriptiva” el hecho que la definición de derecho procesal carezca de contenido valorativo en torno a los elementos, etapas o trámites que constituyen un proceso. Múltiples definiciones de derecho procesal en ese sentido pueden encontrarse en CASARINO, Mario (2011). *Manual de Derecho Procesal Civil*, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 10. Desde luego, esto no quiere decir que los autores que empleen una definición de ese tipo carezcan de elementos valorativos en sus pensamientos u obras. Sólo se busca poner de manifiesto que tradicionalmente al derecho procesal se le define de esa manera, lo que puede tener alguna incidencia en el modo en que inicialmente nos aproximamos a esta disciplina.

<sup>2</sup> CORTE SUPREMA. Sentencia de fecha 9 de agosto de 2005, Ingreso Rol N° 2.857-2005. Incorporando la noción de debido proceso al definir derecho procesal, véase MATURANA, Cristián (2015). *Derecho Procesal Orgánico, Parte General*. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 76.

<sup>3</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de fecha 7 de septiembre de 2010, Ingreso Rol N° 1.448-2009. En el mismo sentido, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de fecha 4 de julio de 2013, Ingreso Rol N° 2.133-2011.

<sup>4</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de fecha 2 de enero de 2007, Ingreso Rol N° 513-2006. En el mismo sentido, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de fecha 19 de junio de 2007, Ingreso Rol N° 771-2007.

pasos que lo constituyen se encuentran dispuestos de modo tal que se aprovechan en la mayor medida posible los recursos disponibles en pos de una adecuada administración de justicia<sup>5</sup>. Y aun cuando lo general es que la relación entre debido proceso y eficiencia se dé en términos de un *trade off*, ya que las medidas que tornan más eficiente un procedimiento podrían entrar en conflicto con estándares exigidos por el debido proceso<sup>6</sup>, para efectos de este trabajo existen al menos dos elementos que hacen que la eficiencia venga exigida, precisamente, por consideraciones de debido proceso.

En efecto, lo exigido por el debido proceso puede también implicar consideraciones de eficiencia, en cuanto al (a) método de resolución del conflicto y al (b) sistema recursivo o de impugnación de decisiones, al interior de un procedimiento cualquiera. Sin perjuicio de que estos dos tópicos serán abordados más adelante, cabe aquí anticipar que, respecto del primero de ellos, las consideraciones de eficiencia vienen dadas porque cada método de adopción de decisiones definitivas determina los costos de transacción relevantes y genera diversos incentivos a las partes involucradas; y, en el caso del sistema recursivo, por el hecho de que el debido proceso no exige meramente la posibilidad de impugnar una resolución, sino más bien la chance *real* de revertir situaciones de error.

Asentado lo anterior, es posible señalar lo que se pretende exponer en este trabajo: que los procedimientos administrativos y, eventualmente, también contencioso-administrativos, que tienen lugar a partir de la solicitud de concesiones de servicios de telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión, de servicios públicos de telecomunicaciones y de servicios intermedios de telecomunicaciones, exhiben elementos o características susceptibles de críticas por razones de debido proceso y/o eficiencia procesal.

---

<sup>5</sup> Considerando que el debido proceso es un mandato constitucional al legislador, este trabajo adopta un concepto de eficiencia basado en la *optimización* de costos, más que en su *minimización*. No se trata tanto de minimizar los costos relevantes de un procedimiento, al modo sugerido por POSNER, Richard (1992). *El Análisis Económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México, pp. 549-551; sino más bien en producir un óptimo de eficiencia en virtud del cual exista una ponderación entre los costos de mejoramiento del sistema procesal y los beneficios que eso genera. Por ello no es baladí la voz “adecuada” empleada en la oración “en pos de una adecuada administración de justicia”. Véase CARRASCO, Nicolás (2017). *La eficiencia procesal y el debido proceso*. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, N° 32, enero-junio 2017, pp. 448-450.

<sup>6</sup> CARRASCO, Nicolás (2017). Ob. Cit., pp. 451 y ss.

Por la naturaleza científica y compleja de las telecomunicaciones, los dos procedimientos previstos para la asignación de concesiones en ese mercado (uno para el caso de los servicios de libre recepción o de radiodifusión; otro para los servicios públicos e intermedios)<sup>7</sup> son eminentemente técnicos, al menos en lo que respecta a la sede administrativa. Ello es del todo atendible si se tiene presente que esa circunstancia asegura que la decisión que se adopte sea la más idónea. Por lo mismo, este componente técnico es uno de los parámetros a la hora de calificar o valorar como deseable o no la participación de los actores que intervienen en estos procedimientos.

Como se intentará demostrar a lo largo de este trabajo, los mencionados procedimientos contienen elementos susceptibles de críticas o apreciaciones, sobre la base de consideraciones de debido proceso y/o eficiencia, lo que los convierte en procesos bastante atípicos. Dichos elementos, que serán los tratados en este trabajo, son:

- (a) La inexistencia en el sector de las telecomunicaciones de una Superintendencia o similar a cargo de las competencias fiscalizadoras y sancionatorias. Este escenario implica que uno de los órganos que más participa en los procedimientos de asignación de concesiones en materia de telecomunicaciones, la Subsecretaría de Telecomunicaciones (“Subtel”), no ejerce sólo competencias técnicas o regulatorias, sino que, a su vez, ejerce un cargo político directamente dependiente del otro gran agente que participa en los procedimientos en cuestión, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (“MTyT”) y, en último término, del gobierno de turno. Por lo anterior, existe un riesgo de *captura del regulador*<sup>8</sup>, que puede sembrar dudas sobre todo el procedimiento de asignación de concesiones;

---

<sup>7</sup> En lo sucesivo, cada vez que se haga referencia a “procedimiento(s) para la asignación de concesiones” o similares, sin señalar si se refiere a un tipo específico de servicios de telecomunicaciones, o a concesiones previstas en un mercado distinto al de las telecomunicaciones, debe entenderse referido a los procedimientos de asignación de concesiones en materia de telecomunicaciones, tanto para los servicios de libre recepción o de radiodifusión, como para los servicios públicos e intermedios de telecomunicaciones.

<sup>8</sup> Entiendo por “captura del regulador” el fenómeno por el cual un organismo público encargado de regular una determina actividad o sector del mercado tiende a velar, identificarse o al menos simpatizar con los intereses de los entes regulados, por sobre los intereses comunes de la población, en circunstancias que son éstos la razón del establecimiento del regulador en tal calidad. Para una introducción al tema véase BOEHM, Frédéric (2005). *Corrupción y captura en la regulación de los servicios públicos*. Revista de Economía Institucional, Vol. 7, N° 13.

- (b) El valor de prueba pericial del o de los informes que emite la Subtel durante los procedimientos de asignación de concesiones, cuyo mérito es valorado por el MTyT, en circunstancias que esta situación escapa de las características que usualmente rodean dicho medio de prueba: es del todo controvertible sostener que la Subtel es un tercero más en el procedimiento, ya que, cualquiera sea la estimación de su ámbito de agencia, es claro que depende directamente del órgano ante el cual presenta su informe;
  
- (c) En el caso específico de los servicios de telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión, el establecimiento del sorteo como método de asignación de la concesión para el caso que existan propuestas equivalentes en términos técnicos y de buen servicio; y,
  
- (d) El hecho que la decisión definitiva que adopte el MTyT, ente encargado de asignar o no la concesión, sea impugnada ante una Corte de Apelaciones, específicamente la de Santiago. Se planteará que este recurso no es eficiente, pues quien termina resolviendo no es un órgano técnico, experto en el tema de las telecomunicaciones. Debido a ello, no sólo aumentan los *costos administrativos* del procedimiento, sino que también los *costos del error*. A ello hay que agregar que la decisión de la Corte no es susceptible de recurso alguno.

Este trabajo se estructurará, entonces, de la siguiente manera.

El capítulo I examinará si acaso la eficiencia puede ser conceptualizada como una exigencia de racionalidad procesal, con la pretensión de convencer al lector de que la cláusula constitucional del debido proceso legal puede ser entendida en base a una idea de eficiencia. Este capítulo es clave en tanto una respuesta afirmativa permite el desarrollo del presente trabajo en los términos que hasta aquí han sido expuestos.

Resuelto lo anterior, en el capítulo II se realizarán breves consideraciones acerca de la eficiencia procesal, sobre la base de la tradición del análisis económico del derecho. Básicamente, se darán algunas luces de lo que son los costos administrativos y del error asociados a cualquier

procedimiento, los métodos de resolución de conflictos dentro de un procedimiento (a propósito del sorteo), y también las características que permiten aseverar la eficiencia de un sistema recursivo particular, esto es, que la interposición de un recurso, a un costo razonable, logre revertir el error del que adolece eventualmente la resolución que se impugna.

El capítulo III será introductorio a las telecomunicaciones y a su regulación en el Derecho chileno. Se explicará el carácter *divergente* de la regulación nacional y el contenido de cada uno de los diferentes seis tipos de servicios de telecomunicaciones previstos en la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones (“LGT”). Ello permite comprender las razones por las que sólo tres de esos seis servicios encuentran condicionado su desarrollo o explotación a la obtención de una concesión.

Por su parte, el capítulo IV tiene una pretensión meramente descriptiva. Su objetivo es describir detalladamente el procedimiento previsto en la LGT para la asignación de concesiones de servicios de telecomunicaciones de libre recepción o radiodifusión y el previsto para la concesión de servicios públicos o intermedios de telecomunicaciones. Esto permitirá al lector advertir las enormes similitudes entre ambos procedimientos.

El capítulo V concretiza los tópicos presentados a lo largo de este trabajo. En él, se muestra que los procedimientos aquí tratados son susceptibles de diversas críticas u observaciones sobre la base de consideraciones de eficiencia y/o debido proceso, las que se desarrollarán pormenorizadamente. Esas críticas y observaciones son las que se han señalado precedentemente, bajo las letras a), b), c) y d).

El capítulo VI y último cierra esta investigación, por medio de una conclusión que sintetiza los tópicos desarrollados.

Finalmente, cabe en este punto advertir al lector que, atendidas las similitudes entre los procedimientos de asignación de concesiones, se realiza un tratamiento conjunto de las críticas que puede formularse en contra de ambos, haciendo la distinción pertinente cuando una de ellas aplique para sólo uno de los procedimientos y no para el otro.

## CAPÍTULO I: EFICIENCIA, RACIONALIDAD PROCESAL Y DEBIDO PROCESO.

### 1. La garantía constitucional del artículo 19 N° 3.

En su artículo 19 N° 3, la Constitución Política de la República (“CPR”) consagra una serie de garantías para los ciudadanos relativas al ejercicio jurisdiccional. En particular, el inciso 6° de dicha disposición consagra una de las tantas caras del debido proceso, con el que debe cumplir cualquier procedimiento, en los siguientes términos:

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

Es poco controversial que la idea de que un procedimiento (y para el caso del derecho procesal penal, también una investigación) sea justo, remite inmediata y más o menos inequívocamente a nociones de debido proceso<sup>9</sup>. Sin embargo, esto no deja claro a qué se refiere específicamente la CPR cuando mandata al legislador el establecimiento de un procedimiento “racional”, porque la voz “racional”, como adjetivo predicable de un determinado estado de cosas, constituye un estándar cuyo contenido no ha sido fijado por el Constituyente.

La regla del inciso 6° del artículo 19 N° 3 de la CPR establece un mandato dirigido al legislador a la hora de fijar un procedimiento cuyo fin sea la resolución de un asunto de relevancia jurídica, señalando que el estándar que debe satisfacer es el de un justo y *racional* procedimiento. Si se mira con detención, se advierte fácilmente que dicha norma no se trata de una declaración de buenas intenciones, sino que, por el contrario, de un verdadero imperativo para el legislador. Por ello, la *racionalidad* de un procedimiento debe ser dotada de contenido mediante algún criterio o parámetro, haciendo operativo el mandato constitucional y sirviendo, además, como guía a la actividad legislativa.

---

<sup>9</sup> SALDÍAS, David (2018). *La eficiencia como exigencia de racionalidad procesal*, p. 27. En: CARRASCO, Nicolás (Coord.) *Análisis Económico del Derecho Procesal: Nuevas Perspectivas*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

A efectos de simplificar el debate, podría sostenerse que por la amplitud del concepto “debido proceso”<sup>10</sup>, cabe en éste la exigencia de racionalidad del procedimiento, integrándolo. Así, la pregunta que en último término este capítulo intentará responder es: ¿puede la eficiencia ser el contenido del estándar de racionalidad que pesa sobre el legislador en términos imperativos a la hora de fijar un procedimiento jurisdiccional (o administrativo<sup>11</sup>)?

## **2. Proceso y procedimiento como medios orientados teleológicamente a una decisión del órgano adjudicador.**

Como se indicó, la CPR señala que toda decisión que sea fruto del ejercicio de una facultad jurisdiccional debe fundarse previamente en un *proceso* legalmente tramitado; el que, a su vez, debe llevarse a cabo bajo las reglas de un *procedimiento* racional y justo. Es de advertir, entonces, que proceso y procedimiento, aun cuando relacionados, no son voces equivalentes.

El *proceso* suele ser conceptualizado al menos desde dos perspectivas. En primer lugar, el proceso es generalmente concebido como un medio anclado a una finalidad determinada: dar solución pacífica a una controversia de relevancia jurídica, con independencia de las específicas instituciones o reglas bajo las que se desenvuelve<sup>12</sup>. En ese sentido, por ejemplo, se pronuncia el profesor MATURANA, al señalar que:

---

<sup>10</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de 3 de enero de 2008, Ingreso Rol N° 792-2007. En particular, su considerando 7° señala que “La circunstancia de que el inciso quinto [se refiere al sexto] 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 dichas garantías. Por el contrario, y en ello están contestes la doctrina y la jurisprudencia, la norma constitucional, en su significado literal, interpretación finalista y en los antecedentes de su adopción, establece, a través del concepto genérico de justo y racional procedimiento, un conjunto de límites a la libertad del legislador de aprobar reglas procesales, los que el constituyente decidió no enumerar para evitar la rigidez de la taxatividad y resguardar la necesaria diferenciación que exigen diversos tipos de procedimientos. En similar sentido, haciendo énfasis en la amplitud del concepto “debido proceso”, véase TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de 1 de julio de 2008, Rol N° 946-2007.

<sup>11</sup> El Tribunal Constitucional ha indicado en más de una ocasión que los elementos que conforman un debido proceso no deben encontrarse presentes exclusivamente en los procedimientos jurisdiccionales, sino que también en los administrativos, si bien con las particularidades propias de estos últimos. Véase nota N° 4.

<sup>12</sup> COUTURE, Eduardo (2010). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Thomson Reuters Punto Lex, Santiago, p. 108: “La idea del proceso es necesariamente teleológica, como se dice reiteradamente en este libro. Lo que la caracteriza es su fin: la decisión del conflicto mediante un fallo que adquiere autoridad de cosa juzgada...”

*“El proceso es una idea abstracta y teleológica vinculada a las partes y al tribunal y asentada en una dinámica de conocer, juzgar y hacer ejecutar lo resuelto, independientemente de las formas, de las instancias y de los recursos”<sup>13</sup>.*

No obstante, esa no es la única finalidad que se ha intentado predicar del proceso, pues hay quienes promueven la idea de que su objetivo es más bien la búsqueda de la verdad, por medio de una reconstrucción fehaciente de los hechos que constituyen la controversia<sup>14</sup>.

Con todo, lo importante a destacar, a efectos de esta investigación, es que incluso sin zanjar tal disputa es fácilmente advertible el carácter instrumental y teleológico del proceso, atendido su sometimiento a una finalidad determinada de antemano a su establecimiento. Sea la solución pacífica de un conflicto de relevancia jurídica, sea la búsqueda de una verdad procesal, lo cierto es que el proceso por el proceso no existe.

En cambio, el *procedimiento* no es una idea abstracta, en el decir del profesor MATURANA, sino que algo bien concreto: el conjunto de reglas o instituciones que rigen el transcurso del proceso, determinando los trámites, plazos, actividades y/o actitudes que pueden adoptar las partes o el juez de la causa al interior de ella<sup>15</sup>.

Al respecto, el profesor COUTURE indica que:

*“Podemos definir, pues, el proceso judicial, en una primera acepción, como la secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión.*

*Pero esos actos constituyen en sí mismos una unidad. La simple secuencia, como se verá más adelante, no es proceso, sino procedimiento”<sup>16</sup>.*

Bajo el prisma expuesto, podemos ver que el procedimiento es un instrumento del proceso, el que a su vez es un instrumento para obtener una decisión vinculante; lo cual

---

<sup>13</sup> MATURANA, Cristián (2015). Ob. Cit., p. 43.

<sup>14</sup> SALDÍAS, David (2018). Ob. Cit., p. 31.

<sup>15</sup> MATURANA, Cristián (2015). Ob. Cit., p. 43.

<sup>16</sup> COUTURE, Eduardo (2010). Ob. Cit., p. 107.

determina que procedimiento y proceso se influyan mutua y recíprocamente en sus características<sup>17</sup>. Así, si bien los fines del proceso permean y orientan instituciones y reglas concretas que se adoptan al interior de un procedimiento, éste sin duda alguna se incardina, también, a la obtención de una decisión del órgano adjudicador.

### 3. Criterios de racionalidad del procedimiento.

En la sección anterior se explicó que el *procedimiento* tiene una naturaleza instrumental doble: por un lado, es un instrumento del proceso; y, por otro, y tal como éste, se encuentra al servicio de una decisión definitiva o vinculante. En esos términos, corresponde ahora explorar posibles criterios que puedan dotar de contenido la exigencia de racionalidad procedimental que pesa sobre el legislador, tal como establece la CPR.

#### a. La eficacia.

Según la Real Academia Española, “eficacia” es la *capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera*<sup>18</sup>. En ese sentido, una determinada acción es racional, en tanto *eficaz*, si logró el fin pretendido con su realización.

Una postura de ese tipo, sin embargo, resulta mirada con recelo por parte del Derecho, por lo que no sería pacífico estimar que sea el criterio de racionalidad exigido por el Constituyente. El motivo es que el Derecho es un sistema mayormente prescriptivo<sup>19</sup>, en el que los medios utilizados para conseguir un objetivo determinado no son indiferentes, sino que, por el contrario, susceptibles de valoración en términos jurídicos.

Así, no cualquier medio sirve para lograr una sentencia o decisión vinculante de un asunto, sino que solamente aquellos que responden a exigencias de *racionalidad* previstas en el propio ordenamiento jurídico; en nuestro caso, en las normas procesales previstas en la CPR y

---

<sup>17</sup> SALDÍAS, David (2018). Ob. Cit., p. 30.

<sup>18</sup> *Diccionario electrónico de la Real Academia Española de la Lengua* [fecha de visita: 1 de junio de 2019].

<sup>19</sup> Para una aproximación a la discusión en torno al contenido prescriptivo o descriptivo del Derecho, puede verse: SILVA A., Max (2009). *La Evolución de la Ciencia Jurídica en Norberto Bobbio*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 231 y ss.

en los cuerpos legales pertinentes, y que se relacionan con la existencia de un proceso adversarial, en el que exista un oportuno derecho de audiencia para todas las partes, posibilidad de rendir prueba, etc. Ello determina que “*la sola invocación a la eficacia como estándar de racionalidad de la acción, poco o nada dice acerca del contenido del procedimiento que en definitiva se deba adoptar*”<sup>20</sup>.

En consecuencia, este criterio debe ser descartado, pues un procedimiento *racional* no exige únicamente culminar con un pronunciamiento del órgano que lo encabeza (cuestión que, tratándose de los jueces, equivale de todos modos a un imperativo constitucional y legal, como lo es el principio de inexcusabilidad); sino que más bien exige arribar a esa pronunciamiento de un modo que respete los derechos de las partes involucradas.

b. La proporcionalidad.

Relacionado fuertemente con la colisión de principios<sup>21</sup>, el examen de proporcionalidad constituye formalmente un método a través del cual se examina la constitucionalidad de medidas restrictivas de derechos fundamentales<sup>22</sup>. En otras palabras, y para efectos de racionalidad procedimental, el juicio de proporcionalidad importa una ponderación de bienes o fines, promoviendo la adopción del curso de acción que parezca más apropiado para alcanzar un objetivo determinado, mediante la alternativa que signifique el menor costo o sacrificio<sup>23</sup>.

La proporcionalidad como estándar ha sido utilizada sobre todo en contextos propios del derecho constitucional, para juzgar la racionalidad de una decisión legislativa, como lo es, precisamente, el establecimiento de un procedimiento jurisdiccional o administrativo. Y si bien no existe en el derecho chileno una regla que consagre expresamente la proporcionalidad como herramienta válida de ponderación, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ha estimado que se encontraría comprendida dentro del principio de juridicidad, extraído a partir de los artículos 6

---

<sup>20</sup> SALDÍAS, David (2018). Op. Cit., p. 32.

<sup>21</sup> ALEXY, Robert (2008). *La fórmula del peso*. En: CARBONELL, Miguel (Editor). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador. Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/4271.pdf>.

<sup>22</sup> GARCÍA, L. Iván (2011). *La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales*. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI, p. 170 (pie de página N° 9).

<sup>23</sup> SALDÍAS, David (2018). Ob. Cit., p. 35.

y 7 de la CPR<sup>24</sup>. La razón es simple: en virtud de tal principio, en las actuaciones de los órganos públicos, incluidas la del legislador, se encuentra proscrita la arbitrariedad.

El lector podrá ya haber advertido que un presupuesto necesario de operatividad del juicio de proporcionalidad es que exista un derecho fundamental potencialmente afectado y que se determine *ex ante* que la propuesta legal afecta ese derecho fundamental, en el sentido de que al menos influye en su desarrollo o materialización. Siendo ese el escenario, el test de proporcionalidad es progresivo, lo cual quiere decir que consta de niveles escalonados, cuya verificación del que antecede es requisito *sine qua non* para avanzar al siguiente, por una cuestión de consistencia lógica o argumentativa. Tales niveles o eslabones son<sup>25</sup>:

- Examen de idoneidad: cuyo fin es comprobar si existe un objetivo legítimo o deseable en la intervención legislativa y si acaso es apropiada para alcanzar el fin que se propone.
- Examen de necesidad: que busca explorar vías alternativas de obtención del propósito buscado, que sean menos gravosas que la propuesta legislativa que motiva el análisis.
- Examen de proporcionalidad propiamente tal (o *stricto sensu*): pretende determinar si los beneficios que produciría la adopción de la norma legal son mayores a los costos que impone.

Es en el último eslabón o paso lógico donde el principio de proporcionalidad decae a efectos de dotar de contenido la exigencia de racionalidad que pesa sobre el legislador, pues si nos preguntamos si los beneficios del propósito buscado con la modificación legal son mayores a los costos en que se incurre para alcanzarlos, el examen de proporcionalidad *stricto sensu* no otorga ninguna luz o criterio sobre las características de esos costos<sup>26</sup>. En efecto, no se define

---

<sup>24</sup> MARTÍNEZ, José Ignacio y ZUÑIGA, Francisco (2011). *El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Estudios Constitucionales, año 9, N° 1, p. 208 y siguientes.

<sup>25</sup> Para un análisis detallado de la regla de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, véase: GARCÍA, L. Iván (2011). Ob. Cit., p. 174 y siguientes.

<sup>26</sup> SALDÍAS, David (2018). Ob. Cit., p. 38.

allí qué clase de costos son los involucrados en cualquier procedimiento. Si se prescinde de esas variables y su comportamiento bajo ciertas condiciones, ningún análisis puede arribar a una solución proporcional, ya que se hace imposible un contraste en términos valorativos o cualitativos. Por lo demás, esta objeción no puede ser salvaguardada por el principio de proporcionalidad mediante una invocación inocua al principio de economía procesal, de suerte que operase como una directriz aplicable o subyacente al examen de proporcionalidad<sup>27</sup>.

Si la economía procesal consiste, grosso modo, en que el procedimiento tienda a evitar gastos innecesarios, tanto para el Estado como para las partes litigantes<sup>28</sup>, administrando correctamente los recursos disponibles<sup>29</sup>, o bien, si se refiere a una relación proporcional entre la importancia de los bienes jurídicos en juego y la inversión o gasto en el procedimiento llamado a solucionar la controversia o solicitud<sup>30</sup>; lo cierto es que tal concepto sólo da cuenta, parcialmente, de lo que son los *costos administrativos* del procedimiento, pero nada dice acerca del otro gran costo involucrado, el *costo del error*, que es algo que sí se contempla en el criterio de la eficiencia, como se verá.

Así considerada, la economía procesal y, por ende, el juicio de proporcionalidad, dicen bastante poco. Si fuera sólo por disminuir gastos, sin considerar el costo del error (esto es, el costo derivado de una solución equivocada por parte del adjudicador), empeoraría la calidad de la administración de justicia y, llevado al extremo, la misma se denegaría completamente.

c. La eficiencia.

La eficiencia puede ser tanto un criterio descriptivo de una circunstancia determinada y explicativa del comportamiento e incentivos de los agentes racionales que se encuentran en ella; como también, en otros contextos, un criterio de adecuación normativa, promoviendo la

---

<sup>27</sup> *Ibíd.*, pp. 38-39.

<sup>28</sup> Sobre el punto, la jurisprudencia ha señalado que “*la economía procesal exige evitar un trabajo jurisdiccional injustificado.*” CORTE SUPREMA. Sentencia de fecha 18 de marzo de 1997, Ingreso Rol N° 4.740-96. *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, Núm. 1-1997.

<sup>29</sup> NÚÑEZ, Raúl y PÉREZ, Álvaro (2013). *Manual de derecho procesal civil, Parte General*. Legal Publishing, Santiago, p. 29.

<sup>30</sup> COUTURE, Eduardo (2010). *Ob. Cit.*, pp. 169-170.

utilización del Derecho con el objetivo de conseguir fines considerados deseables, precisamente, bajo una óptica de eficiencia<sup>31</sup>.

No es necesario aquí dilucidar a qué concepto de eficiencia se hace referencia. Basta, por el contrario, enunciar un rasgo común de todas las corrientes que han intentado delimitar su alcance: lo eficiente, ante todo, consiste en evitar el dispendio innecesario de recursos para lograr un objetivo que podría lograrse con un menor gasto de los recursos disponibles<sup>32</sup>.

El presente trabajo se sustenta en la idea de que la eficiencia es, precisamente, uno de los criterios apropiados para satisfacer la exigencia de racionalidad que pesa sobre el legislador, ya que, a diferencia de los criterios anteriores, la eficiencia sí considera todos los costos involucrados en un procedimiento, sea jurisdiccional o administrativo. Esos costos son, por una parte, los derivados del error en la decisión del adjudicador y, por otro, el gasto público y privado necesario para obtener esa decisión, sea ésta acertada o no. En consecuencia, la eficiencia des-complejiza enunciados generales y abstractos, como los derechos fundamentales involucrados y su potencial afectación por parte de la autoridad legislativa, llevándolos a concretos parámetros de adecuación de los riesgos y costos que envuelven<sup>33</sup>.

En nuestros días, es innegable lo deseable que es que cualquier decisión legislativa contemple, al menos como un antecedente más, un análisis de costos y beneficios<sup>34</sup>. Tratándose del derecho procesal, esos costos se encuentran definidos, y forman parte de la tradición del análisis económico del derecho procesal, que se alza entonces como “*una herramienta analítica para determinar cuál es el umbral óptimo del procedimiento, minimizando los costos del error judicial y los costos directos que envuelve el procedimiento*”<sup>35</sup>. Es así como el establecimiento de cualquier procedimiento y de las

---

<sup>31</sup> Ambas perspectivas obedecen a la distinción entre Análisis Económico del Derecho Positivo y Análisis Económico del Derecho Normativo, respectivamente. Véase NÚÑEZ, Raúl; CARRASCO, Nicolás; y, CORONADO, Martín (2018). *Compatibilidad entre debido proceso y eficiencia: su aplicación al régimen de apelación en el proceso civil chileno*. En: Revista de Derecho Vol. XXXI, N° 2, pp. 212-213.

<sup>32</sup> COOTER, Robert y ACCIARRI, Hugo (2012). *Introducción. La Economía, El Derecho y sus consecuencias*. En: COOTER, Robert y ACCIARRI (Directores). *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Thomson Reuters, Santiago, p. 2 (nota N° 1).

<sup>33</sup> SALDÍAS, David (2018). Ob. Cit., p. 41.

<sup>34</sup> SUNSTEIN, Cass (2014). *(más) Simple, El futuro del gobierno*. Marcial Pons, Buenos Aires, p. 166-170.

<sup>35</sup> SALDÍAS, David (2018). Ob. Cit., p. 41.

reglas e instituciones que lo componen, debe considerar, de un lado, los costos administrativos o terciarios necesarios para llevarlo a cabo y, por otro, el costo social que genera el error judicial<sup>36</sup>.

Sin perjuicio de que sobre esa temática versará profusamente el capítulo II, cabe ya decir algo de ambos tipos de costos. En lo que respecta a los costos administrativos, éstos pueden ser públicos o privados. Son públicos cuando representan los costos en que incurre el Estado para ofrecer el servicio de administración de justicia; serán privados, en cambio, cuando son costos soportados por las partes litigantes. Así, dentro de los costos administrativos se cuentan los gastos necesarios para soportar económicamente el correcto desarrollo del procedimiento, incluido el transcurso del tiempo (o costo de oportunidad). Son ejemplo de esta clase de costos, en consecuencia, los honorarios de los abogados, el costo de generar material probatorio, las costas procesales, la especialización de quien decide el asunto, etc.

Por su parte, el estudio del costo del error guarda relación con la probabilidad de que el órgano adjudicador arribe a una decisión errónea, adoptando una alternativa equivocada<sup>37</sup>, ya sea por deficiencias en la aplicación del derecho, por una mala determinación de los hechos relevantes del caso, o por una controversia mal planteada. De acuerdo con ello, y como se verá, el costo del error se asocia indiscutiblemente al estándar de prueba que gobierna la decisión (el que actúa como un verdadero distribuidor *ex ante* del riesgo del error) y también al régimen recursivo puesto a disposición de las partes (siendo éste el principal medio que les permite revertir el error que han debido soportar).

En principio, el corolario de lo que se ha dicho sería la idea de que un concreto procedimiento es preferible a otro si tiende a minimizar la suma total de los costos

---

<sup>36</sup> Sin perjuicio de ello, hay quienes, como Santos Pastor, consideran también la inclusión del costo necesario para arribar a acuerdos por las partes litigantes. Véase PASTOR, Santos (1993). *¡Ab de la Justicia! Política judicial y economía*. Civitas, Madrid, p. 40. Para un examen de los incentivos de las partes litigantes en torno al costo de llegar a acuerdos y su posición negociadora, véase MERY, Rafael (2012b). *Análisis Económico del Derecho Procesal. Economía de la Litigación*. En: COOTER, Robert y ACCIARRI (Directores). *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Thomson Reuters, Santiago.

<sup>37</sup> El error del órgano adjudicador puede ser, básicamente, de dos tipos. El adjudicador puede incurrir en un error “falso positivo” (también conocido como error de tipo I), cuando rechaza o niega la validez de un supuesto inicial, siendo éste realmente válido o verdadero. En consecuencia, en el error de tipo I, se tiene por acreditada una situación o un relato que no es tal. En cambio, el adjudicador incurre en un error “falso negativo” (o error de tipo II), al no rechazar una hipótesis, siendo esta en verdad falsa o nula. Por ende, en el error de tipo II, no se tiene por acreditada una situación o relato que sí es tal.

administrativos y del error, disminuyendo de esa forma los costos sociales totales<sup>38</sup>. No obstante, esta investigación tiene la convicción de que, tal como se indicó en su introducción, la relación existente entre ambas clases de costos determina que debe optarse por un tratamiento de *optimización* de los mismos, más que por uno de minimización. De ello se intentará convencer al lector en el siguiente capítulo<sup>39</sup>.

Sólo resta entonces indicar que el razonamiento expuesto soporta la objeción consistente en que no existe un solo tipo o concepto de eficiencia, toda vez que para aceptar lo propuesto es suficiente estar de acuerdo en que no es racional, en los términos exigidos a la tarea legislativa, imponer un procedimiento con mayor exposición al error y mayores costos administrativos<sup>40</sup>.

#### **4. ¿Debe la eficiencia ser uno de los criterios ordenadores de la racionalidad procedimental exigida al legislador?**

Que la eficiencia pueda operar como un criterio de racionalidad procedimental, no implica que ella deba ser el o uno de los parámetros de racionalidad exigidos por el Constituyente. Hasta aquí, lo que fundamentalmente se ha expresado es que, en la actualidad, no es racional establecer procedimientos *ineficientes*, que desconozcan o menosprecien el valor de los costos involucrados en un procedimiento, o lo que es lo mismo, procedimientos a los cuales sea indiferente ser más costosos o propensos al error.

El razonamiento de fondo para aseverar tal idea es que la exigencia de racionalidad procedimental se vería insatisfecha si se prescinde de los riesgos y costos que la propuesta legislativa envuelve. Entre los elementos a considerar para preferir una determinada solución procesal por sobre otra, deben encontrarse los costos administrativos y del error, sin que por ello -esto es crucial- se excluyan criterios normativos o pertenecientes al núcleo central del Derecho (y no de la economía), como lo son conceptos tales como la justicia o la equidad<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Así en POSNER, Richard (1992). Ob. Cit., pp. 549-551; y en COOTER, Robert y ULEN, Thomas (1998). *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica, México, pp. 476-477.

<sup>39</sup> Un buen ejemplo del tratamiento de optimización de ambos costos del procedimiento, nos lo otorga el derecho procesal penal: se aumentan fuertemente los costos administrativos (sobre todo para el Ministerio público, encargado de presentar prueba incriminatoria), a pretexto de reducir considerablemente el costo del error, particularmente, la posibilidad de condena de un inocente (es decir, se evita el error de tipo 1).

<sup>40</sup> SALDÍAS, David (2018). Ob. Cit., p. 45.

<sup>41</sup> SALDÍAS, David (2018). Ob. Cit., p. 48.

Buscar un mejor estado de cosas en términos de eficiencia no se opone necesariamente a la idea de justicia<sup>42</sup>, ya que “eficiente” no quiere decir “más barato”, sino que *optimización* de los costos involucrados. Prescindir de la eficiencia o del análisis económico del derecho procesal, por ende, podría conllevar a procedimientos extremadamente caros, o demasiado expuestos a la equivocación del adjudicador. Ergo, la eficiencia no sólo no se opone a las categorías propias del Derecho, como la justicia, sino que tiende, más bien, a su materialización concreta, como un componente adicional abocado a esa tarea.

Esta perspectiva, incluso, permite afirmar que el debido proceso exige estructurar un proceso eficiente, tanto en la articulación misma del procedimiento, como en el estándar probatorio de la decisión. En lo relativo al tiempo u oportunidad, es claro que la justicia que tarda es justicia que no llega al ciudadano. Por lo mismo, siempre que sea razonable y se respeten las etapas procesales pertinentes, los procedimientos deben limitar su extensión temporal en la mayor medida posible. Tiempo y oportunidad de una decisión jurisdiccional se relacionan, desde luego, con los costos administrativos: éstos son mayores a medida que más duradero es el procedimiento.

En lo que respecta a los costos del error, la ciudadanía espera de la administración de justicia un porcentaje de error razonable. Si se cometieran errores en cada resolución judicial o acto administrativo decisorio, no sólo colapsaría el sistema recursivo (o reclamatorio, para el caso contencioso-administrativo), sino que la confianza de los ciudadanos en la labor de esos órganos, toda vez que el error condiciona las expectativas de la sociedad en los órganos del Estado llamados a tomar decisiones.

---

<sup>42</sup> Para un breve resumen de esta y otras objeciones o críticas que suelen plantearse frente a la metodología del Análisis Económico de Derecho, y la respuesta frente a ellas, véase COOTER, Robert y ACCIARRI (Directores). Ob. Cit., pp. X-XI.

## CAPÍTULO II: LA EFICIENCIA PROCESAL Y EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.

### 1. El análisis económico del derecho y los criterios de eficiencia.

El análisis económico del derecho pretende ser una herramienta analítica susceptible de influir o tornarse operativa sobre múltiples ramas del derecho, en base a la eficiencia. Se trata, alternativamente, de un análisis descriptivo de las consecuencias que conlleva la existencia de una determinada institución jurídica (por ejemplo, si acaso una norma recientemente promulgada motiva conductas deseables), o bien, de un análisis normativo, en atención a la comparación entre supuestos o estados sociales diversos (por ejemplo, si un juez con su decisión puede producir un estado social más eficiente que el existente antes de dicha decisión)<sup>43</sup>. Ambas alternativas responden a los dos objetivos centrales del análisis económico del derecho. Esos objetivos se manifiestan en la distinción entre análisis económico del derecho **positivo** y análisis económico del derecho **normativo**, respectivamente.

El análisis económico del derecho positivo se relaciona con la pregunta acerca de qué modo el comportamiento humano se ve afectado o influido con la vigencia de una norma jurídica particular<sup>44</sup>. O sea, en esta vertiente, el análisis económico del derecho presupone que en su comportamiento el ser humano intenta maximizar su beneficio, por lo que considera las normas jurídicas vigentes como un precio implícito en la toma de sus decisiones<sup>45</sup> o, cuando menos, como un (des)incentivo a actuar de una u otra forma<sup>46</sup>. Así, podríamos concebir el objetivo del análisis económico del derecho positivo como la descripción de “...una determinada institución

---

<sup>43</sup> Para una interiorización a la metodología y fines del análisis económico del derecho, véase COOTER, Robert y ACCIARRI, Hugo (2012). Ob. Cit.

<sup>44</sup> NÚÑEZ, Raúl; CARRASCO, Nicolás y CORONADO, Martín (2018). Ob. Cit., p. 212.

<sup>45</sup> COOTER, Robert y ULEN, Thomas (1998). Ob. Cit., p. 14.

<sup>46</sup> Un ejemplo claro y recurrente en este punto proviene del análisis económico aplicado al derecho penal. Bajo un prisma de maximizador racional, quien comete una conducta que la ley sanciona como delito lo hace en la estimación de que el beneficio esperado de su actividad es superior a los costos incurridos. Parte de esos costos se encuentran constituidos por la pena asociada al delito respectivo, la que actúa entonces como un incentivo o desincentivo para cometer la conducta sancionada legalmente, según su magnitud. Muy relacionado a ello se encuentra el efecto disuasivo de la sanción penal. Para una introducción al análisis económico del derecho penal, véase MERY, Rafael (2012a). *Análisis Económico del Derecho Penal*. En: COOTER, Robert y ACCIARRI (Directores). *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Thomson Reuters, Santiago, pp. 263 y siguientes.

*jurídica, a partir de consideraciones económicas, señalando qué consecuencias o efectos se seguirán de la regulación que delimite la institución en cuestión*<sup>47</sup>.

En cambio, en su faz normativa, el análisis económico del derecho busca responder por qué resulta preferible un conjunto normativo que promueva o considere la eficiencia en su configuración, a otro que no lo haga<sup>48</sup>. En esta perspectiva, lo que busca el análisis económico del derecho es propender a cambios normativos bajo un criterio ordenador consistente en una eficiente asignación de los recursos, o sea “*determinar cómo el ordenamiento jurídico puede ser utilizado para obtener o determinar fines, tales como la prevención de conductas indeseadas o ineficientes, desde una óptica económica*”<sup>49</sup>.

No obstante, tanto el análisis económico del derecho positivo como el normativo, tienen un objetivo común: la eficiencia. En lo que al derecho respecta, la eficiencia puede ser conseguida en dos grandes contextos de decisión social: en aquel que compete al terreno de generación normativa, de cargo preferentemente del legislador, y en aquel que compete a la labor de adjudicación, desarrollada fundamentalmente por los jueces. En base a lo anterior, podemos configurar el análisis económico del derecho situado en esos dos contextos de decisión social del siguiente modo:

El **análisis económico del derecho positivo en relación con la legislación** bien puede ser identificado desde una mirada de *lege lata* o, lo que es lo mismo, desde una mirada descriptiva de las consecuencias que se prevé generará una determinada norma o institución jurídica de fuente legal o similar.

El **análisis económico del derecho positivo en relación con la labor de adjudicación** se traduce en el examen de las consecuencias sociales y de bienestar de la

---

<sup>47</sup> CARRASCO, Nicolás y ARAYA, Sebastián (2018). *Los criterios de eficiencia como factores de decisión judicial, objeciones a las críticas al análisis económico del derecho normativo en su faz de aplicación judicial*. En: CARRASCO, Nicolás (Coord.). *Análisis Económico del Derecho Procesal: Nuevas Perspectivas*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 57.

<sup>48</sup> NÚÑEZ, Raúl; CARRASCO, Nicolás y, CORONADO, Martín (2018). Ob. Cit., p. 212.

<sup>49</sup> CARRASCO, Nicolás y ARAYA, Sebastián (2018). Ob. Cit., p. 57.

comunidad que generan determinadas decisiones judiciales, sea que el orden jurídico reconozca o no a la eficiencia como criterio aceptado o subyacente a la regulación legal<sup>50</sup>.

El **análisis económico del derecho normativo en relación con la legislación** se refiere a la búsqueda de modificaciones de ley, con el objetivo de que eventuales reformas legales se basen en formulaciones de eficiencia, es decir, se refiere a una cuestión de *lege ferenda*.

El **análisis económico del derecho normativo en relación con la labor de adjudicación** tiene por fin estudiar la posibilidad de que los jueces y, consecuentemente, también las partes de un conflicto, esgriman y aduzcan argumentos de eficiencia para fundamentar y determinar las soluciones a las que arriban, y las posiciones que formulan en juicio, respectivamente. Bajo esta perspectiva, la eficiencia se alza como uno de los parámetros de la corrección a derecho de la decisión judicial<sup>51</sup>.

Llegado el punto de analizar la asignación de concesiones en telecomunicaciones, que constituye el caso objeto de la presente investigación, la herramienta del análisis económico del derecho será utilizada, sobre todo, en referencia a la labor del legislador, toda vez que las críticas al respecto versarán más acerca de la configuración institucional del método para asignar concesiones y resolver las controversias que puedan suscitarse, que sobre las posibilidades del adjudicador respectivo para generar resultados eficientes por medio de su decisión.

Con todo, si hay algo que trasciende a ambas perspectivas del análisis económico del derecho es que este adquiere contenido (esto es, se concretiza) mediante la referencia a determinados criterios de eficiencia. Dichos criterios corresponden al parámetro de minimización de costos de Coase, a los criterios paretianos de eficiencia (óptimo y superior de

---

<sup>50</sup> Al respecto, suele indicarse que en la tradición jurídica continental o de *civil law*, la eficiencia no formaría comúnmente una herramienta de argumentación aceptada, de suerte que su invocación para fundamentar una determinada decisión no sería posible. Sin embargo, dicha apreciación debe ser matizada, en el sentido de que, al menos en el derecho chileno, sí existen ciertos sub-conjuntos normativos que expresa o implícitamente reconocen a la eficiencia como factor de decisión. Ello ocurre, por ejemplo, en materia eléctrica, sanitaria, de telecomunicaciones, de concesiones de infraestructura y, paradigmáticamente, también en el derecho concursal.

<sup>51</sup> Para un estudio detallado de esta temática, véase CARRASCO, Nicolás y ARAYA, Sebastián (2018). Ob. Cit., pp. 55-99.

Pareto), al criterio Kaldor-Hicks y a la maximización del bienestar de Posner. Para los objetivos de esta investigación, los postulados de los mismos serán reseñados someramente<sup>52</sup>:

a. El criterio de Coase.

En su obra “*El problema del costo social*”, Ronald Coase expresó que cualquier decisión sobre asignación de derechos constituye, en realidad, un problema dual: generalmente, el beneficio de un agente A, representa un perjuicio para el agente B, y viceversa. Frente a ello, el debate de fondo para Coase es si, a fin de evitar un mal mayor, debe permitirse que A ocasione tal perjuicio a B, o viceversa. Esa apreciación dio origen al famoso *Teorema de Coase*, el que puede enunciarse como sigue: en la medida que los costos de transacción sean bajos o inexistentes y que los derechos de propiedad establecidos en los fallos judiciales no permitan una solución económica eficiente, se producirá una reasignación de los derechos de propiedad hacia quienes están dispuestos a dar más por ellos<sup>53</sup>.

En esencia, Coase propone que en un mundo sin costos de transacción, o siendo estos casi nulos, los derechos de propiedad serán transferidos a quienes los valoren más<sup>54</sup>. Pueden, entonces, distinguirse dos escenarios: (a) si los costos de transacción son bajos o nulos, se puede lograr una asignación eficiente de derechos con independencia de una norma o de una decisión judicial atributiva de derechos; pero (b) si existen costos de transacción, será preferible la norma o la decisión que los reduzca en la mayor medida posible.

Por consiguiente, el objetivo del planteamiento de Coase es que, al valorar los escenarios alternativos de una decisión, en términos de beneficios y perjuicios respecto de ambas partes, se tienda a la reducción de los costos involucrados y, consecuentemente, al aumento de la suma de beneficios netos<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> Para una introducción detallada de las distintas corrientes que han intentado explicar la eficiencia en el ámbito del derecho, así como de las críticas que se han formulado en su contra, véase CARRASCO, Nicolás (2018b). *Breve introducción a los criterios de eficiencia*. En: CARRASCO, Nicolás (Coord.). *Análisis Económico del Derecho Procesal: Nuevas Perspectivas*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 13-25.

<sup>53</sup> COASE, Ronald (1992). *El problema del Costo social*. Revista de Estudios Públicos N° 45. Disponible en [https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303184107/rev45\\_coase.pdf](https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303184107/rev45_coase.pdf).

<sup>54</sup> BEYER, Harald (1992). *Ronald H. Coase y su contribución a la teoría de la economía y del derecho*. Revista de Estudios Públicos N° 45. Disponible en: [https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303183637/rev45\\_beyer.pdf](https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303183637/rev45_beyer.pdf).

<sup>55</sup> CARRASCO, Nicolás (2018b). Ob. Cit., p. 17.

b. El criterio de Pareto.

La teoría de Pareto se enfoca en la generación de decisiones sociales por medio de la unanimidad de los agentes con capacidad de elección, con la pretensión de dejar al margen los juicios de valor al decidir entre diversas alternativas sociales<sup>56</sup>. Siendo ese el punto, Pareto definió dos conceptos de eficiencia, conocidos como *Superior de Pareto* y *Óptimo de Pareto*.

Una decisión social es *superior* en el sentido de Pareto cuando todos los miembros que componen una comunidad prefieren la situación X a la situación Y, o bien, cuando siendo a grandes rasgos indiferentes ante las dos opciones, son capaces de preferir siquiera minimamente la opción X en desmedro de Y. En cambio, una decisión es *óptima* en el sentido de Pareto cuando solamente se consigue un mejor estado social para alguien si se transita desde una situación social a otra, siempre que, en ese tránsito, no existan personas perjudicadas<sup>57</sup>.

c. El criterio de Kaldor-Hicks.

Nicholas Kaldor ideó una regla de decisión social que buscaba escoger eficientemente entre dos situaciones sociales, en base a un criterio que supusiera una mejoría respecto de Pareto, dada las dificultades de escenarios de unanimidad en la vida real<sup>58</sup>. Por ello, formuló un enunciado que reza de la siguiente manera: un estado de cosas X es eficiente en términos de Kaldor respecto de un estado de cosas Y, si después del tránsito social de Y a X, quienes se vieron beneficiados con ese tránsito -los ganadores- son capaces de compensar a quienes se vieron perjudicados -los perdedores-, siempre que, mediando esa compensación, los ganadores puedan seguir siendo ganadores<sup>59</sup>. Con todo, para predicar la eficiencia de una situación según Kaldor no se requiere que la compensación de los perdedores por parte de los ganadores tenga efectivamente lugar; basta con que ella sea posible y meramente potencial y que, ocurriendo, los ganadores sigan siéndolo.

---

<sup>56</sup> PARETO, Vilfredo. (1954). *Manual de Economía Política*. Trad. Guillermo Cabanellas. Editorial Atalaya, Buenos Aires, p. 527.

<sup>57</sup> CARRASCO, Nicolás (2018b). Ob. Cit., p. 14.

<sup>58</sup> KALDOR, Nicholas (1939). *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*. The Economic Journal, vol. 49, N° 195, pp. 549-552.

<sup>59</sup> CARRASCO, Nicolás (2018b). Ob. Cit., pp. 19-20.

Además, forman parte de este criterio las ideas de John Hicks<sup>60</sup>, quien advierte de la posibilidad de que los perdedores sobornen o paguen a los ganadores, con el propósito de no permitir el tránsito social de Y a X<sup>61</sup>.

d. El criterio de Posner.

En la segunda edición de su libro “*Economic Analysis of Law*”, Posner desarrolla un concepto de eficiencia basado en lo que él denomina “maximización del bienestar”, que se encuentra estructurado en función de la disposición de los individuos a pagar por aquellos derechos existentes en el mercado. Según su planteamiento, la riqueza se encontraría constituida por el valor de todo lo que existe en una sociedad, expresado en alguna unidad de valor, y se mide por lo que las personas se encuentran dispuestas a pagar por ello o cuánto solicitarían para desprenderse de lo que poseen<sup>62</sup>. En consecuencia, según Posner, la riqueza se maximiza cuando los bienes o derechos existentes van a parar en manos de quienes más los valoran, o sea, hay un resultado eficiente si la asignación de un bien o derecho recae en quien está dispuesto a pagar más por él<sup>63</sup>, o a desprenderse de más cosas para obtenerlos (por ejemplo, mediante una permuta).

Considerando el caso objeto de estudio del presente trabajo, lo cierto es que no será necesario referirse con nombres propios a algún criterio de eficiencia particular. Tal y como se señaló en el capítulo I, basta para los efectos de esta investigación considerar que lo eficiente estriba, esencialmente, en evitar el dispendio innecesario de recursos, existiendo opciones que permiten lograr los objetivos deseados con un empleo menor de los recursos disponibles.

---

<sup>60</sup> HICKS, John (1939). *The Foundations of Welfare Economics*. The Economic Journal, vol. 49, N° 196, pp. 696-712.

<sup>61</sup> CARRASCO, Nicolás (2018a). *Acercas de la procedencia del criterio Kaldor-Hicks en el proceso civil*. En: CARRASCO, Nicolás (Coord.). *Análisis Económico del Derecho Procesal: Nuevas Perspectivas*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 104 y p. 115.

<sup>62</sup> CARRASCO, Nicolás (2018b). Ob. Cit., p. 21.

<sup>63</sup> Esa es, por ejemplo, la lógica de la subasta inglesa o ascendente.

## 2. El análisis económico aplicado al derecho procesal: una problematización de los costos involucrados en el procedimiento.

Sin perjuicio de otras temáticas susceptibles de ser examinadas bajo el prisma del análisis económico del derecho procesal -cuyo estudio se reserva para las secciones 3 y 4 del presente capítulo-, lo cierto es que el mismo estriba, fundamentalmente, en el tratamiento y problematización de la relación que existe entre los diversos costos implicados en un procedimiento cualquiera, en base a la eficiencia como criterio o parámetro ordenador. Desde ese punto de vista, es claro que un procedimiento, sea jurisdiccional o administrativo, exhibe dos grandes costos principales, ya anticipados en el capítulo I: costos administrativos (o terciarios) y costos del error<sup>64-65</sup>.

Los primeros representan el gasto implicado en la realización de un procedimiento que cumpla con los estándares y características previstos al efecto por el legislador, incluido el costo de oportunidad y el transcurso del tiempo. Se trata de un gasto que por regla general es soportado en parte por el Estado y en parte por los particulares que litigan o participan en un caso concreto<sup>66</sup>. Por consiguiente, los costos administrativos se traducen en el precio del funcionamiento del procedimiento, sea jurisdiccional o administrativo, siendo necesarios para su correcto desarrollo. Así, mientras mayores sean las exigencias establecidas por el legislador para considerar válido el desenvolvimiento de un procedimiento, mayores serán los costos administrativos o terciarios destinados a soportar económicamente esas exigencias. Por lo mismo, son costos administrativos los asociados a la presentación de una demanda o de una reclamación, los costos de obtención de información relevante, los honorarios de los abogados

---

<sup>64</sup> CARRASCO, Nicolás y PALMA, Nicolás (2018). *Eficiencia y debido proceso: la necesidad de justicia pública en paneles de expertos*, p. 189. En: CARRASCO, Nicolás (Coord.) *Análisis Económico del Derecho Procesal: Nuevas Perspectivas*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

<sup>65</sup> Hay quienes, como Santos Pastor, consideran también un costo adicional: el necesario para arribar a acuerdos por las partes litigantes. Véase: PASTOR, Santos (1993). *Ob. Cit.*, p. 40. Para un examen de los incentivos de las partes litigantes en torno al costo de llegar a acuerdos y su posición negociadora, véase MERY, Rafael (2012b). *Análisis Económico del Derecho Procesal. Economía de la Litigación*. *Ob. Cit.*

<sup>66</sup> Tratándose de un procedimiento jurisdiccional, ese es el escenario siempre que la provisión de justicia sea de carácter público (y a ninguno de los litigantes les asista privilegio de pobreza). Por el contrario, cuando la provisión de justicia o el mecanismo asignativo es de carácter privado, los costos son completa y totalmente de cargo de las partes, sin existir costo alguno con cargo al erario público. El ejemplo paradigmático a este respecto es lo que sucede en Chile con la resolución de conflictos vía arbitraje. En ese caso no existe costo alguno para el Estado, siendo de cargo de las partes no sólo los honorarios de sus abogados, sino que también el del juez árbitro respectivo, además de los costos necesarios para la marcha de la litis. No obstante, por referirse el caso de estudio de esta investigación a un procedimiento administrativo y contencioso-administrativo, el costo administrativo o terciario será siempre de cargo del Estado y de los particulares intervinientes.

de las partes, el costo de producir y rendir material probatorio y, en general, cualquier gasto necesario para la debida marcha del procedimiento respectivo.

Por su lado, el costo del error se materializa en las consecuencias sociales y económicamente nocivas derivadas del hecho que el órgano adjudicador adopte una decisión o alternativa equivocada, o sea, a los “*costos originados cuando el sistema fracasa*”<sup>67</sup>, por la razón que sea. En este contexto, el error derivado de una decisión equivocada puede ser de dos clases. Es un error de “tipo I” o “falso positivo” (error por sobre-inclusión) cuando, en mérito de la alternativa errónea, se rechaza o se niega la validez de un supuesto inicial, siendo éste realmente verdadero o válido. Por su parte, nos encontramos frente a un error de “tipo II” o “falso negativo” (error por sub-inclusión) cuando no se rechaza una hipótesis que, por ser realmente falsa o nula, debía ser rechazada. En términos más simples, podemos decir que, si tiene lugar un error de tipo I, el adjudicador tiene por acreditada una situación o un relato de una de las partes que **no** es tal. En cambio, si se verifica un error de tipo II, no se tiene por acreditada una situación o un relato de una de las partes, que **sí** es tal<sup>68</sup>. Un ejemplo ayudará a ilustrar este punto.

Supongamos que, en el marco de un proceso civil sobre responsabilidad contractual, X ha demandado a Y por incumplimiento culpable del contrato que los vinculaba, habiendo Y realmente cumplido todas sus obligaciones contractuales con X. Si el juez de letras decide finalmente condenar de todos modos a Y, habrá incurrido en un error de tipo I: habrá acogido un relato que debía ser rechazado, o lo que es lo mismo, habría incluido una circunstancia falsa en un conjunto universal de proposiciones verdaderas. Si en el mismo ejemplo suponemos ahora que Y realmente incumplió sus obligaciones contractuales para con X, el juez habrá incurrido en un error de tipo II si es que rechaza la demanda de X: habrá rechazado el relato contenido en la demanda, debiendo haberlo acogido, o lo que es lo mismo, habrá negado el ingreso de una circunstancia verdadera a un conjunto universal de proposiciones verdaderas.

Sin embargo, el ejemplo anterior es ciertamente apriorístico, en el sentido de que no entra a discutir cuál de las partes acreditó más consistentemente o de mejor forma su caso ante el juez.

---

<sup>67</sup> PASTOR, Santos (1993). Ob. Cit., p. 46.

<sup>68</sup> JIMÉNEZ, Claudio y FOUILLIOUX, Pascale (2018). *Consideraciones para un concepto de error procesal (Una mirada desde el Análisis Económico del Derecho)*. En: CARRASCO, Nicolás (Coord.) *Análisis Económico del Derecho Procesal: Nuevas Perspectivas*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 147-150.

Es evidente que, en todo y cualquier caso, la decisión a la que arribe en definitiva el órgano adjudicador y, con ello, el error que pueda cometer, se encuentra condicionado por el material probatorio presentado y rendido por cada una de las partes; y, en último término, por el estándar de prueba que administra el umbral cuya superación habilita al juez a decantarse por el relato de una u otra de las partes. De lo anterior aflora una constatación fundamental: el costo del error puede ser visto desde la perspectiva de cuál de los intervinientes soporta su ocurrencia, toda vez que existe una regla procesal que sirve para determinar quien soporta el costo del error. Esa regla procesal es, precisamente, el estándar probatorio.

Tratándose de los procedimientos jurisdiccionales, en nuestro medio conocemos al menos dos estándares probatorios típicos, el civil y el penal. El estándar de prueba civil es *prueba preponderante*, a partir de cuya aplicación resulta vencedora simplemente la parte que acredite de mejor forma su caso presentado al juez. Si ambas partes rinden prueba, ganará aquella que pruebe de modo más consistente su teoría del caso. Si nos fijamos, entonces, el estándar de prueba civil distribuye igualitariamente la existencia del error de tipo I y del error de tipo II, pues ambas clases de error tienen idénticas probabilidades de acaecer. Ex ante, el estándar de prueba preponderante no privilegia ningún tipo de error.

Algo totalmente distinto sucede en materia penal. Allí, por la aplicación del estándar probatorio de *convicción más allá de toda duda razonable*, se privilegia marcadamente la existencia de errores de falso negativo -absolución de un culpable-, disminuyéndose al máximo posible los errores de falso positivo -condena de un inocente-. Ello explica que para lograr una sentencia condenatoria el Ministerio Público debe presentar contundente prueba incriminatoria. De lo contrario, y ante la duda, el juez debe privilegiar la dictación de una sentencia que absuelva al acusado.

Por lo expuesto, no es difícil advertir que existen mecanismos capaces de ser empleados para reducir los costos administrativos y los costos del error. Para su disminución, los costos administrativos precisan de una regulación normativa idónea, de suerte que el procedimiento pueda ser llevado a cabo sin interferencias, manteniendo un objeto claro y desincentivando la

litigación periférica<sup>69</sup>. Por tanto, los costos administrativos pueden ser disminuidos mediante la supresión de trámites procesales ineficientes o a través de una mejor configuración de los mismos, a efectos de evitar ineficiencias, siempre que ello no represente un atentado contra las exigencias de debido proceso. Así, podrían ser liberados recursos susceptibles de ser utilizados en otros ítems, en beneficio tanto del Estado como de las partes.

En el caso de los costos del error, variados son los mecanismos que permiten reducir las probabilidades de que el adjudicador adopte una decisión incorrecta. Uno de esos mecanismos es, evidentemente, el régimen de recursos o reclamaciones puesto a disposición de las partes para que éstas intenten revertir la decisión impugnada<sup>70</sup>, generalmente, ante tribunales o instancias de superior jerarquía y, por ello, presumiblemente, dotadas de mayor rigurosidad y corrección. Otro gran mecanismo de reducción del costo del error es la inversión en especialización de los adjudicadores que deciden un asunto: mientras más especialista sea quien decide en la materia objeto de la decisión, mayores chances hay de que decida de manera correcta, precisamente, por su *expertise* en lo sometido a su conocimiento. Por lo demás, el principal beneficio de disminuir el costo del error consiste en la promoción de la confianza ciudadana en las instituciones encargadas de decidir conflictos y de asignar derechos<sup>71</sup>.

Habiendo explicado precedentemente las características de cada tipo de costo involucrado en un procedimiento, corresponde ahora estudiar la relación existente entre ambos. En una idea que representa la conclusión intuitiva de lo que hasta aquí se ha expresado, tradicionalmente se ha estimado que la meta u objetivo de un sistema procesal, en tanto sometido al escrutinio del análisis económico del derecho, es minimizar la suma de los costos administrativos y los costos del error, atendido los beneficios derivados de la disminución de

---

<sup>69</sup> Constituye “litigación periférica” toda discusión, objeción e impugnación que, suscitándose a partir del objeto principal del pleito entre las partes, exhibe un alcance no relevante respecto al objeto de la discusión. Véase: POSNER, Richard (1992). Ob. Cit., p. 629.

<sup>70</sup> JIMÉNEZ, Claudio y FOUILLIOUX, Pascale (2018). Ob. Cit., p. 151.

<sup>71</sup> Una reducción de los costos del error debería implicar también la reducción de determinados costos administrativos. Por ejemplo, un mayor número de decisiones libres de errores debería desincentivar la impugnación de la decisión de la que se trate. Sin embargo, el derecho a recurrir, en tanto parte del conjunto de garantías de un debido proceso, siempre se encontrará a disposición de las partes para ser utilizado. Por lo mismo, es dable señalar que los objetivos del derecho procesal, mediatizados por el análisis económico del derecho, no tienen por qué coincidir con los objetivos de las partes, las que siempre pueden utilizar de modo estratégico las vías procesales disponibles, entre ellas, la vía recursiva.

cada uno de ellos<sup>72</sup>, de suerte que, frente a dos estados sociales, sería preferible aquel que minimice al máximo los costos sociales que impone el desenvolvimiento del procedimiento (siempre que se respetan formalidades y garantías mínimas), así como aquel que disminuya en la mayor medida posible las chances de error del adjudicador.

Sin embargo, en contra de dicho objetivo de minimización de costos asoma una objeción difícil de soslayar: los costos que se pretenden minimizar operan inversamente, esto es, que la minimización de uno redundaría en el aumento del otro<sup>73</sup>. En efecto, disminuir los errores en que se puede incurrir en el marco de un procedimiento estriba en buena medida en incrementar los mecanismos de corrección de la decisión respectiva, lo que no es otra cosa que un aumento de los costos administrativos<sup>74</sup>. Un aumento en los costos terciarios del sistema procesal orientados a evitar que los adjudicadores se equivoquen, como lo serían una mayor especialización o un sistema recursivo más eficiente, provocarían indubitablemente una disminución de los errores en que se podría incurrir<sup>75</sup>.

Frente a cada aumento de los costos administrativos teleológicamente orientados a la corrección de errores (mejores mecanismos probatorios, mayor especialización del tribunal o del funcionario a cargo, plazos más útiles, etc.) se producirá una disminución de los costos sociales que emanan de una decisión incorrecta. Se trata, en síntesis, de que la función existente entre los costos administrativos y del error de cualquier procedimiento es de carácter decreciente, o sea,

---

<sup>72</sup> Así en POSNER, Richard (1992). Ob. Cit., pp. 549-551; y en COOTER, Robert y ULEN, Thomas (1998). Ob. Cit., pp. 476-477. En palabras de estos últimos: “(...) Una medida simple de los costos sociales del proceso legal provee una guía útil para analizar las reglas y las prácticas procesales. Para desarrollar una medida simple, pensemos en las reglas procesales como instrumentos para la aplicación del derecho sustantivo. La utilización de los instrumentos cuesta algo que (...) llamaremos ‘costos administrativos’. Además, la utilización de estos instrumentos provoca a veces algunos errores en la aplicación del derecho sustantivo (...) Los errores distorsionan los incentivos e imponen diversos costos a la sociedad. Nuestra medida más simple de los costos sociales, denotados por  $CS$ , combina los costos administrativos denotados por  $Ca$ , y los costos de los errores denotados por  $C(e)$ . Suponemos que el objetivo económico del derecho procesal es minimizar la suma de los costos administrativos y los costos de los errores”. Del mismo modo, SHAVELL, Steven (2004). *Foundations of Economic Analysis of Law*. Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, p. 458: “The state’s objective is assumed to be minimization of total social costs: the sum of the social costs of adjudication -the costs of trial together with the expected costs of appeal, if there is an appeals process- plus the social harm from erroneous decisions”.

<sup>73</sup> CARRASCO, Nicolás (2017). Ob. Cit., p. 446.

<sup>74</sup> *Ibíd.*

<sup>75</sup> Desde luego, la relación inversamente proporcional mencionada sólo existe en la medida que el aumento en los costos administrativos tenga por fin una mayor corrección de las decisiones que se adopten al interior del sistema, pues nada obsta a que una mayor inversión en el sistema procesal persiga fines diversos, distintos a la corrección de las decisiones adoptadas en su seno. En este último caso, evidentemente, no existe la relación inversamente proporcional mencionada.

de que cada esfuerzo adicional en mecanismos de corrección del error exige un gasto mayor que reduce el porcentaje de error de los órganos decisores<sup>76</sup>.

Esa es la razón por la que, tal como se expuso en la introducción, esta investigación adopta como una de sus premisas fundamentales que la relación existente entre ambos costos relevantes de un procedimiento no es una función de minimización, sino que de *optimización* de tales costos: a ojos del análisis económico del derecho procesal, no se trata de eliminar completamente ni a cualquier precio los costos del error, sino que de velar porque su relación con una mayor inversión en métodos de corrección en el sistema tenga lugar bajo un tratamiento de óptimo, en términos tales que reducir los errores en que puede incurrir el adjudicador sea, en todo caso, eficiente<sup>77</sup>.

Siguiendo a CARRASCO<sup>78</sup>, podemos ejemplificar la pertinencia y necesidad del tratamiento de óptimo de los costos implicados en cualquier procedimiento con el problema económico asociado a las externalidades negativas, toda vez que el costo social de una decisión errónea en el marco de un procedimiento bien puede ser visto como una de esas externalidades. En efecto, si bien todos deseamos que las decisiones de los órganos encargados de resolver conflictos y de asignar derechos no presenten errores, ese deseo no sólo es sumamente difícil, sino que sobre todo -en lo que aquí importa- económicamente inviable. La relación inversamente proporcional entre los costos administrativos y los costos del error es lo que explica la mencionada inviabilidad, tal y como se muestra en el siguiente gráfico<sup>79</sup>, cuyo eje vertical muestra la cantidad de dinero que se invierte en mecanismos encaminados a reducir los errores, y cuyo eje horizontal muestra la reducción del error en la decisión respectiva por parte del adjudicador:

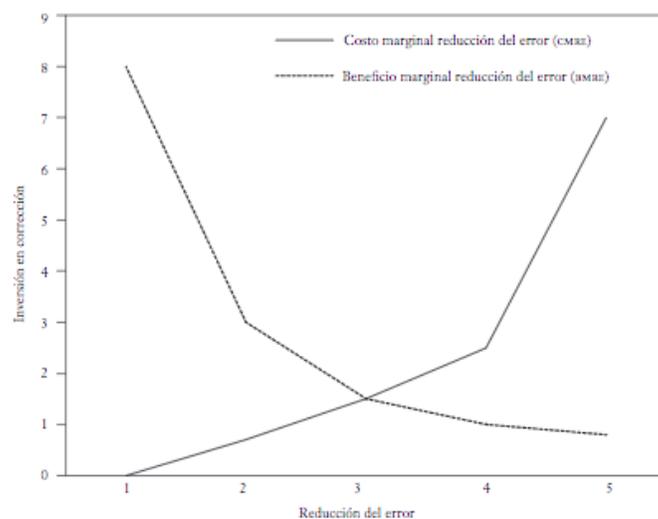
---

<sup>76</sup> CARRASCO, Nicolás (2017). Ob. Cit., p. 447. Conclusión también compartida en PASTOR, Santos (1993). Ob. Cit., p. 50.

<sup>77</sup> CARRASCO, Nicolás (2017). Ob. Cit., p. 448.

<sup>78</sup> *Ibíd.*, pp. 448 y siguientes.

<sup>79</sup> Obtenido de *Ibíd.*



Si prolongamos imaginariamente el alcance del gráfico, en algún momento se alcanzará el punto de 100% de reducción del error, que es aquel que, manifestado en el eje horizontal, representa el punto en que no existen más errores, es decir, donde se alcanzan decisiones 100% correctas: mientras más nos acerquemos a él, menos errores existirán. Teniendo eso presente, cabe indicar que la curva continua representa los gastos marginales asociados a una menor cantidad de errores en las decisiones, o sea, los costos administrativos que solventan mecanismos de reducción del error; por su parte, la curva punteada da cuenta del beneficio o utilidad marginal que implica cada disminución adicional de la posibilidad de error de la decisión.

Del comportamiento de ambas curvas, es posible afirmar dos conclusiones fundamentales. Una es que las primeras inversiones en mecanismos de corrección de la decisión producen beneficios relevantes, en tanto reducen considerablemente la posibilidad de error (véase la curva punteada). Pero también que, no obstante lo anterior, luego de alcanzado el punto donde se igualan con los costos marginales de reducción del error (o sea, con cada unidad adicional de inversión en costos administrativos orientados a mecanismos de corrección del error), los beneficios marginales derivados de esa reducción del error comienzan un proceso de freno o menor crecimiento, lo que queda demostrado gráficamente con que la curva punteada, de a poco, comienza a aplanarse<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup> *Ibíd.*

Lo anterior nos dice que el punto óptimo y eficiente de reducción del error es aquel donde se igualan la curva del costo marginal de reducción del error y la curva de beneficio marginal de reducción del error, esto es, la curva continua y la curva punteada, respectivamente (“punto óptimo”). Gráficamente, ese punto se alcanza en el eje horizontal bastante más a la izquierda que el punto imaginario de 100% de reducción del error, lo que nos indica que, para cualquier sistema procesal no es una solución óptima invertir una cantidad de dinero que permita arribar a un estado social en que los adjudicadores no cometan errores en lo absoluto, siendo eficiente, desde esta perspectiva, que el sistema conviva con una existencia razonable de errores<sup>81</sup>.

La razón es que cualquier gasto adicional en mecanismos de corrección más allá del punto óptimo no genera un aumento proporcional en el beneficio marginal consecuente, de manera que el gasto necesario para reducir en un 100% las posibilidades de error no se encuentra justificado, resultando excesivo en atención al beneficio general que implica<sup>82</sup>. Eso es lo que, dicho sea de paso, explica que, enfrentados a una problematización de los costos involucrados en cualquier procedimiento, únicamente habrá una solución eficiente allí donde dichos costos sean ponderados en pos de alcanzar un óptimo; no cuando los mismos intenten ser comprendidos bajo una lógica de minimización.

Por lo demás, tal lógica de minimización tampoco sirve de guía para que el legislador, enfrentado a dos estados sociales que posean idéntico mínimo de costos procesales, se incline por una u otra regla de debido proceso<sup>83</sup>. Hay que tener en cuenta que la inversión en el sistema procesal puede ser tanto en mecanismos de corrección del error como en garantías procesales distintas de esos mecanismos, y ello siempre en la circunstancia de que el legislador, al disponer cierto nivel de inversión en un ítem cualquiera del sistema procesal, lo hace bajo determinadas restricciones presupuestarias. Por lo tanto, el legislador puede combinar u optimizar su inversión en corrección del error y en otras garantías procesales distintas según le plazca, siempre que sea *en o bajo* la línea que representa la restricción presupuestaria a la que se encuentra sujeto<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> *Ibíd.*, pp. 449-450.

<sup>82</sup> *Ibíd.*, p. 450.

<sup>83</sup> *Ibíd.*

<sup>84</sup> *Ibíd.*, p. 451-452.

Esta situación permite vislumbrar dos problemáticas. La primera es que nada impide que el punto de óptimo identificado anteriormente se ubique por sobre la restricción presupuestaria que afecta al legislador, en términos que dicho óptimo supere los recursos con los que se cuenta para cumplir con las exigencias procesales. El segundo problema consiste en que el debido proceso exige reducir el número y las posibilidades de error que el sistema procesal está dispuesto a soportar a un nivel razonable (un sistema procesal que exhiba un inmenso número de errores en relación al número de decisiones correctas sería insostenible), en circunstancias que es posible que la inversión requerida para minimizar la posibilidad del error en la medida exigida por el debido proceso también se ubique por sobre la línea que representa la restricción presupuestaria del legislador. Como se puede apreciar, ambas situaciones exhiben la insuficiente capacidad del legislador para satisfacer las exigencias de óptimo procesal y de debido proceso, respectivamente<sup>85</sup>.

Frente al problema de restricción presupuestaria respecto del punto de óptimo de eficiencia, cabe señalar que no existe exigencia normativa de ningún tipo que obligue al legislador a invertir en mecanismos de corrección en una cantidad que supere su presupuesto. Si el punto de óptimo identificado previamente se encuentra *por encima* del presupuesto del que disponga el legislador, éste deberá simplemente ponderar los bienes en cuestión (inversión en mecanismos de corrección y reducción del error) de forma que se genere un nuevo punto que, esta vez, se ubique en o bajo la línea que representa su restricción presupuestaria<sup>86</sup>.

En cambio, por estribar en consideraciones distintas, el problema de la restricción presupuestaria en atención a las posibilidades y cantidad de errores que el sistema procesal está dispuesto a soportar (que no es otra cosa que la inversión requerida en mecanismos de corrección en virtud de la garantía constitucional del debido proceso) tiene un tratamiento o solución completamente diversa. En este caso, la exigencia de reducir hasta cierto punto los errores en que puede incurrir el sistema procesal impone la necesidad de invertir al menos una cantidad de recursos que permita alcanzar dicho punto de reducción del error. Así, cualquier restricción presupuestaria que no permita alcanzar el punto de reducción del error que satisface mínimamente la garantía de debido proceso, será irrelevante y necesariamente deberá ser

---

<sup>85</sup> *Ibíd.*, p. 452.

<sup>86</sup> *Ibíd.*

superada, por cuanto cualquier regla que concretice un nivel de corrección del error menor al exigido por la garantía del debido proceso no sorteará con éxito (o no debería sortear) los controles de constitucionalidad.

A consecuencia de ello, se puede aseverar que la garantía del debido proceso impone resguardos procesales obligatorios, en los que no influye el punto óptimo previamente identificado ni las consideraciones económicas que tiendan al ahorro de recursos<sup>87</sup>, por lo que, en una situación como la planteada, el legislador no tendrá disponible otra opción que no sea adecuar su presupuesto y aumentar los recursos disponibles, al menos al nivel que haga posible financiar la reducción del error exigida por la garantía del debido proceso<sup>88</sup>.

### 3. ¿Qué hace eficiente un sistema recursivo particular?

La sección anterior, en que se revisó el tratamiento del error en los procedimientos en que se adjudican derechos o se zanján discusiones, permite dilucidar cuáles son, grosso modo, las características que debe exhibir uno de los principales mecanismos de reducción del error para ser considerado eficiente: los recursos procesales (en sentido amplio, incluyendo las reclamaciones contencioso-administrativas). Por la amplitud de la temática asociada a los recursos procesales y por la variedad de condiciones que pueden hacer que un recurso sea eficiente desde uno u otro punto de vista, resulta aconsejable fijar de inmediato el alcance de lo que será tratado en esta sección. Ello hará no perder de vista el contenido de un sistema recursivo que es relevante a ojos de esta presentación.

Es conveniente partir señalando que tradicionalmente se ha concebido que los recursos procesales constituyen una especie dentro de un género más amplio llamado simplemente “impugnación”. Mientras *impugnar* representa la acción y efecto de atacar o refutar cualquier acto o declaración vertida al interior de un procedimiento, con el propósito de obtener su modificación, revocación o invalidación<sup>89</sup>, los recursos se enfocan en modificar, revocar o

---

<sup>87</sup> Para un análisis más exhaustivo de este punto, véase NOGUEIRA A., Humberto (2007). *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano*. Librotecnia, Santiago, pp. 42-56.

<sup>88</sup> CARRASCO, Nicolás (2017). Ob. Cit., p. 452.

<sup>89</sup> MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián (2012). *Los recursos procesales*. 2ª edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 23.

invalidar una clase particular de actos procesales, como lo son las resoluciones no ejecutoriadas, dentro del plazo que al efecto establece la ley<sup>90</sup>. Idéntico propósito tienen las reclamaciones contencioso-administrativas: a través de ellas se pretende que un tribunal, generalmente una Corte de Apelaciones, revise la legalidad de la decisión adoptada por un órgano administrativo, procediendo, de ser el caso, a modificarla, revocarla o invalidarla.

A efectos de esta investigación, no tiene sentido centrarnos en la teoría general de un sistema recursivo o en cuáles son los elementos que deben estar presentes para hablar propiamente de la existencia de un recurso. Sí lo tiene, en cambio, observar que el fundamento objetivo de los recursos procesales (y bien puede predicarse lo mismo de las reclamaciones contencioso-administrativas) consiste en los errores que puede cometer el órgano adjudicador al resolver el asunto sometido a su conocimiento<sup>91</sup>. Más allá del fundamento individual de la vía recursiva, que no es otra cosa que el “agravio” sufrido por el recurrente (lo que permite conductas oportunistas y estratégicas)<sup>92</sup>, lo cierto es que todo recurso o reclamación tiene como finalidad objetiva subsanar los errores de los que eventualmente adolece la resolución o acto administrativo impugnado<sup>93</sup>.

De lo anterior se sigue que los recursos se encuentran íntimamente relacionados no sólo con los costos administrativos (pues establecer un recurso particular aumenta los costos terciarios del sistema procesal) sino que también, y en mayor medida, con los costos del error. La posibilidad de equivocación se encuentra incorporada en nuestro derecho, precisamente, por las normas que consagran el sistema recursivo o reclamatorio<sup>94</sup>, ya que, a fin de cuentas, el régimen recursivo o reclamatorio vela por el control de la racionalidad de las decisiones judiciales

---

<sup>90</sup> *Ibíd.*, p. 27.

<sup>91</sup> *Ibíd.*, p. 36.

<sup>92</sup> “Agravio” no es sinónimo de “error procesal”. El agravio sufrido por el recurrente no es más que la diferencia entre lo que ha pedido y lo que le ha sido otorgado. Por lo mismo, y paradigmáticamente tratándose de un recurso amplio como lo es la apelación, nada impide a la parte vencida acudir a la vía recursiva aun cuando lo impugnado no adolezca de error alguno, motivado por razones de litigación puramente estratégicas. Similar al caso de la apelación es el de las reclamaciones contencioso-administrativas, puesto que en ellas se revisa usualmente la “legalidad” (en sentido amplio) de la decisión administrativa adoptada, salvo que la ley establezca causales más estrictas destinadas a limitar la procedencia de reclamaciones infundadas.

<sup>93</sup> MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián (2012). *Ob. Cit.*, pp. 36-37. En idéntico sentido, JIMÉNEZ, Claudio y FOUILLIOUX, Pascale (2018). *Ob. Cit.*, p. 151: “Hay que tener en consideración que, en Chile, la regla general es la de la doble instancia, en razón de esto, el sistema recursivo, según la doctrina clásica nacional, ha sido creado por el Legislador como medio de corregir los errores, vicios, agravios o faltas en que incurran los jueces ya que, como todas las personas, no son infalibles y como personas que son los jueces, ellos también pueden equivocarse.”

<sup>94</sup> JIMÉNEZ, Claudio y FOUILLIOUX, Pascale (2018). *Ob. Cit.*, p. 154.

o de los actos administrativos decisorios y por la verificación de que, en su dictación, han sido observadas las reglas procesales y de fondo pertinentes<sup>95</sup>.

En general, la decisión de los distintos ordenamientos jurídicos de contemplar un sistema recursivo o reclamatorio se basa en la idea de que la corrección del error del que eventualmente adolece la decisión impugnada supera en beneficios a los costos administrativos derivados del establecimiento de dicho sistema recursivo o reclamatorio más el daño esperado por no revertir el error en cuestión<sup>96</sup>. Esto plantea, por una parte, la interrogante de cuándo un recurso presenta las condiciones necesarias para subsanar el error y, por otra, de cuándo es eficiente que tal subsanación tenga lugar. Sólo la respuesta a esas interrogantes permite aseverar que la configuración de un recurso o reclamación particular es eficiente; y ambas pueden ser respondidas satisfactoriamente a partir del análisis económico del derecho procesal y sus objetivos, atendiendo a tres criterios o parámetros<sup>97</sup>:

- Para que un recurso o una reclamación sean eficientes es necesario que la entidad del daño provocado por el error justifique la utilización del sistema recursivo o reclamatorio, es decir, que el daño social del costo del error exceda el costo social derivado de la puesta en marcha del régimen recursivo o reclamatorio que se encuentra a disposición del litigante afectado por el error. Esto no equivale a otra cosa que señalar que el aumento de los costos administrativos que implica un recurso o una reclamación en particular debe ser compensado por las ganancias que conlleva la corrección del error. En materia procesal, esta idea subyace a la exigencia de que, por ejemplo, el apelante justifique un agravio para recurrir, o de que quien recurre

---

<sup>95</sup> SALDÍAS, David (2018). Ob. Cit., p. 52.

<sup>96</sup> SHAVELL, Steven (2004). Ob. Cit., p. 460: “[T]he appeals process will be socially desirable to establish if and only if the social harm from certain error exceeds the social cost of an appeal plus the expected harm from failure to reverse error...”. Por su parte, NÚÑEZ, Raúl; CARRASCO, Nicolás y CORONADO, Martín (2018). Ob. Cit., p. 220, plantean una idea análoga tratándose del recurso de apelación y del concepto procesal de instancia. Sin embargo, nada impide que lo mismo sea, con los matices del caso, aplicable a otra clase de recursos. Así, por ejemplo, desde luego lo es en el caso del recurso de reposición, donde el error puede ser revertido a un costo administrativo menor, si se tiene presente que, salvo que existan nuevos antecedentes, el juez no debe incurrir en mayores costos de transacción para informarse y tomar una nueva decisión. Lo mismo vale para el caso del recurso de casación en el fondo, donde los costos de transacción o de conocimiento del juez se ven limitados estrictamente al derecho aplicado por el tribunal *a quo*; y los beneficios derivados de su empleo consisten no sólo en la corrección del error en el caso concreto, sino que también en la uniformación del derecho.

<sup>97</sup> SHAVELL, Steven (2004). Ob. Cit., p. 460: “In general, therefore, the appeals process is more likely to be socially desirable (a) the lower the cost of the appeals process, (b) the greater chance of reversing error, and (c) the greater the social harm from error”.

de casación en el fondo demuestre la influencia sustancial de la errónea aplicación de la ley en lo dispositivo del fallo;

- Para que un recurso o una reclamación sean eficientes es necesario atender a su costo (precio) de interposición. Si existen recursos o reclamaciones excesivamente caros, muchos errores quedarán sin ser revertidos, pues sólo una menor cantidad de litigantes estarán en condiciones de financiar su presentación y tramitación. Cuestiones tales como la especialización requerida para litigar en cierta sede, la oferta de servicios de asesoría jurídica, los honorarios de los abogados, o la necesidad de contar con apoyo de otras disciplinas -por ejemplo, mediante informes periciales- para lograr un resultado favorable, influyen en esta temática, pues representan una verdadera barrera de entrada para litigantes económicamente más débiles; y,
- Para que un recurso o una reclamación sean eficientes es necesario que existan altas probabilidades de revertir el error del que adolece la decisión que se impugna<sup>98</sup>. Esa probabilidad será mayor a medida que el tribunal que conoce del recurso o reclamación se encuentre en una mejor posición de advertir el error presente en la decisión impugnada. Para ello, es menester, entre otros elementos, que el tribunal *ad quem* cuente con una especialización igual o superior a la del tribunal u órgano administrativo que ha emitido la resolución o acto administrativo erróneo (al menos en lo que se refiere a la materia sobre la que versa la decisión)<sup>99</sup> y que no tenga que incurrir en costos excesivos para reunir la información suficiente para advertir el error y enmendarlo. De lo contrario, se corre el riesgo de que el recurso o reclamación, a la vez que aumenta los costos administrativos del sistema, no disminuye aquellos que derivan del error.

---

<sup>98</sup> Acerca de un sistema de apelación (recurso amplio), se ha dicho que él “...sólo tenderá a la reducción de los costos sociales de su implementación si se cumplen los requisitos que exige Cooter y Ulen al efecto, a saber (a) Si es más probable que el tribunal de apelación revoque un error cometido por el tribunal inferior...”. Véase CARRASCO, Nicolás y PALMA, Nicolás (2018). Ob. Cit., p. 191, nota n° 45.

<sup>99</sup> No desconozco aquí que lo usual es que los órganos administrativos tengan una competencia técnica-sectorial que excede con creces aquella que es esperable de los tribunales, por lo que su competencia se limita generalmente a un control de legalidad. Por lo mismo, esta idea no niega tampoco la incidencia del principio de deferencia en el control jurisdiccional de la administración del Estado. Antes bien, lo que se pretende señalar es que sí, en virtud de una reclamación particular, los tribunales deben pronunciarse sobre el mérito de una decisión administrativa, dicha reclamación no sería generalmente eficiente. Sobre este punto volveré al analizar el caso de estudio de esta investigación.

Los tres criterios mencionados ponen su foco en las condiciones que hacen eficiente y probable enmendar el error de una decisión judicial o administrativa, en los casos que él efectivamente existe. Una consideración adicional, no obstante, se requiere para afirmar la eficiencia de un sistema recursivo en su plenitud, desde el punto de vista del análisis económico del derecho procesal. Para que un sistema recursivo o reclamatorio tienda a la reducción de costos sociales, tan importante como los tres criterios revisados precedentemente, lo es que el sistema procesal establezca mecanismos para que los litigantes recurran o reclamen contra decisiones erróneas en mayor medida que contra decisiones acertadas<sup>100</sup>.

En nuestro país, esta situación ha sido asociada al establecimiento de causales de inadmisibilidad para que el sistema procesal soporte una menor cantidad de recursos (dejando “fuera” aquellos que carecen de mérito), limitando el riesgo de colapso del sistema<sup>101</sup>, en el entendido que, desde una mirada de análisis económico del derecho procesal, evidentemente es importante contar con herramientas que restrinjan las chances de que recursos o reclamaciones inadecuadas ingresen al sistema procesal y sean conocidos, puesto que, de ese modo, aumentan los costos administrativos sin que disminuyan los derivados del error.

#### **4. Los distintos métodos posibles de resolución de conflictos y/o asignación de derechos.**

Un conflicto puede ser resuelto, o un derecho puede ser asignado, bajo diversos métodos. La concreta configuración que de éste haga el legislador, así como de las reglas cuya observancia sea obligatoria para el adjudicador, determinan en buena medida los incentivos que las partes y/o solicitantes tienen al interior del procedimiento respectivo, sea jurisdiccional (incluyendo el procedimiento arbitral) o administrativo. En general, tres son los métodos de resolución de conflictos y/o asignación de derechos reconocidos en el contexto chileno: oferta convencional, oferta final (o definitiva) y el mecanismo de azar o sorteo. A continuación, se revisará sucintamente cada uno de ellos, con especial énfasis en el mecanismo de azar o sorteo,

---

<sup>100</sup> Lo cual no va en contra de que la sola conjugación de los tres parámetros antes indicados puede producir *incentivos* para que los litigantes no interpongan recursos o reclamaciones carentes de mérito. Si, por ejemplo, un tribunal es propenso a reconocer los errores de las decisiones impugnadas y a corregirlos, un litigante adverso al riesgo probablemente preferirá ahorrarse los costos que implica la interposición del recurso o de la reclamación, máxime si existe la posibilidad de que se le condene a las costas del recurso. Véase SHAVELL, Steven (2004). Ob. Cit., pp. 457-459.

<sup>101</sup> NÚÑEZ, Raúl; CARRASCO, Nicolás y CORONADO, Martín (2018). Ob. Cit., p. 223-226.

atendida sus peculiaridades y consagración legal explícita en el caso de estudio objeto de esta investigación.

a. Oferta convencional.

Corresponde a aquel en virtud del cual el juez puede resolver el caso presentado a su conocimiento de la forma que estime ajustada a derecho, o al parámetro o factor que gobierne su decisión, como lo puede ser también la equidad en algunos casos. Bajo este mecanismo, el juez no se encuentra obligado a aceptar la “oferta”<sup>102</sup> o pretensión de ninguna de las partes en conflicto, pudiendo adoptar soluciones intermedias que no las satisfagan completamente.

Así sucede en la inmensa mayoría de los procedimientos jurisdiccionales contradictorios, incluidos los procedimientos arbitrales, independientemente del carácter del árbitro (de derecho, mixto o arbitrador). En todos ellos, el juez decide según el mérito de los hechos acreditados en juicio, los que perfectamente lo pueden conducir a dictar una sentencia que no acepte completamente la tesis de ninguna de las partes. En casos donde el demandante solicita una indemnización de \$10.000.000 y el demandado niega la procedencia de cualquier tipo de indemnización, nada impide que el juez decida otorgar al demandante una suma indemnizatoria de \$4.000.000 (o cualquier otra menor a \$10.000.000).

Como podrá advertirse, este mecanismo es el conocido por todos quienes tienen alguna formación elemental en derecho procesal.

b. Oferta final o definitiva.

A diferencia del mecanismo convencional, la oferta final determina que el juez debe necesariamente escoger sólo una de las alternativas en disputa, adoptando la totalidad de ella en desmedro de la(s) otra(s), estándole en principio vedado introducir cualquier tipo de

---

<sup>102</sup> Se entiende aquí por “oferta” la o las pretensiones que cada una de las partes en conflicto presenta al juez, sustentadas por cada una de las respectivas teorías del caso en disputa.

modificación<sup>103</sup>. Una regla de ese tipo existe en el derecho chileno a propósito del Panel de Expertos en la regulación eléctrica<sup>104</sup>.

Como se trata de un sistema basado en las alternativas presentadas por las partes al juez, conviene precisar que las pretensiones y defensas de las partes, indudablemente, entregan información útil y valiosa al juzgador respecto del conflicto sujeto a su consideración. En ese sentido, en la oferta convencional, a través de sus pretensiones, las partes dejan entrever al juez cuáles son sus rangos de aceptación del caso y también le proveen de información acerca de la maximización de utilidad de cada una de ellas. Si el demandante pide una indemnización de \$10.000.000 y el demandante sostiene que la indemnización debe ser de \$0, el juez sabe que la solución del conflicto -el “rango de aceptación”- se encuentra entre ambos valores. Asimismo, el juez, considerando que las partes actúan estratégicamente, sabrá también que cada una de las ofertas presentadas son siempre un ideal o una maximización de utilidad, por lo que es más o menos evidente que cuando el demandante solicita \$10.000.000 se conforma con recibir \$9.500.000. Lo mismo vale para el demandado.

Teniendo ello presente, la regla de oferta final presenta varias eficiencias si se le compara con el mecanismo convencional<sup>105</sup>. En primer lugar, se trata de un sistema que incentiva a las partes a presentar posiciones menos extremas, porque deben convencer al juez de que su posición es la más razonable. Una posición extrema aumenta las posibilidades de que el juez o el árbitro escoja la solución de la contraparte, por estar más cerca ésta de lo que se podría

---

<sup>103</sup> El mecanismo de oferta final o definitiva puede ser de dos tipos. Es de “paquete único” si a cada una de las partes se le permite presentar ante el juez una única oferta. Es, en cambio, de “doble paquete”, si a cada una de las partes se le permite presentar ante el juez a lo menos dos ofertas, alternativas entre sí, en cuyo caso cada una podría estar enfocada en una materia distinta. Si esto último sucede, se abre la posibilidad de que al juez le esté permitido escapar de las limitaciones de la oferta definitiva y adoptar una determinación en las materias que se encuentren sin solución. Véase FLORES BORDA, Guillermo (2012). *Teoría de juegos y Derecho: Arbitraje de Oferta Final*. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, pp. 27-28. Disponible en: <https://escholarship.org/uc/item/7hc9g5p7>.

<sup>104</sup> El artículo 211 de la Ley General de Servicios Eléctricos dispone que “*El dictamen del panel de expertos se pronunciará exclusivamente sobre los aspectos en que exista discrepancia, debiendo optar por una u otra alternativa en discusión, sin que pueda adoptar valores intermedios*”.

<sup>105</sup> Para una revisión más acabada del mecanismo de oferta final y sus eficiencias en el contexto de la regulación eléctrica nacional véase: CARRASCO, Nicolás (2018c). *La regla de oferta final en el panel eléctrico chileno*. Derecho PUCP, (81), pp. 443-461. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201802.014>. También TIJMES, Jaime (2015). *El arbitraje de oferta definitiva en la legislación eléctrica chilena*. Revista Jurídicas 12(2), pp. 90-102.

considerar un punto de equilibrio<sup>106</sup>. O sea, la oferta final pone en el interés de las propias partes presentar ofertas razonables y cercanas a lo que el árbitro considera correcto<sup>107</sup>. Esta situación aumenta también las chances de que las partes negocien y lleguen a acuerdos o soluciones colaborativas, ya que, intentando anticipar los criterios del juez, es probable que las partes presenten ofertas no tan lejanas entre sí, sobre todo si se trata de agentes adversos al riesgo<sup>108-109</sup>, lo que, por lo demás, significa una reducción de costos frente al mecanismo de oferta convencional<sup>110</sup>.

El mecanismo en comento también satisface una lógica de aciclicidad, formulación o cualidad lógica que permite fundamentar una decisión en términos tales que la adopción de una alternativa es aceptable si es que ella es *al menos* tan razonable como cualquiera de las otras alternativas susceptibles de ser escogidas. En atención a dicha propiedad y al ser limitado el universo de alternativas posibles, la regla de oferta final reduce las cargas y costos informacionales del procedimiento, pues “*no son necesarios sistemas discursivos, probatorios y de decisión que conduzcan a alcanzar la mejor decisión posible, sino que aquella más razonable (jurídica y técnicamente) de entre las alternativas propuestas*”<sup>111</sup>.

Otra eficiencia de la oferta final es que resulta apropiada para contextos altamente técnicos, como lo son, por ejemplo, las áreas reguladas de la economía<sup>112</sup> (precisamente, el sector eléctrico es una de esas áreas), pues en todas ellas es difícil para el juez hallar una solución correcta al caso planteado. Como este mecanismo limita las alternativas posibles, las que son presentadas en todo caso por quienes más saben de la materia -las partes-, se ven también

---

<sup>106</sup> MONTERO, Juan Pablo (2003). *A model of arbitration in regulation*. Pontificia Universidad Católica de Chile, Instituto de Economía, Documento de trabajo N° 267, pp. 1-10. Disponible en <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/4848>.

<sup>107</sup> ADAMS, C. (1987). Final Offer Arbitration: Time for Serious Consideration by the Court. *Nebraska Law Review*, 66(2), pp. 213-248. Disponible en: <http://digitalcommons.unl.edu/nlr/vol66/iss2/2>.

<sup>108</sup> CRAWFORD, Vincent. (1982). *Compulsory Arbitration, Arbitral Risk and Negotiated Settlements: A Case Study in Bargaining under Imperfect Information*. *The Review of Economic Studies* 49(1), pp. 69-82.

<sup>109</sup> Es adverso al riesgo quien valora más un resultado cierto y de menor ganancia, a un resultado incierto de mayor ganancia. En el caso de la oferta final, el adverso al riesgo preferirá arribar a un acuerdo, aun cuando de menor entidad que su alternativa presentada al juez, antes de correr el riesgo de que éste se decante por la alternativa de la contraparte.

<sup>110</sup> CARRASCO, Nicolás (2018c). Ob. Cit., p. 450.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 451.

<sup>112</sup> Para una explicación más detallada de este punto, véase *Ibid.*, pp. 451-453.

disminuidos los costos de adquirir información relevante en que debe incurrir el juez para dictar su pronunciamiento.

El sistema de oferta final presenta, además, la eficiencia de favorecer el precedente judicial<sup>113</sup>. Tal como señala Taruffo<sup>114</sup>, el precedente es más probable en un universo de menos decisiones, porque la menor variedad de resoluciones judiciales aumenta la uniformidad de las mismas o porque, en otras palabras, con menos decisiones el juez tiende a reconocer de mayor y mejor manera sus decisiones anteriores. Como en la regla de oferta definitiva siempre el juez resuelve en un escenario limitado, sobre la base únicamente de las alternativas que le han presentado las partes, siempre es también más identificable el universo de alternativas escogidas previamente<sup>115</sup>.

A partir de las eficiencias desarrolladas, bien puede aseverarse que la regla de oferta final genera más incertidumbre o riesgos para las partes, en comparación al mecanismo de oferta convencional, lo cual se advierte en los incentivos que existen para negociar antes de llegar a la instancia de litigación. La oferta definitiva hace que no sea un “buen negocio” para las partes litigar. Si vemos esa situación desde la perspectiva de las corrientes que han intentado explicar la eficiencia, ella se condice con los postulados de COASE, en el sentido que el acuerdo al que se puede arribar por las partes en esa sede no es susceptible de críticas en términos de eficiencia, cualquiera sean las disposiciones del acuerdo. Adicionalmente, el impacto de la sentencia sobre las partes es de mayor intensidad en un modelo de oferta final, pues en él las partes saben que, si pierden, se someterán enteramente a la posición de la contraparte.

Por último, una regla de oferta final limita la incidencia de muchos aspectos que tienden a aumentar las probabilidades de ganar de la parte que ex ante se encuentra en una mejor posición. Contar con mayores recursos económicos o mejores abogados, muy determinantes en

---

<sup>113</sup> *Ibíd.*, p. 453.

<sup>114</sup> TARUFFO, Michele (2009). *Páginas sobre justicia civil* (trad. M. Aramburo). Marcial Pons, Madrid, p. 97.

<sup>115</sup> Por ello, en la regulación eléctrica existen discusiones que ya han sido resueltas por el Panel de Expertos, surgiendo incentivos para disminuir la litigación en esas temáticas, al ser de antemano relativamente conocido el parecer del Panel de Expertos en la materia. Véase VERGARA, Alejandro; SANZ DE UNDURRAGA, Gerardo; y, CAÑAS, Esteban (2016). *¿Hacia un despotismo administrativo en el sector energía? Comentarios al proyecto de ley que establece nuevos sistemas de transmisión de energía y crea organismo coordinador independiente*. *En*: *Mirada Jurídica* N° 1, Programa de Derecho Administrativo Económico, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 1-18.

un procedimiento de oferta convencional, son elementos que pierden influencia bajo una regla de oferta final. Los muchos factores que llevan a que existan diferencias entre las partes, disminuyen o se atenúan si es que la decisión del adjudicador puede ser una concesión total a la parte más débil. Así, la oferta final favorece la igualdad de posibilidades de ambas partes de ganar, tornando más incierto el resultado final y propiciando con ello la formulación de ofertas razonables y las chances de acuerdos negociados.

c. Mecanismo de azar o sorteo<sup>116</sup>.

Tomar decisiones arrojando una moneda, lanzando dados o recurriendo a cualquier otra modalidad similar que involucre un elemento azaroso, resulta curioso y peculiar, particularmente cuando se trata de decisiones importantes. Intuitivamente, una apelación al azar o a “la suerte” en esos casos parece ir en contra de la racionalidad exigida por la importancia de la decisión que se está tomando, más aún cuando dicha decisión acarrea consecuencias jurídicas o tiene lugar al interior de procedimientos regidos por el derecho.

Por ello, dejar una decisión o la asignación de un derecho al azar, a menudo, se considera una actitud arbitraria, temeraria y siempre expuesta a críticas en cuanto a la fundamentación de su procedencia y aceptación del resultado final. La razón, probablemente, es que tendemos a ser renuentes a admitir la incertidumbre y la indeterminación en los asuntos humanos. A los seres humanos nos gusta decidir (o creer que decidimos) lo que sucede de un modo gobernado por la razón y la razonabilidad<sup>117</sup>. Queremos tener razones claras y decisivas para nuestros actos, de modo que la decisión de la que se trate sea fácil y no difícil de escoger.

Por el contrario, no nos gusta tomar decisiones cuando la competencia que existe entre las alternativas a elegir es reñida, quizás por el arrepentimiento potencial asociado<sup>118</sup>. Según ELSTER, dado un escenario de incertidumbre, los seres humanos prefieren eludirlo antes que enfrentarlo, porque tienden a ver a la incertidumbre como un mal sin contrapesos, “*que nos impide*

---

<sup>116</sup> Lo que sigue se basa fundamentalmente en la revisión del azar como modo de tomar decisiones individuales y sociales efectuada en ELSTER, Jon (1999). *Juicios Salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*. Gedisa Editorial, Barcelona, pp. 40-107.

<sup>117</sup> *Ibíd.*, p. 40.

<sup>118</sup> *Ibíd.*, p. 55.

*hacer elecciones que podamos justificar ante nosotros y los demás como cimentadas en la razón*<sup>119</sup>. En el fondo, como el uso de los sorteos o la invocación al azar se asocia inequívocamente a la indiferencia, a la indeterminación o a la inconmensurabilidad, su uso para resolver problemas de decisión bajo incertidumbre es expresión de la voluntad de admitir que, en tal caso, la razón es insuficiente: los sorteos representan, precisamente, la opción intencional de tomar decisiones mediante un mecanismo no intencional<sup>120</sup>.

Para bien o para mal, los sorteos han sido utilizados en varios casos a lo largo de la historia de la humanidad. En épocas antiguas se les empleaba bastante<sup>121</sup>, aunque más con el propósito de evitar la incertidumbre antes que de admitirla. Y si bien hoy, en cambio, es más frecuente que los sorteos se funden en la aceptación de la incertidumbre o, incluso, en el activo deseo de promoverla<sup>122</sup>, no existen en la actualidad, tratándose de decisiones sociales, muchos casos de utilización del sorteo como mecanismo de elección; no al menos en las sociedades occidentales modernas. Los ejemplos de mayor connotación en ese sentido se dan en Estados Unidos, con el reclutamiento militar y la selección de jurados<sup>123</sup>.

Pero dentro del contexto judicial el uso de sorteos para tomar una decisión judicial o para asignar derechos -como una concesión- no se encuentra permitido, al punto de que en Chile bien podría ser castigado penalmente a título de prevaricación o de alguna otra figura típica. En cualquier escenario donde el criterio de selección o de preferencia de una alternativa por sobre otra sea el mérito o algún factor que dependa del esfuerzo o esmero de los participantes, sería con toda seguridad criticado el uso del azar. Tanto su elección como mecanismo decidor, como el resultado que arroje, serían visiblemente arbitrarios. ¿Qué pensaríamos si un procedimiento jurisdiccional, que remite al “mérito” del proceso y a la actividad probatoria de las partes, o un procedimiento administrativo de asignación de una concesión, que se supone debe ser otorgada al solicitante que demuestre más y mejores aptitudes para desarrollar el objeto de la concesión, fueran resueltos mediante un sorteo? En contextos legales de ese tipo, el azar equivale a

---

<sup>119</sup> *Ibíd.*, p. 41.

<sup>120</sup> *Ibíd.*, pp. 40-41.

<sup>121</sup> En dichas épocas, el uso de los sorteos iba desde la elección de representantes políticos en la Italia y Grecia antiguas hasta varios casos en que se interpretaba el resultado del azar como voluntad divina. Para más casos, véase *Ibíd.*, pp. 51-52 y 61-63.

<sup>122</sup> *Ibíd.*, p. 61.

<sup>123</sup> Más ejemplos constan en *Ibíd.*, p. 60.

conceptos como “caprichoso”, “antojadizo” y “arbitrario”, toda vez que, mediante su empleo, casos similares podrían ser decididos de una manera diametralmente diversa<sup>124</sup>, o bien, podrían terminar otorgándose derechos de explotación de una actividad a quien, manifiestamente, no es el mejor agente para desarrollarla. Tal aseveración se ve reforzada si se advierte que la utilización del sorteo aumenta el carácter suma-cero del procedimiento del que se trate, ya que el sorteo es una forma de arreglo donde el ganador se lleva todo<sup>125</sup>, acrecentando, en consecuencia, el sentimiento de frustración e injusticia que puede asistir al perdedor<sup>126</sup>.

Con todo, hasta aquí hemos supuesto que la bondad de las opciones en disputa es claramente identificable, y así lo es en la mayoría de los casos. Sin embargo, nada obsta a que existan casos en que las razones para decantarse por una u otra alternativa no sean tan obvias o evidentes. Hay casos en que es indeterminado (o indeterminable) cuál de las alternativas a escoger es la más apropiada para el propósito previsto<sup>127</sup>. Dicha indeterminación puede deberse a que todas las alternativas entre las que escoger son igual y máximamente buenas; a que el costo de averiguar cuál de ellas es mejor es excesivamente alto y supera los beneficios esperados de la elección (o bien, a que basta saber que todas superan un piso mínimo); o a que las alternativas son inconmensurables entre sí, en el sentido de que su comparación es imposible o dudosa<sup>128</sup>.

En tales casos, siguiendo a ELSTER, debiésemos guiarnos por la siguiente máxima: “*en ausencia de razones para escoger una alternativa por sobre otra, da lo mismo escogerla al azar*”<sup>129</sup>. A fin de cuentas, y si lo pensamos bien, en buena medida los sorteos están destinados a facilitar la elección cuando las opciones disponibles no son susceptibles de jerarquización en estricto orden de preferencia<sup>130</sup>. La decisión mediante el azar es útil cuando no podemos decidirnos por una opción, cuando el esfuerzo requerido para decidirnos es demasiado alto en comparación al beneficio que acarrea, o cuando el sorteo puede tener buenos efectos de incentivos para las

---

<sup>124</sup> *Ibíd.*, p. 91.

<sup>125</sup> *Ibíd.*, p. 89.

<sup>126</sup> Al respecto, véase *Ibíd.*, pp. 93-95.

<sup>127</sup> A pesar de los casos de indeterminación, es muy posible que en ocasiones para un agente sea indiferente cuál alternativa escoger. Dichos casos no se analizarán porque implicarían entrar en un nivel de casuística que excede por mucho las pretensiones de esta investigación y, particularmente, el tratamiento del azar o del sorteo realizado en función de ella.

<sup>128</sup> Elster, Jon (1999). *Ob. Cit.*, pp. 95-96.

<sup>129</sup> *Ibíd.*, p. 41.

<sup>130</sup> *Ibíd.*, p. 48.

personas encargadas de gestionar las alternativas a elección<sup>131</sup>. Incluso, en ciertas ocasiones, más que la alternativa escogida, lo importante es simplemente elegir, proceder a la elección. En dichos casos, el sorteo puede ser incluso aconsejable a efectos de mantener la imparcialidad.

Coherentemente con lo expresado en torno a las causas de indeterminación, tenemos entonces que el empleo del azar o del sorteo es aconsejable cuando<sup>132</sup>:

- Existen varias opciones que son igual y máximamente buenas, al punto de que sus méritos y contribuciones resultan imposibles de distinguir, o difieren de un modo tal que se desequilibran tanto como para dejarnos indiferentes;
- Todas las opciones que se jerarquizan en orden de preferencia son igualmente buenas por lo que se sabe de ellas y no vale la pena averiguar más<sup>133</sup>; o,
- Las opciones entre las que se debe proceder a la elección son inconmensurables entre sí, o sea, no susceptibles de jerarquización o de comparación de sus resultados, al diferir éstos de tal modo que no se puede, cuantitativa y/o cualitativamente, realizar las compensaciones necesarias para cotejarlas.

Como se observa, la indeterminación es la razón fundamental para usar sorteos o recurrir a mecanismos de azar en general o, si se quiere ir más allá, su principal supuesto de operación. No obstante, la justificación normativa de la procedencia de los sorteos, en atención a criterios de racionalidad individual, eficiencia económica o de justicia social, puede apoyarse también en razones de otra índole. Más allá de la indeterminación presente en el caso del que se trate, una gran razón para preferir el sorteo es, adicionalmente, su transparencia, pues se caracteriza por ser un sistema de elección simple, mecánico y universalmente aplicable<sup>134</sup>.

---

<sup>131</sup> *Ibíd.*, p. 53.

<sup>132</sup> *Ibíd.*, pp. 53-54.

<sup>133</sup> Esta idea no niega que si se dedicara más tiempo y esfuerzo, probablemente se podría averiguar fehacientemente que una opción es mejor que otra en uno o varios aspectos: uno casi siempre puede romper el “empate” existente entre varias alternativas si es que averigua un poco más. Lo que se propone aquí, en cambio, es que puede no ser racional averiguar más porque, desde una perspectiva de optimización de recursos, en ciertos casos es esperable que la diferencia existente entre las varias alternativas sea pequeña en relación al costo de adquirir información adicional.

<sup>134</sup> Elster, Jon (1999). *Ob. Cit.*, p. 97.

Otra consideración importante para apoyar el sorteo en casos de indeterminación proviene de sus efectos de incentivo<sup>135</sup>. La incertidumbre en torno al resultado genera en los individuos a quienes afecta el sorteo determinados estímulos o alicientes. Sin perjuicio de lo que sobre este punto se dirá al analizar en concreto el caso de estudio objeto de esta investigación, en principio, la ignorancia total acerca del resultado del azar puede eliminar tanto el incentivo para cometer conductas indeseables o dilapidadoras, como también el incentivo para ejecutar conductas deseables o socialmente útiles. Que uno u otro sea el efecto que predomine se encuentra en buena medida determinado por la configuración del sorteo en el caso particular, por el funcionamiento o demás incentivos presentes en la industria o sector en que repercuten las consecuencias de la elección vía azar, y también por el “*nivel general de honestidad y de la complejidad de la organización social*”<sup>136</sup> en la que el sorteo tiene lugar.

Por último, usualmente se considera también que el sorteo promueve la imparcialidad. Dicha idea nace a partir de un argumento de contrario: frente a un escenario en el que no existen diferencias relevantes entre las opciones o alternativas a escoger, sería parcial buscar en diferencias irrelevantes las consideraciones para proceder a la elección<sup>137</sup>.

---

<sup>135</sup> *Ibíd.*

<sup>136</sup> *Ibíd.*

<sup>137</sup> *Ibíd.*, p. 100.

## CAPÍTULO III: LA REGULACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES EN CHILE.

### 1. La tradición divergente en la regulación de las telecomunicaciones en Chile.

Por más de 200 años se ha extendido la historia regulatoria del sector de telecomunicaciones en nuestro país. Comenzó en 1794, antes de la República, con la dictación de una Ordenanza de Correos por parte de la Corona Española y se extiende hasta la actualidad, con la vigente LGT (de 1982), acompañada de sus respectivos reglamentos y leyes que la han modificado con posterioridad<sup>138</sup>. Aun cuando por el objetivo de esta investigación no tiene sentido detenerse en cada una de las etapas regulatorias de las telecomunicaciones en Chile, ni tampoco en los diversos medios que son expresión de ella, sí es destacable que a lo largo de este extenso período regulatorio dos rasgos fuertemente relacionados entre sí son característicos de la técnica regulatoria empleada por el legislador y también, en momentos, por el poder ejecutivo<sup>139</sup>.

El primero de esos rasgos es lo que propiamente cabe llamar la tradición *divergente* en la regulación de las telecomunicaciones. A efectos de este trabajo, el fenómeno de la divergencia puede ser definido como la técnica regulatoria consistente en distinguir tipos, medios y/o servicios de telecomunicaciones según la forma o soporte físico (o tecnológico) mediante el que se prestan o desarrollan, disponiendo para cada uno, consecuentemente, reglas diferentes<sup>140</sup>. De esta manera, la mayor o menor divergencia (o convergencia) que exhiba una regulación estriba en los avances tecnológicos y en la forma en que los sistemas jurídicos se adaptan a esa realidad<sup>141</sup>.

---

<sup>138</sup> Para una revisión histórica de la regulación chilena en torno a las telecomunicaciones véase SIERRA, Lucas (2008). *Regulación de las Telecomunicaciones en Chile: Potestades Normativas, Tradición Divergente y Desafíos de la Convergencia*. En: Subtel y Facea (eds.) *Telecomunicaciones: Seminario sobre Regulación del Sector Telecomunicaciones “Convergencia y Nuevos Desafíos”*.

<sup>139</sup> En efecto, si bien las principales regulaciones de telecomunicaciones a lo largo de nuestra historia consisten en leyes, la potestad administrativa y la injerencia del poder central ha sido una constante, sobre todo desde 1920 a la fecha. *Ibíd.*, pp. 30 y siguientes.

<sup>140</sup> En buena parte, esta definición de divergencia ha sido construida a partir de la definición y desafíos que plantea el fenómeno contrario, esto es, la convergencia regulatoria. Para una aproximación a la convergencia véase *Ibíd.*, pp. 15-16 y COMISIÓN EUROPEA. *Libro verde sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sus consecuencias para la reglamentación*. Bruselas, 3 de diciembre de 1997, pp. 1-2.

<sup>141</sup> VELÁSQUEZ, Juan y DONOSO, Lorena (2013). *Tratamiento de datos personales en internet. Los desafíos jurídicos en la era digital*. Thomson Reuters, Santiago, p. 128.

La tradición divergente en el derecho chileno data desde antiguo. Las normas que han regulado las telecomunicaciones en nuestro país, tanto legales como administrativas (incluidos los decretos leyes y decretos con fuerza de ley), desde siempre distinguieron entre distintos tipos o medios de telecomunicaciones. Por ello, no es de extrañar que hayan existido regulaciones especiales para el correo, el telégrafo, los impresos, el teléfono, los cables submarinos y, posteriormente, también para la telecomunicación inalámbrica<sup>142</sup>. Tan intenso era este modo de concebir a la regulación que era usual que las normas hicieran referencia a los tipos de telecomunicaciones más por su infraestructura o soporte físico que por el servicio que prestaban. Este fue el caso, por ejemplo, del Decreto sobre líneas telegráficas, telefónicas y cables submarinos (de 1888) y de la Ley N° 1.665, sobre instalaciones eléctricas en la República (de 1904), los cuales diferenciaban tipos de telecomunicaciones según la infraestructura que les daba soporte, estableciendo así distintas denominaciones: “líneas” para las telecomunicaciones alámbricas y “estaciones”, para las inalámbricas<sup>143</sup>.

A pesar de que los innegables avances tecnológicos en la materia han tendido a la convergencia<sup>144</sup>, el carácter divergente de la regulación nacional persiste hasta hoy. En nuestro medio, el caso de la televisión constituye un gran ejemplo del fenómeno de la divergencia, encontrándose ella provista de un régimen jurídico particular<sup>145</sup>. Además, la existencia de 6 tipos de servicios de telecomunicaciones en la LGT no es sino demostrativo de la lógica divergente que ha acompañado a esta industria a lo largo de toda su historia regulatoria en Chile.

El segundo rasgo característico de la regulación de las telecomunicaciones en el derecho nacional fue el tratamiento que durante largo tiempo se le dio en conjunto con el sector eléctrico<sup>146</sup>. En efecto, entre 1904 (año de dictación de la Ley N° 1.665) y 1982 (en que se dicta

---

<sup>142</sup> Para una descripción de la regulación de cada uno de estos medios de telecomunicación a lo largo de la historia de nuestro país véase SIERRA, Lucas (2008). Op. Cit.

<sup>143</sup> *Ibíd.*, p. 34.

<sup>144</sup> VELÁSQUEZ, Juan y DONOSO, Lorena (2013). Op. Cit., pp. 122 y siguientes. La mayor prueba de ello es el caso de las redes de internet, que permiten el intercambio de información muy dísimil entre sí (voz, imágenes, vídeos, etc.) a través de cualquier soporte o dispositivo con acceso a ellas.

<sup>145</sup> Tal afirmación se sustenta en, por ejemplo, la existencia del Consejo Nacional de Televisión como ente regulador de la industria, sobre todo en materia de contenido, y también en la de una ley especial para un canal específico: TVN (Televisión Nacional de Chile). Incluso en materia de concesiones, la televisión presenta particularidades. Para los dos primeros elementos véase AIMONE, Enrique (2014). *Actividades Económicas Reguladas*. Thomson Reuters, Santiago, pp. 136 y siguientes; para el último, SIERRA, Lucas (2008). Op. Cit., p. 57.

<sup>146</sup> Siempre que se tratase de regulaciones generales, pues en esa época existían aún regulaciones especiales para determinados tipos de telecomunicaciones, como el DL 749 (de 1926), sobre correo y telégrafos.

tanto la LGT como la actual Ley General de Servicios Eléctricos), los cuerpos normativos que tenían por fin regular primeramente la electricidad, se referían también a las telecomunicaciones<sup>147-148</sup>. Lo anterior guarda bastante relación con la tendencia de la regulación de referirse a la industria de las telecomunicaciones más por la infraestructura o soporte físico que por las características, contenido o funciones que prestaba cada tipo o servicio de telecomunicaciones en particular. Esta forma de concebir las telecomunicaciones no sólo es propia de una época de menor desarrollo tecnológico, sino que adicionalmente denota la nula capacidad del regulador de la época de abstraerse de la dimensión física de las telecomunicaciones a la hora de definir el objeto de su regulación<sup>149</sup>.

Corolario de lo que hasta aquí se ha dicho es, si se quiere, un tercer aspecto destacable en la historia de las telecomunicaciones en nuestro país: no fue sino hasta la dictación del DFL 4 (de 1959) que la regulación comenzó a hablar explícitamente de “sistemas de telecomunicaciones”, empleando una definición bastante similar a la que se contempla hoy en la LGT para “telecomunicación”. Hasta antes de este hito, los cuerpos normativos de telecomunicaciones podían prescindir de una denominación de ese tipo, ya que no tenía sentido emplear una definición general para tratar servicios diferentes (esto es, divergentes), o bien, la referencia a las instalaciones o infraestructura física suplía esa necesidad, aun cuando en algún sentido el DFL 4 mantuvo esas referencias<sup>150</sup>.

## **2. El derecho de las telecomunicaciones y características de la LGT.**

La LGT representa sin dudas el último gran hito regulatorio en Chile en torno a las telecomunicaciones, acompañada de sus respectivos reglamentos y leyes modificatorias posteriores. Considerando su carácter angular en la actual regulación, preciso es detenerse un momento en sus características.

---

<sup>147</sup> SIERRA, Lucas (2008). Op. Cit., p. 28.

<sup>148</sup> De hecho, los nombres de todas esas leyes hacían referencia a la electricidad, no a las telecomunicaciones: la Ley N° 1.665 fijaba “las prescripciones para la concesión de permisos y para hacer las instalaciones eléctricas en la República”, el DL 252 (de 1925) trataba “de instalaciones eléctricas”, y tanto el DFL 244 (de 1931) como el DFL 4 (de 1959) aprobaron una “Ley General de Servicios Eléctricos”.

<sup>149</sup> SIERRA, Lucas (2008). Op. Cit., p. 51.

<sup>150</sup> Al hablar, por ejemplo, de “centrales” para referirse a la telefonía; de “oficinas”, para la telegrafía y cablegrafía; y de “estaciones”, para la radiodifusión y televisión.

En términos generales, la LGT fue la legislación que inició en nuestro país el proceso de reforma del mercado de las telecomunicaciones, impulsando la participación de privados, introduciendo principios de libre mercado e incentivando la competencia entre los distintos agentes intervinientes en él<sup>151</sup>. En ese sentido, la LGT cuenta con varios aspectos destacables<sup>152</sup>:

- Incorpora a los agentes privados al sector de las telecomunicaciones, mediante un régimen de concesiones o autorizaciones en los distintos mercados o servicios que lo conforman;
- No establece obstáculos a la entrada en el mercado ni tampoco restricciones acerca de la tecnología a usar por parte de las empresas;
- Les impone a los participantes del mercado obligaciones de calidad de servicio y también en materia de tarifas;
- Dispone la obligación de interconexión entre los distintos agentes del mercado, fomentando la competencia; y,
- No contempla limitaciones en torno a la propiedad o a la participación de inversionistas extranjeros.

En lo que respecta al presente proyecto de memoria<sup>153</sup>, el principal mecanismo regulatorio contemplado en la LGT corresponde a un sistema de licencias otorgadas por el poder ejecutivo, que son las que en definitiva permiten la instalación, operación y explotación de cualquier servicio de telecomunicaciones. Si bien los pormenores de este mecanismo regulatorio se desarrollarán con mayor detalle en la sección III.3, es interesante resaltar en este punto que, a diferencia de lo que sucede en otros países, la regulación nacional no contempla compromiso alguno por parte del operador de telecomunicaciones de alcanzar objetivos de desarrollo o de

---

<sup>151</sup> AIMONE, Enrique (2014). Op. Cit., p. 109.

<sup>152</sup> MOGUILLANSKY, Graciela (1998). *Las reformas del sector de telecomunicaciones en Chile y el comportamiento de la inversión*. Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Santiago, p. 13. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/7434-reformas-sector-telecomunicaciones-chile-comportamiento-la-inversion>.

<sup>153</sup> Por los fines y el objeto de esta investigación, no se han desarrollado aquí otros mecanismos de regulación existentes en la LGT, como la regulación tarifaria, la existencia de un sistema de sanciones administrativas, la obligación de interconexión entre los partícipes del mercado y también lo relativo al fondo de desarrollo de telecomunicaciones. Acerca de la regulación tarifaria en la LGT véase el estudio “*Revisión de la regulación tarifaria en telecomunicaciones*”, emitido por Inversiones Río Hurtado Ltda. y patrocinado por el Ministerio de Economía (Santiago de Chile, Agosto de 2007). Disponible en: <https://www.economia.gob.cl/2007/08/10/revisión-de-la-regulación-tarifaria-en-telecomunicaciones.htm>. Para el resto de mecanismos regulatorios, véase MOGUILLANSKY, Graciela (1998). Op. Cit., p. 13.

penetración del servicio, ni siquiera para el caso de servicios públicos de telecomunicaciones. Bajo la LGT, el operador de telecomunicaciones tiene que cumplir desde luego con normas técnicas y de calidad (y también tarifarias), pero no adquiere ninguna obligación relacionada con inversiones o cantidad efectiva de servicios prestados<sup>154</sup>. En relación a lo anterior, es relevante también el hecho de que, conforme al artículo 12 de la LGT, el otorgamiento de concesiones y permisos por la autoridad no se encuentra sometido a limitaciones en cuanto a la cantidad y tipo de servicio o a su ubicación geográfica. En consecuencia, nada impide que exista más de una concesión o permiso en una misma área. Esta circunstancia sería expresiva de las ideas de igualdad de trato y no discriminación que trascienden a la actual legislación de telecomunicaciones<sup>155</sup>.

La LGT es la primera legislación en denominarse a sí misma como “general”, lo que no es trivial. Según SIERRA<sup>156</sup>, el carácter general de la LGT obedece a dos cuestiones. La primera es la creciente abstracción de la regulación nacional, de la cual la LGT representa la última gran etapa. Esta abstracción consiste en la negativa del legislador, a la hora de definir su objeto de regulación, de hacer referencia a la dimensión o soporte físico de los tipos o medios de telecomunicaciones. Antes bien, la ley actual habla pura y simplemente de “telecomunicaciones”. La segunda situación que da cuenta del carácter general de la LGT es el hecho de que pone fin al tratamiento conjunto que por cerca de 80 años el derecho chileno dio a las industrias de telecomunicaciones y electricidad. En 1982 la regulación se bifurcó: se dictó una ley específica para tratar las telecomunicaciones y otra también específica para la electricidad. De allí que cobrara mayor relevancia entonces definir en la nueva ley sectorial qué se entiende por telecomunicaciones.

Tomando por parámetro la definición del artículo 1 de la LGT<sup>157</sup>, puede aseverarse que el derecho de las telecomunicaciones es el conjunto normativo que regula los actos de comunicación que implican emisión, transmisión y recepción de información, por medios físicos, radioeléctricos u otros sistemas electromagnéticos, inducidos artificialmente. Este es el

---

<sup>154</sup> MOGUILLANSKY, Graciela (1998). Op. Cit., p. 13.

<sup>155</sup> SIERRA, Lucas (2008). Op. Cit., p. 52.

<sup>156</sup> *Ibíd.*, p. 51.

<sup>157</sup> Artículo 1º.- “Para los efectos de esta ley, se entenderá por telecomunicación toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos e informaciones de cualquier naturaleza, por línea física, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos”.

contenido del derecho de las telecomunicaciones en nuestro país. Que los medios por los cuales se emite, transmite y recibe información deban ser inducidos artificialmente quiere decir que, para hablar de telecomunicación, es necesario estar en presencia de información susceptible de exceder posibilidades de intercambio meramente manuales, cuyo sería el caso, por ejemplo, de las cartas.

### **3. Tipos de servicios de telecomunicaciones previstos actualmente en la LGT: persistencia de la divergencia.**

Actualmente, la LGT contempla 6 tipos distintos de servicios de telecomunicaciones, cada uno con características propias:

- Servicios de telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión: se trata de transmisiones destinadas a la recepción libre y directa del público en general. En esta categoría se encuentran las emisiones sonoras, sean de radio o de televisión abierta, pues sus señales son adquiribles libremente: basta tener el dispositivo radio o televisión. Dentro de esta clase de servicios, los servicios de radiodifusión mínima<sup>158</sup> constituyen una subcategoría.
- Servicios públicos de telecomunicaciones: se encuentran destinados a satisfacer necesidades de telecomunicación de la comunidad en general. A esta clase de servicios pertenece la telefonía local y el internet<sup>159</sup>.
- Servicios limitados de telecomunicaciones: satisfacen necesidades específicas de telecomunicación de determinadas empresas, entidades o personas previamente convenidas. Dentro de este concepto podemos considerar, por ejemplo, a la televisión por cable, ya que por su naturaleza está concebida sobre la base de no ser de libre acceso; tan así, que incluso dentro de la televisión por cable es posible

---

<sup>158</sup> Esto es, los constituidos por una estación de radiodifusión cuya potencia radiada no exceda de 1 watt como máximo, dentro de la banda de los 88 a 108 MHz.

<sup>159</sup> VELÁSQUEZ, Juan y DONOSO, Lorena (2013). Op. Cit., p. 63. Sin perjuicio de que también han servido de sustento a operadores de conectividad a internet los servicios intermedios y limitados de telecomunicaciones; lo que es otra muestra más del fenómeno de la divergencia y de la obsolescencia de categorías de servicios.

distinguir planes o canales *premium*, previstos para las preferencias particulares de cada consumidor.

- Servicios de aficionados a las radiocomunicaciones: cuyo fin es la intercomunicación radial y la experimentación técnica y científica, desarrollada a título personal y sin fines de lucro. Las radios comunitarias son una clase de estos servicios.
- Servicios intermedios de telecomunicaciones: son servicios prestados por terceros, a través de instalaciones y redes destinadas a satisfacer las necesidades de transmisión o conmutación de los concesionarios o permisionarios de telecomunicaciones, o a prestar servicios telefónicos de larga distancia a la comunidad. La prestación de estos servicios se realiza por medio del uso de la infraestructura de un tercero, generalmente, de empresas concesionarias. El caso paradigmático es la telefonía de larga distancia, puesto que las compañías telefónicas que ofrecen llamadas al extranjero no cuentan necesariamente con redes en el lugar de destino de la llamada, sino que se interconectan en algún punto con las redes de una empresa internacional con presencia en ese lugar.
- Servicios complementarios: constituyen servicios adicionales que pueden ser prestados por concesionarios de servicio público de telecomunicaciones o terceros, mediante redes públicas, siempre que cumplan con normas técnicas emanadas de la Subtel. En esta categoría se comprenden servicios como el horóscopo o el fono amistad.

Si se le compara con regulaciones antecesoras, esta forma de caracterizar a las telecomunicaciones bien puede ser entendida como expresión de una mayor convergencia, pues los servicios contemplados en la LGT son más genéricos y no hacen referencia a la infraestructura. Sin embargo, la propia distinción entre servicios denota un alto grado de divergencia<sup>160</sup>, a lo que debe sumarse un correlato también divergente en materia de concesiones, permisos o licencias para instalar, operar y explotar los distintos tipos de servicios.

---

<sup>160</sup> SIERRA, Lucas (2008). Op. Cit., p. 52.

En efecto, más allá del contenido de cada uno de los servicios, también los distingue el acto administrativo que permite su desarrollo y la duración de éste: (a) los servicios de libre recepción o de radiodifusión requieren concesión, que una vez otorgada tiene una duración de 25 años, salvo el caso de ciertas concesiones televisivas, que duran indefinidamente<sup>161</sup>; (b) los servicios públicos requieren concesión, que dura 30 años; (c) los servicios limitados precisan únicamente de un permiso, que dura 10 años, con excepción de la televisión por cable, cuyos permisos son indefinidos; (d) los servicios de aficionados operan mediante licencia, cuya duración es de 5 años; (e) los servicios intermedios necesitan concesión, la cual da derecho a explotar el servicio por 30 años; y, finalmente, (f) los servicios complementarios no requieren autorización administrativa de ningún tipo y, por lo mismo, poseen un carácter temporal indefinido. Gráficamente, el esquema es el siguiente:

Servicios de radiodifusión	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Concesión</li> <li>• 25 años o indefinida (TV)</li> </ul>
Servicios públicos	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Concesión</li> <li>• 30 años</li> </ul>
Servicios limitados	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Permiso</li> <li>• 10 años o indefinido (televisión por cable)</li> </ul>
Servicios de aficionados	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Licencia</li> <li>• 5 años</li> </ul>
Servicios intermedios	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Concesión</li> <li>• 30 años</li> </ul>
Servicios complementarios	<ul style="list-style-type: none"> <li>• No requieren autorización</li> <li>• Indefinidos</li> </ul>

En consecuencia, los servicios de telecomunicaciones cuyos procedimientos serán objeto de análisis en este trabajo son los de libre recepción o de radiodifusión, los públicos y los intermedios de telecomunicaciones, pues ellos son los que se ejecutan mediante concesión<sup>162</sup>.

<sup>161</sup> La ley 19.131 (de 1992) dispuso que las concesiones existentes a la fecha de su entrada en vigencia tendrían una duración indefinida y que, en cambio, las nuevas se someterían al régimen común de 25 años.

<sup>162</sup> En términos simples, una concesión es un otorgamiento del derecho de explotación de un bien o servicio por un tiempo determinado a un agente privado, por parte de la Administración. Constituye una expresión de la actividad de fomento del Estado, con el fin de que privados desarrollen prestaciones que se consideran de interés

Si se observa con detención, es posible advertir que una de las razones que determinan que sólo 3 de los 6 servicios de telecomunicaciones requieran concesión para su desarrollo es su mayor difusión a la población. Servicios como la radio, la televisión, la telefonía local y de larga distancia y también el internet, son las de mayor uso y llegada a la comunidad y, por ende, las más susceptibles de regulación. Por el contrario, los servicios complementarios son, por concepto, inherentemente accesorios; los servicios de aficionados representan un ímpetu científico y de exploración (es decir, no comercial) más que de profesionalización del servicio; y, por último, los servicios limitados están concebidos para no ser de libre acceso, es decir, restringidos para parte considerable del universo de consumidores.

Finalmente, a modo de breve excurso, es importante destacar que, a pesar de que se afirme la divergencia como técnica regulatoria en nuestro medio, todo apunta a que la convergencia se convertirá prontamente en el tópico a seguir. El incesante desarrollo tecnológico de este tiempo permite que prácticamente cualquier tipo de información (imágenes, sonidos, vídeos, escritura, etc.) pueda ser procesada e intercambiada a partir de secuencias binarias de 0 y 1, posibilitando un tratamiento uniforme de tipos de información muy diferentes entre sí<sup>163</sup>. Además, a través de tecnologías que permiten disociar la forma del contenido, información estándar puede ser publicada en cualquier tipo de medio, tanto físico (diarios o revistas) como digitales (web, WAP, PDA, PDF, TV interactiva, etc.)<sup>164</sup>.

De esta manera, los avances tecnológicos dificultan cada vez más las distinciones que pretendidamente realiza la regulación, las que corren incluso el riesgo de quedar obsoletas o carentes de utilidad rápidamente.

---

para la comunidad, y representa un título más específico que un mero permiso o licencia, expresivos de algo más general que cabría llamar simplemente “autorización administrativa”.

<sup>163</sup> VELÁSQUEZ, Juan y DONOSO, Lorena (2013). Op. Cit., p. 127.

<sup>164</sup> *Ibíd.*

## **CAPÍTULO IV: LOS PROCEDIMIENTOS DE ASIGNACIÓN DE CONCESIONES EN EL SECTOR TELECOMUNICACIONES.**

Como se señaló en la introducción, este capítulo es netamente descriptivo de los procedimientos de concesiones en telecomunicaciones que serán criticados en el capítulo V. Con todo, atendidas las grandes similitudes que existen entre ambos, dichas críticas recibirán un tratamiento conjunto. Por ahora, a fin de evitar confusiones entre uno y otro, en el presente capítulo estos procedimientos serán explicados por separado.

### **1. El procedimiento de asignación de concesiones de servicios de libre recepción o de radiodifusión (art. 13-A de la LGT).**

La solicitud de concesión de un servicio de telecomunicaciones de libre recepción o radiodifusión y el proyecto técnico que la sustente, deben ser presentados ante el MTyT. Frente a dicha solicitud, el MTyT requiere a la Subtel un informe técnico, el que debe ser emitido dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo fijado para la recepción de las solicitudes de concesión. De existir dos o más solicitudes de concesión, la Subtel en su informe debe establecer cuál de ellas garantiza mejores condiciones de explotación y desarrollo del servicio. Es importante destacar en este punto que, de conformidad al inciso cuarto del artículo 13-A de la LGT, “*todo informe técnico de la Subsecretaría tendrá el valor de prueba pericial*”.

El informe que emite la Subtel debe ser notificado a el o los peticionarios, los que cuentan con un plazo de 10 días para corregir los defectos de los que adolezcan sus solicitudes, o bien, para desvirtuar los defectos advertidos por la Subtel y con los cuales no se encuentren de acuerdo. Realizadas tales observaciones por los peticionarios, la Subtel tiene 10 días para pronunciarse, considerarlas y resolverlas.

Verificado lo anterior, el informe de la Subtel es rendido ante el MTyT, que es, en definitiva, el órgano que resuelve la o las solicitudes de concesión, pudiendo adoptar una de las tres siguientes posturas: (a) asignar la concesión al o a uno de los peticionarios; (b) rechazar la asignación de la concesión al peticionario o declarar desierto el concurso público; o, (c) someter la asignación de la concesión a sorteo público, en caso de que existan dos o más solicitantes cuyas propuestas tengan similar calidad técnica y garantía de buen servicio. Cualquiera sea la

decisión que adopte el MTyT, la misma es reclamable administrativamente por quien -dice la LGT- “*tenga interés en ello*”, ya sea que se oponga a la asignación (incluyéndose en este supuesto el caso del sorteo público), ya sea que se oponga a la resolución que rechaza la asignación o declara desierto el concurso público.

Si alguien se opone a la asignación, el MTyT debe otorgar traslado a quien se adjudicó la concesión, a fin de que indique lo que estime y, simultáneamente, pedirá un nuevo informe a la Subtel, esta vez acerca de los hechos y el fundamento técnico de la reclamación. Si, en cambio, alguien se opone al rechazo de la concesión o a que el concurso sea declarado desierto, no hay traslado que otorgar, sino que se procede simplemente a solicitar el mencionado informe a la Subtel.

En mérito de esos antecedentes, se haya o no evacuado el traslado respectivo, el MTyT resuelve la controversia. Esta resolución del MTyT es apelable ante la Corte de Apelaciones de Santiago dentro de los 10 días siguientes a su notificación. La resolución que dicte este tribunal no es susceptible de recurso alguno, es decir, la Corte decide en única instancia.

## **2. El procedimiento de asignación de concesiones de servicios públicos o intermedios de telecomunicaciones (arts. 15 y 16 de la LGT).**

Al igual que en el procedimiento anterior, tanto la solicitud de concesión de servicio público o intermedio de telecomunicaciones como el proyecto técnico que la respalde, deben ser presentados ante el MTyT. En tal caso, el MTyT debe requerir a la Subtel la presentación de un informe dentro de los 30 días siguientes a la fecha de recepción de la solicitud de concesión. Si el informe de la Subtel advierte reparos u observaciones en la solicitud de concesión, el interesado contará con un plazo de 30 días para subsanarlos, contados desde la notificación de dicho informe.

Subsanados que sean los reparos u observaciones, la Subtel emitirá un nuevo informe pronunciándose sobre tal subsanación. Si la Subtel estima que la subsanación ha sido satisfactoria, lo declarará así, otorgándose la concesión, y se procederá según se indica en los párrafos siguientes. Si, por el contrario, la Subtel estima que los reparos u observaciones efectuadas no han sido subsanadas, dictará una resolución fundada en la que se rechaza el

otorgamiento de la concesión. Esta última resolución es directamente reclamable ante la Corte de Apelaciones de Santiago dentro de los 10 días siguientes a su notificación.

Si, a diferencia de lo expuesto anteriormente, el informe de la Subtel no manifiesta reparos, lo declarará así y la concesión será otorgada. Tal otorgamiento se encuentra supeditado, eso sí, a que el peticionario publique en el Diario Oficial un extracto de su solicitud, dentro de los 30 días siguientes a que le sea notificado el informe de la Subtel.

Dentro de los 30 días siguientes a la publicación del extracto, quien tenga interés en la concesión podrá oponerse a su otorgamiento ante el MTyT. Este órgano dará traslado de la oposición al interesado, por 10 días; y, simultáneamente, pedirá un informe a la Subtel para que se pronuncie sobre sus fundamentos fácticos y técnicos. Vencido el plazo del traslado, haya o no sido evacuado, y siempre teniendo en vista el informe de la Subtel, el MTyT resuelve la oposición.

La decisión del MTyT es susceptible de apelación ante la Corte de Apelaciones de Santiago dentro de los 10 días siguientes a su notificación. La resolución que dicte la Corte no es susceptible de recurso alguno, o sea, ese tribunal falla en única instancia.

Por último, es destacable que en este caso se contempla la posibilidad de que la Corte, si rechaza totalmente la oposición, pueda condenar en costas al opositor y aplicarle una multa que va desde las 10 a las 1000 UTM, sólo por haber presentado una apelación sin mérito. Con todo, la Corte graduará la multa de acuerdo con criterios previstos en la propia LGT, tales como las condiciones económicas del opositor, la plausibilidad de la oposición y la buena o mala fe con que haya actuado en el procedimiento.

## **CAPÍTULO V: CRÍTICAS A LOS PROCEDIMIENTOS DE ASIGNACIÓN DE CONCESIONES EN EL SECTOR TELECOMUNICACIONES, POR RAZONES DE DEBIDO PROCESO Y/O EFICIENCIA.**

Como se ha señalado, los procedimientos de asignación de concesiones en el sector de las telecomunicaciones son susceptibles de críticas sobre la base de consideraciones de debido proceso y/o eficiencia. Los contenidos examinados en los capítulos anteriores han sido insumos fundamentales para, precisamente, apreciar de modo crítico dichos procedimientos. Por ello, en lo sucesivo de este capítulo, cada una de dichas críticas será abordada por separado.

- 1. En la regulación chilena del sector telecomunicaciones existe un único órgano que acapara tanto (a) las competencias técnicas o propiamente regulatorias de dicho sector, como (b) las competencias fiscalizadoras y sancionatorias de los actores que en él intervienen. Ese órgano es la Subtel, dependiente del MTyT y, en último término, del gobierno de turno. Al ser la Subtel el órgano que mayormente participa en los procedimientos de asignación de concesiones, existe un riesgo importante del fenómeno conocido como “captura del regulador”.**

En la actualidad, prácticamente todos los habitantes del país son usuarios de uno o más servicios de telecomunicaciones, sobre todo de telefonía móvil y televisión (tanto abierta como pagada), lo que es síntoma de un sostenido aumento de consumidores en este sector de la economía. En medio de este escenario de gran masificación, la autoridad sectorial, esto es, la Subtel, no sólo debe *diseñar* la política pública del sector y definir las normas que lo regulan, sino que también debe velar por el cumplimiento de dichas normas, *fiscalizando* para brindar la debida protección a los usuarios de los servicios de telecomunicaciones.

Ese diseño regulatorio consistente en entregar ambas clases de competencias a un mismo organismo (de un lado, regulatorias o de “política pública”; de otro, fiscalizadoras y sancionatorias) ha devenido en obsoleto para los desafíos actuales que enfrenta el sector telecomunicaciones, además de oponerse a principios básicos de organización administrativa y propiciar un mayor riesgo de “captura del regulador”, a propósito de los procedimientos de asignación de concesiones en ese mercado.

Los inicios de la arquitectura institucional del sector telecomunicaciones datan del año 1977, cuando mediante el Decreto Ley N° 1.762 se creó la Subtel, lo que permitió constituir un

órgano especialista en telecomunicaciones y dotado técnicamente al interior de la administración del Estado. Poco tiempo después, se dio un paso más hacia la especialización en este sector, a través de la dictación de la LGT, de 1982. Sin perjuicio del avance que ambos hitos significaron en la materia, la reforma resultó incompleta, al menos en cuanto se refiere al ámbito de competencia de la Subtel: se trata de un órgano público que cuenta con el poder de diseñar políticas y normas, de fiscalizar el cumplimiento de éstas y, también, de imponer sanciones a los actores que las infringen. O sea, en la normativa sectorial en comento, quien impone la política pública y las normas es, a su vez, el encargado de fiscalizar su cumplimiento y, de apreciar una contravención, también de sancionarla<sup>165</sup>.

Un órgano que fiscaliza las normas y la política pública que él mismo impulsa, sancionando a quien las desatiende o se aparta de ellas, es un órgano cuyo ámbito de competencia se encuentra permanentemente tensionado<sup>166</sup>. Esa ha sido, por lo demás, la razón fundamental por la que diversos proyectos de ley en el Congreso Nacional han intentado separar ambas clases de competencias, a través de la creación de una Superintendencia de Telecomunicaciones<sup>167</sup>, paralela a la Subtel.

La permanente tensión de la que adolece la competencia de la Subtel se advierte tanto desde un punto de vista institucional como desde uno práctico. En lo institucional, que un mismo órgano tenga competencias de política pública y fiscalizadoras supone un problema porque, en el estadio actual de la ciencia del derecho y desde la teoría de separación de poderes, es poco controvertido que es indeseable que quien dicta las normas sea, al mismo tiempo, quien fiscaliza su cumplimiento y sanciona en caso de que no se cumplan<sup>168</sup>. Ese carácter indeseable estriba en el riesgo de que, al radicarse ambas clases de competencias en la Subtel, la fiscalización y sanción de las normas en caso de contravención se vea influida por la agenda *política* de

---

<sup>165</sup> Las funciones de diseño de política pública y creación de normas de la Subtel derivan directamente de su dependencia del MTyT y, por lo mismo, del gobierno de turno. Ello explica el carácter político de la Subtel y, por consiguiente, el hecho de que sea la encargada de impulsar una agenda de telecomunicaciones acorde a la política gubernamental del poder central, del cual -como se dijo- es dependiente.

<sup>166</sup> SIERRA, Lucas (2008). Ob. Cit., p. 63.

<sup>167</sup> El último de dichos proyectos de ley corresponde al Boletín N° 8.034-2015 que, habiendo ingresado al Congreso Nacional en el año 2011, pende en él desde el 2014.

<sup>168</sup> SIERRA, Lucas (2008). Ob. Cit., pp. 62-63. De hecho, la preocupación por esta situación se ha encontrado presente en el medio chileno desde al menos el año 2002. En efecto, la “Carta de Navegación” de la Subtel publicada en ese año, advierte lo eventualmente problemático que podía resultar que un mismo órgano desarrollara una doble labor: diseño de políticas y fiscalización.

telecomunicaciones que ha sido promovida por ese mismo órgano. En ese sentido, la fiscalización y sanciones impuestas por un órgano administrativo deben ser labores desarrolladas con la necesaria neutralidad, independencia e imparcialidad, como una garantía hacia los administrados y los actores del mercado regulado en cuestión. Por lo mismo, si en la práctica dichas tareas se transforman en instrumentos de gestión de la política sectorial impulsada desde el poder central, se corre el riesgo de que la fiscalización y las sanciones impuestas pierdan la debida neutralidad, independencia e imparcialidad con la que deben ser ejecutadas<sup>169</sup>.

Si las dos grandes clases de funciones administrativas relacionadas a telecomunicaciones se radican en el ámbito de competencia de la Subtel, resulta institucionalmente complejo que dicho órgano ejercite ambas de un modo no problemático, por cuanto se carece de una arquitectura institucional capaz de contrapesar los conflictos de intereses públicos que, muy potencialmente, pueden surgir. Dichos conflictos no son en ningún caso difíciles de apreciar, si se tiene en cuenta que el mismo organismo administrativo que fiscaliza y sanciona a la industria de telecomunicaciones, debe también, y simultáneamente, coordinar y propiciar su colaboración en temas de conectividad y de fomento al acceso de usuarios o consumidores, como parte de la agenda pública sectorial impulsada<sup>170</sup>.

En lo anterior radica el riesgo del fenómeno conocido como “captura del regulador”<sup>171</sup>. Si, como sucede hoy, la Subtel debe involucrarse con los actores que componen el mercado de las telecomunicaciones no sólo en su calidad de órgano encargado de regular la agenda de dicha industria, sino que también como órgano a cargo de fiscalizarla y, eventualmente, sancionar a los agentes que la componen, existe un mayor riesgo de que la Subtel se identifique o simpatice con los intereses de los entes regulados. La creación de un órgano separado cuyas competencias se extiendan a la fiscalización y sanción del sector no sólo haría menos posible dicho riesgo por cuanto el involucramiento de cada órgano con los regulados sería menor, sino también porque importaría un contrapeso mutuo y recíproco a las competencias que -ahora por separado- cada organismo ejercería por sí mismo.

---

<sup>169</sup> Mensaje del Presidente de la República, con el que inicia el proyecto de ley que crea la Superintendencia de Telecomunicaciones. 5 de septiembre de 2011. Boletín N° 8.034-15, p. 4. Disponible en: [https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=8428&prmBoletin=8034-15](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8428&prmBoletin=8034-15).

<sup>170</sup> *Ibíd.*, p. 6.

<sup>171</sup> Ver nota N° 8.

En esa dirección apunta el proyecto de ley contenido en el Boletín N° 8.034-15. Mediante él, la arquitectura institucional del sector telecomunicaciones quedaría dividida en dos: de un lado, la Subtel se haría cargo de definir la política sectorial y, consecuentemente, de dictar las normas pertinentes, es decir, en su ámbito se radicarían los objetivos de política pública vinculados a la representación del gobierno democráticamente escogido; de otro lado, a cargo de una “Superintendencia de Telecomunicaciones” quedarían las labores “neutrales”, tales como fiscalizar y sancionar<sup>172</sup>.

Con todo, como se anunció anteriormente, el problema no es sólo de orden institucional, sino que también tiene consecuencias prácticas. El hecho de que un mismo organismo público tenga a su cargo tareas distintas entre sí y en permanente tensión recíproca, dificulta las posibilidades de que él pueda destinar sus recursos en forma concentrada y especializada en esas labores. A ello hay que sumar que la Subtel y el MTyT cumplen un gran número de tareas, además de las señaladas: entregan y caducan las autorizaciones para desarrollar servicios de telecomunicaciones, salvo en el caso de los servicios de radiodifusión televisiva, aunque participan del procedimiento de entrega de estas últimas; participan en el proceso de fijación tarifaria para los servicios de telecomunicaciones sujetos a tarificación; y, además, administran el Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones, con el objetivo de promover el aumento de la cobertura de servicios de telecomunicaciones en áreas rurales o urbanas de bajos ingresos y conectividad.

Se trata, entonces, de un conjunto heterogéneo de tareas cuyo cumplimiento en general no es fácil. Sin embargo, el panorama es aún más complejo, porque el diseño institucional en telecomunicaciones hace radicar en un mismo órgano competencias que se repelen normativamente y que, por ende, debiesen pertenecer a organismos separados<sup>173</sup>.

---

<sup>172</sup> Dentro de este último grupo de labores “neutrales”, el proyecto de ley incluye también el otorgamiento de autorizaciones y concesiones, además de la conducción del procedimiento de fijación de tarifas.

<sup>173</sup> Más aún, la necesidad de separación de competencias se aprecia con particular intensidad si se tiene presente que telecomunicaciones es el único sector económico regulado que no cuenta en nuestro país con una Superintendencia o agencia fiscalizadora propia.

2. **Resulta problemático el valor de prueba pericial otorgado por la LGT a el o los informes que emite la Subtel durante los procedimientos de asignación de concesiones, cuyo mérito es valorado por el MTyT, ya que esta situación se aleja de las características que usualmente rodean a ese medio de prueba: (a) la Subtel no parece ser un tercero más en el procedimiento -como sí lo es claramente un perito-; y (b) cualquiera sea la estimación acerca del ámbito de agencia propia de la Subtel, es inequívoco que depende directamente del órgano que valora su informe.**

Es un lugar común en la dogmática procesal definir a los peritos como terceros imparciales y extraños al juicio, que informan al tribunal sobre hechos controvertidos para cuya acertada apreciación se requiere de conocimientos pertenecientes a una ciencia o área especializada<sup>174</sup>. Siendo esas las peculiaridades esenciales de un perito, asoma de manifiesto que al emitir la Subtel informes que deben ser valorados bajo los cánones de la prueba pericial, no se verifican las características de este medio de prueba. En primer lugar, la Subtel en ningún caso es un tercero en el procedimiento, sino que es un órgano que puede ser identificado con el propio adjudicador de la concesión de telecomunicaciones, es decir, con el MTyT. Además, como se describió en el capítulo IV, en caso de oposición a la adjudicación, la Subtel emite un segundo informe, en cuyo caso incluso su imparcialidad podría estar en entredicho, habida cuenta de la alta posibilidad de que su juicio se vea condicionado por las premisas y contenido del informe previo.

Dicho panorama tiene como consecuencia una constatación fundamental: en el procedimiento de asignación de concesiones, la Subtel no cumple con las condiciones o criterios bajo los cuales, en el escenario usual, podría darse lugar razonablemente a una prueba pericial. Dentro de los múltiples criterios para conceder una prueba pericial, el informe emitido por la Subtel parece sólo cumplir con el de relevancia o pertinencia, atendido su carácter de organismo técnico y especializado. En términos concretos, dicho criterio se asocia con la probabilidad de acierto y corrección en la decisión sugerida por el informe en cuestión<sup>175</sup>. Sin embargo, no se cumple con otros criterios que podrían ser considerados a efectos de admitir la procedencia de un informe pericial.

---

<sup>174</sup> FIGUEROA, Juan Agustín y MORGADO, Erika (2013). *Procedimientos Civiles e Incidentes*. Thomson Reuters, Santiago, p. 230.

<sup>175</sup> VÁZQUEZ, Carmen (2015). *La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales*. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 38, p. 102.

Siguiendo a CARMEN VÁZQUEZ<sup>176</sup>, es posible señalar que existen ciertos criterios por los que se podría prever la admisión de una prueba pericial:

- Que el estado o condición del juzgador (en el caso de la asignación de concesiones, del MTyT) suponga un límite o déficit cognitivo, traducible en una tendencia al error al resolver en torno a materias técnicas o especializadas<sup>177</sup>.

Esta situación es de difícil apreciación en el caso del MTyT. Desde luego, el MTyT es un órgano, si bien técnico y especializado, ante todo político. La cuestión por dilucidar, entonces, es hasta qué punto sus competencias técnicas y expertas son ejercidas directamente por medio de la Subtel, por ser éste el órgano *predominantemente* técnico y especializado en el entramado institucional del sector telecomunicaciones.

Si asumimos que el MTyT, además de ser un órgano político, es también especializado y técnico, no debería encontrarse afecto a un límite cognitivo tal que tienda al error en materias que se encontrarían en su ámbito de expertise. Si, por el contrario, admitimos que las competencias técnicas solamente, o preferentemente, se radican en la Subtel, entonces el MTyT podría encontrarse afecto a cierto margen de error al resolver (precisamente, porque las competencias técnicas no las ejercería directamente o en plenitud), lo que haría necesario la procedencia del informe<sup>178</sup>. No obstante, ello aumenta el riesgo de que el adjudicador, simplemente y sin más, haga suya la opinión pericial y resuelva ciñéndose estrictamente a ella<sup>179</sup>.

---

<sup>176</sup> *Ibíd.*, pp. 101-130.

<sup>177</sup> *Ibíd.*, p. 108.

<sup>178</sup> La regulación legal y constitucional de los Ministros de Estado demuestra que su carácter es político y no necesariamente técnico: se tratan de funcionarios de “exclusiva confianza” del Presidente de la República, susceptibles de ser removidos de sus cargos por sola disposición presidencial, sin atención a su experiencia o eventual especialización. En efecto, el art. 40 de la Ley N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, establece que “*Los Ministros de Estado y los Subsecretarios serán de la exclusiva confianza del Presidente de la República*”; y, consecuentemente, el art. 32 de la Constitución Política de la República prescribe que “*Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 10°.- Nombrar y remover a los funcionarios que la ley denomina como de su exclusiva confianza...*”. Adicionalmente, ninguno de los requisitos para ser Ministro de Estado exige determinado nivel de competencias técnicas.

<sup>179</sup> Así, algún autor ha advertido del “riesgo de la pereza física y mental de algunos juzgadores, que no hagan uso de la facultad legal para criticar [la prueba pericial], sino que se faciliten el trabajo rindiéndole un exagerado servilismo”. DEVIS, Hernando (1972). *Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador*. *En*: Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, N° 1, p. 61.

- Que el perito sea imparcial; imparcialidad usualmente entendida como ausencia de un tipo de relación con las partes<sup>180</sup>.

Lo normal será que la Subtel cumpla con este tipo de imparcialidad respecto de las partes, pero no respecto del MTyT. Esto marca una diferencia crucial con la prueba pericial común: el perito nunca es subordinado del juez, como sí lo es la Subtel respecto del MTyT. Pero, cualquiera sea el caso, considerar la noción de “imparcialidad” como exclusivamente ligada a que no exista entre la Subtel y las partes algún tipo de relación previa (imparcialidad de origen), obvia un par de cuestiones relevantes.

La imparcialidad de origen no incide ni asegura necesariamente la corrección y mérito del informe que emita la Subtel; y, lo que es más importante, centrar la atención en la imparcialidad de origen hace perder de vista otro tipo de imparcialidad, tan o más importante: la imparcialidad disposicional, es decir, la disposición motivacional, consciente o inconsciente, para favorecer a alguien<sup>181</sup>. Que un perito sea imparcial de origen, no impide que sea parcial disposicionalmente<sup>182</sup>. De hecho, en nuestro medio, la parcialidad disposicional es aún más importante, por la existencia única de la Subtel y no también de una Superintendencia de Telecomunicaciones, con el consecuente aumento de riesgo de captura del regulador, como se vio en la sección (i) precedente.

- Que la prueba pericial sea necesaria; necesidad entendida como necesidad epistémica de un juzgador concreto respecto de los conocimientos expertos que, se supone, suministrará la pericia<sup>183</sup>.

Esta necesidad de la prueba pericial no se refiere a que la información vertida en el informe sea “necesaria” en atención a la materia objeto de la controversia, sino a la necesidad de la información según el agente concreto que va a resolver, ya sea porque el adjudicador *crea* que necesita la información para resolver correctamente (el adjudicador cree que no tiene los conocimientos o las habilidades para conocer), ya sea porque el adjudicador *realmente* necesita de

---

<sup>180</sup> VÁZQUEZ, Carmen (2015). Ob. Cit., p. 110.

<sup>181</sup> *Ibíd.*, p. 111.

<sup>182</sup> *Ibíd.*, p. 112.

<sup>183</sup> *Ibíd.*, p. 119.

dicha información (el adjudicador realmente no tiene los conocimientos o las habilidades para conocer)<sup>184</sup>.

Este criterio es inaplicable al caso de estudio objeto de esta investigación por la sencilla razón de que el adjudicador no tiene discrecionalidad para apreciar si necesita o no el informe de la Subtel: la admisión y valoración como prueba pericial viene impuesta legalmente. La consecuencia de ello es que una pretendida necesidad del informe de la Subtel no puede ser esgrimida como fundamento de su carácter pericial.

Frente a esos antecedentes, podría argumentarse que si el informe de la Subtel no cumple con más criterios de admisión que la relevancia o pertinencia lo es porque se trata de un informe que no es “de parte” sino que “de confianza del juzgador”. De ser ese el caso, la razón para que la ley establezca la regla de valorar el informe de la Subtel con carácter pericial es que el MTyT cuenta de antemano con razones para creer en las conclusiones de ese informe, precisamente, por tratarse su emisor de un ente confiable técnicamente<sup>185</sup>. Pero dicha solución es también problemática, porque de todas formas distorsiona, para bien o para mal, la naturaleza y características esenciales de la prueba pericial.

Asumiendo como premisa inicial que el MTyT es el superior jerárquico y directo de la Subtel, el punto central es apreciar qué consecuencias se derivan si se sostiene que la Subtel tiene un ámbito de acción y agencia separado e independiente respecto de la MTyT y, en su caso, qué consecuencias se derivan si se sostiene lo opuesto. El objetivo de este trabajo, y de esta sección en específico, no es decantarse y fundamentar una u otra alternativa, sino mostrar que, cualquiera sea la escogida, el resultado es en todo caso indeseable.

Si la Subtel no tiene un ámbito de agencia y acción propio, separado del MTyT, el informe que la Subtel emite en el procedimiento de asignación de concesiones es ineficiente, porque aumenta costos terciarios (en general, costos asociados a las propias labores que la Subtel deja de ejecutar al realizar el informe, lo que es aún más claro tratándose de un eventual segundo informe) que podrían ahorrarse con la sola decisión inmediata del MTyT. Si, por el contrario, se

---

<sup>184</sup> *Ibíd.*

<sup>185</sup> *Ibíd.*, p. 104.

sostiene que la Subtel sí tiene un ámbito de agencia y acción propio, separado del MTyT, la confiabilidad en el informe de la Subtel no puede descansar únicamente en una referencia al carácter de órgano especializado y técnico de la Subtel, por las siguientes razones.

Como es obvio, el derecho debería estar interesado no en cualquier tipo de información, sino que únicamente en aquella que cumpla con ciertas características que se consideran indiciarias de su calidad<sup>186</sup>. En esa línea, y en lo que concierne a la prueba pericial, el punto de partida siempre debe ser que la admisión de una prueba pericial no sólo está considerada en atención a su relevancia, sino que también en atención a la calidad de la prueba misma, que debería tender a la disminución del error<sup>187</sup>; cuestión que no puede asegurarse con la sola invocación del carácter técnico y dependiente jerárquicamente de la Subtel.

En circunstancias normales, para admitir o excluir una prueba pericial, es necesario contar con información acerca de la calidad de las afirmaciones vertidas en el informe, a efectos de poder realizar adecuadamente el juicio sobre los hechos cuya controversia se encuentra sometida a decisión del juzgador. Si no se tiene esa información, no se puede justificar el uso de las afirmaciones del informe en el razonamiento del adjudicador<sup>188</sup>. La calidad de la prueba pericial, al menos en la fase de admisión de la prueba, debiese buscarse, en cambio, en el hecho de que el propio informe contenga información susceptible de arrojar datos sobre su propia calidad. Se trata de que el juzgador (esto es, en el caso propuesto, el MTyT) pueda formarse un juicio sobre la calidad de la información contenida en el informe de la Subtel, cuyos indicadores no se agoten en las meras credenciales de órgano experto de éste<sup>189</sup>.

Pero si se sostiene firmemente que la Subtel tiene una agencia independiente del MTyT, parece en todo caso complejo sortear la objeción de que el mérito del informe presentado radica, simplemente, en la credencial de órgano experto y jerárquicamente dependiente de la Subtel. Ello, pues resulta difícil determinar el modo en que el MTyT podría obtener información para validar y asegurar la corrección del informe de la Subtel, sin recurrir al prestigio de dicho órgano. El MTyT no tiene cómo obtener ni apreciar, por ejemplo, el consenso de la comunidad científica

---

<sup>186</sup> *Ibíd.*, p. 115.

<sup>187</sup> *Ibíd.*, p. 118.

<sup>188</sup> *Ibíd.*, p. 127.

<sup>189</sup> *Ibíd.*, p. 116.

o especialista en telecomunicaciones. Tampoco tiene la posibilidad de generar desacuerdos genuinos entre expertos, pues la ley limita la participación del interesado o peticionario a la evacuación de un traslado, pero en ningún caso le permite incorporar elementos de juicio, cuya ponderación esté a cargo del MTyT.

El gran riesgo que se corre con todas estas circunstancias, en último término, es claro. En todos los casos en que se admite y valora una prueba pericial, es de esperar que tenga un alto impacto probatorio en el razonamiento del adjudicador. En tal escenario, es muy posible que el informe de carácter pericial sea determinante para la toma de la decisión<sup>190</sup>. Dicho en otros términos:

*“[L]a eventual complejidad de los asuntos tratados en dichos informes [periciales], así como la aparente falta de herramientas suficientes para su adecuado control y ponderación, entraña el riesgo de que el juez [en nuestro caso, el MTyT] se vea compelido a fallar en los mismos términos que la pericia... en el entendido que [a las partes] les será muy difícil convencer al sentenciador que semejante opinión puede adolecer de defectos que le resten valor o que el aura de neutralidad y saber técnico naturalmente atribuible a los peritos, no excluye la posibilidad de errores, sesgos o imprecisiones de su parte”<sup>191</sup>.*

Lo anterior es de aún mayor importancia y, por consiguiente, más fuerte es la crítica, si se tiene presente la ineficiencia del sistema recursivo contemplado para los procedimientos de asignación de concesiones, como se verá en la sección (iv) de este capítulo<sup>192</sup>. A modo de adelanto, se puede indicar que dicho sistema incrementa la asimetría de conocimientos técnicos que existe entre el experto (la Subtel) y el sentenciador (la Corte de Apelaciones de Santiago) y muchas veces coloca a este último en situación de verse constreñido a hacer fe de una prueba cuyo mérito no está en condiciones óptimas de apreciar, ni mucho menos cuestionar<sup>193</sup>.

---

<sup>190</sup> *Ibíd.*, p. 125.

<sup>191</sup> BULNES, Felipe y VIAL, Gonzalo. *La prueba pericial y el riesgo de transferencia indebida de jurisdicción: medidas para una adecuada valoración de la pericia*. Artículos on line Arbitraje Nacional, Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, p. 3. Disponible en: [http://www.camsantiago.cl/articulos\\_online/ArticulosobrePeritos.pdf](http://www.camsantiago.cl/articulos_online/ArticulosobrePeritos.pdf).

<sup>192</sup> Al respecto, acerca de la prueba pericial en un procedimiento civil ordinario, se ha señalado que “*resulta improbable que con motivo de un recurso, en un entorno en que ya se perdió toda inmediatez con el experto, las falencias de su opinión queden a la vista y puedan ser debidamente contrastadas y sopesadas*”. *Ibíd.*, p. 4.

<sup>193</sup> *Ibíd.*

- 3. En el caso específico de los servicios de telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión, el establecimiento del sorteo como método de adjudicación de la concesión si existen propuestas equivalentes en términos técnicos y de buen servicio puede producir ciertas eficiencias respecto a los costos terciarios y también respecto de incentivos para los solicitantes.**

Como se explicó en el capítulo II, el sorteo como herramienta de toma de decisiones es inusual y en muchos ámbitos recurrir a él resulta contra intuitivo. Cuando hay decisiones importantes comprometidas -como lo es sin duda la asignación de una concesión-, una invocación al azar o a “la suerte” parece contradictoria con la racionalidad que el contexto de la decisión exige. Tal argumentación, que en muchos casos nos parecería correcta sin más, merece ser matizada si atendemos al supuesto de hecho de cuya verificación depende la procedencia del sorteo para asignar concesiones de servicios de telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión, de conformidad a la LGT.

Normalmente, el riesgo de emplear el sorteo en un procedimiento de asignación de concesiones consistiría en que se podrían otorgar derechos de explotación de una actividad a quien manifiestamente no es el mejor agente para llevarla a cabo<sup>194</sup>. Empero, ese riesgo supone, en todo caso, que la bondad o mérito de las opciones en disputa sea claramente perceptible para quien debe tomar la decisión de decantarse por una u otra. Y aunque así ocurre en la mayoría de los casos, nada impide que en ciertos contextos de decisión la razón para escoger una opción sobre otra no sea tan evidente: hay casos en que es indeterminado cuál de las alternativas posibles es más apropiada para el propósito previsto, por múltiples razones<sup>195</sup>.

Precisamente, un supuesto de hecho de ese tipo contempla la LGT para admitir el sorteo como método de asignación de concesiones. En la LGT el sorteo procede si es que existen, por parte de los solicitantes de concesión, propuestas equivalentes en términos técnicos y de estándar de buen servicio para la población. O sea, se trata de alternativas que no son susceptibles de jerarquización sobre la base de criterios de preferencia racionales y técnicamente comprobables: el sorteo supone que no se pueda advertir cuál de las alternativas es mejor, en virtud del “empate técnico” existente entre ellas. En dicho escenario, en el que ni siquiera los técnicos y expertos

---

<sup>194</sup> En un procedimiento jurisdiccional civil, dicho riesgo radica en asignar o reconocer derechos alejándose del “mérito” del proceso y de la actividad probatoria de las partes. Elster, Jon (1999). Ob. Cit., p. 91.

<sup>195</sup> *Ibíd.*, pp. 95-96.

están contestes en una preferencia (y por “técnicos y expertos” debemos aquí entender la Subtel y su parecer contenido en el informe evacuado en calidad de pericial), no hay mejor manera de resolver que sorteando. En un caso como ese, se aplica a la perfección la máxima establecida por JON ELSTER: “*en ausencia de razones para escoger una alternativa por sobre otra, da lo mismo escogerla al azar*”<sup>196</sup>. A fin de cuentas, y si se piensa bien, los sorteos cumplen la tarea de facilitar la elección cuando existen varias opciones que son igual y máximamente buenas, al punto de que sus méritos y contribuciones resultan imposibles de distinguir a efectos de discriminar entre ellas<sup>197</sup>.

Por lo demás, en el caso del sorteo en el procedimiento de asignación de concesiones de servicios de telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión, habría que agregar otro punto favorable: también resulta eficiente. En primer lugar, una consideración importante para fundamentar el sorteo en la LGT estriba en sus efectos de incentivo, toda vez que la incertidumbre en torno al resultado genera, en los individuos a quienes afecta, estímulos o alicientes para actuar de uno u otro modo<sup>198</sup>: si son dos o más los solicitantes, y todos saben que, frente a un empate técnico, la asignación de la concesión se hará mediante sorteo, todos tienen incentivos a preparar una oferta siquiera mínimamente mejor que la de sus contrincantes, de forma de anticiparse a ella y evitar el sorteo<sup>199</sup>.

En segundo lugar, el sorteo también es eficiente porque disminuye los costos de transacción, que no son otra cosa que costos administrativos. En efecto, forma parte de los costos administrativos de cualquier procedimiento el costo asociado a la obtención de información necesaria para que el adjudicador decida correctamente. En virtud del sorteo, frente a un empate técnico de las propuestas en disputa, el MTyT no tiene que invertir más en adquirir información para tomar una mejor decisión, toda vez que la utilización del sorteo presupone que todas las opciones a disposición son igualmente buenas por lo que se sabe de ellas. Si todas las ofertas de los solicitantes de concesión superan el umbral exigido de calidad y son técnicamente

---

<sup>196</sup> *Ibíd.*, p. 41.

<sup>197</sup> *Ibíd.*, pp. 53-54.

<sup>198</sup> *Ibíd.*, p. 97.

<sup>199</sup> En contra podría argüirse la posibilidad de que el incentivo opere en dirección opuesta, esto es, que el universo de solicitantes, concertadamente o no, disminuya la calidad de sus propuestas, en el entendido que, si todas las propuestas son de baja calidad, pero técnicamente similares, puede que se hagan de una concesión a bajo costo. Con todo, frente a un escenario de ese tipo, la solución para el organismo a cargo del concurso es simple: establecer umbrales mínimos de calidad para permitir presentar una oferta o propuesta.

equivalentes, no vale la pena, en términos económicos, averiguar cuál es mínimamente mejor que la otra.

Lo anterior, desde luego, no niega que, con mayor tiempo y recursos, probablemente se podría determinar con exactitud que una alternativa es mejor que la otra bajo ciertos parámetros. Lo que se propone aquí -y en esto radica la eficiencia del sorteo bajo este prisma- es que puede no ser racional averiguar más, ya que, desde una óptica de optimización de recursos, en ciertos casos es aceptable que la diferencia existente entre las opciones a escoger sea pequeña en relación con los costos de adquirir información adicional.

Por último, también es importante considerar que el sorteo, en caso de empate técnico, promueve la imparcialidad: si no existen diferencias relevantes entre las propuestas, sería parcial indagar en diferencias irrelevantes para fundamentar una preferencia. Así, desde este punto de vista, la imparcialidad del sorteo no es sólo deseable desde el debido proceso, sino que también desde la eficiencia, al disminuir el universo de razones por las que se podría impugnar la decisión final.

- 4. El sistema recursivo contemplado en la LGT para impugnar la decisión adoptada por el MTyT, consistente ya sea en asignar la concesión a uno de los solicitantes, ya sea en declarar desierto el concurso, es ineficiente: no sólo hace aumentar los costos administrativos del procedimiento, sino que también, eventualmente, los costos del error.**

Conforme las explicaciones del capítulo II, el fundamento objetivo de cualquier sistema recursivo consiste en enmendar los errores de los que puede adolecer la decisión judicial o administrativa impugnada<sup>200-201</sup>. Ahora bien, cuando la decisión previa que se impugna a través de la vía recursiva es de carácter administrativa, adquiere relevancia un tópico bien estudiado en derecho administrativo: la revisión judicial de las decisiones adoptadas por la administración del Estado (de la cual forman parte, ciertamente, el MTyT y la Subtel). Suele decirse que tal revisión

---

<sup>200</sup> MOSQUERA, Mario y MATORANA, Cristián (2012). Ob. Cit., pp. 36-37. En igual sentido, JIMÉNEZ, Claudio y FOULLIOUX, Pascale (2018). Ob. Cit., p. 151.

<sup>201</sup> Aseveración similar puede predicarse de las reclamaciones contencioso-administrativas: mediante ellas, un tribunal revisa, en sentido amplio, la “legalidad” de la decisión administrativa previa.

judicial es una característica fundamental de los sistemas administrativo-regulatorios modernos y, para muchos, resulta esencial para afirmar la existencia de un verdadero Estado de Derecho<sup>202</sup>.

Lo anterior es importante porque el caso objeto de estudio de esta investigación supone, precisamente, una concreción de dicho tópico: como se describió en el capítulo IV, la decisión del MTyT, órgano administrativo perteneciente al poder ejecutivo y parte de la administración central, consistente en otorgar una concesión de servicios de libre recepción o de radiodifusión, o de servicios públicos o intermedios de telecomunicaciones, o en declarar desierto el concurso público realizado al efecto, es recurrible ante un tribunal ordinario, cual es la Corte de Apelaciones de Santiago, vía apelación.

Es dable señalar que, al menos teóricamente, la intensidad de la revisión judicial, es decir, cuánto abarca (los hechos y/o el derecho y/o cuestiones de política pública) y en qué puede materializarse la revisión (únicamente en invalidar la decisión administrativa y/o en sustituirla completamente y/o en devolverla a sede administrativa, etc.), puede fluctuar entre dos extremos: desde el escrutinio mínimo de la decisión de la instancia administrativa hasta la total sustitución de la decisión tomada en esa instancia. Estos dos extremos o enfoques en torno a los límites del control judicial de decisiones administrativo-regulatorias son conocidos en la literatura tradicional como “deferencia” y “no deferencia”, respectivamente<sup>203</sup>. De este modo me referiré también a ellas en lo sucesivo.

La deferencia importa entregar al órgano administrativo un amplio ámbito de discreción en sus pronunciamientos; discreción que, usualmente, se extiende a cuestiones de hecho, de derecho y, en algunos casos, incluso a cuestiones de política pública<sup>204</sup>. En general, la discreción tendrá lugar siempre que el legislador confiera a la administración un espacio de autodeterminación o de libertad de decisión dentro de ciertos márgenes, a efectos de deliberar

---

<sup>202</sup> TAPIA, Javier y CORDERO, Luis (2015). *La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional*. En: *Revista Estudios Públicos* N° 139, p. 9.

<sup>203</sup> *Ibíd.*, p. 31. Tal como precisan los autores, resulta conveniente tener presente que “deferencia” y “no deferencia” son únicamente enfoques meramente referenciales, pero que resultan útiles para expresar el ámbito de intensidad de la revisión judicial. Por ende, a pesar de que en todo caso el control judicial es una cuestión de grado, la dicotomía es útil como herramienta analítica y de examen de la problemática.

<sup>204</sup> *Ibíd.*, p. 32.

entre varias alternativas o soluciones posibles y aceptables<sup>205-206</sup>. En términos prácticos, la deferencia se traducirá, por parte del tribunal revisor, en un mayor respeto hacia la decisión administrativa, modificándola o invalidándola únicamente si ella es arbitraria o irracional, o impermisible a la luz de la ley habilitante del órgano administrativo, o grave, manifiesta y evidentemente desproporcionada; pero no sobre la base de consideraciones de mérito<sup>207</sup>. La no deferencia, por el contrario, se traducirá en que el revisor judicial examinará y decidirá sobre todos o gran parte de los aspectos sustanciales y procedimentales resueltos previamente en sede administrativa<sup>208</sup>.

La forma y el alcance de la revisión judicial, esto es, el mayor o menor grado de deferencia que el tribunal exhiba en relación a la decisión adoptada por el órgano administrativo, depende, según TAPIA y CORDERO, del juego e interrelación de dos variables institucionales: por una parte, del carácter especializado o “generalista” del tribunal revisor respecto de la decisión administrativa y del órgano que la adoptó; y, por otra, del ámbito o espacio de decisión con el que cuenta el tribunal revisor, o sea, si se trata de una revisión amplia (hechos, derecho y, eventualmente, temas de política pública) o restringida (por ejemplo, sólo a cuestiones de derecho)<sup>209-210</sup>.

El carácter especializado o generalista forma parte de la naturaleza misma del tribunal revisor. Se trata de una variable orgánica, propia de su funcionamiento, y que constituye buena parte de lo que cabría llamar su “diseño institucional”. La segunda variable, en cambio, estriba en el ámbito entregado al tribunal revisor para desplegar sus facultades, es decir, en el estándar de revisión definido por el propio ordenamiento jurídico. En nuestro derecho, como en casi todos los sistemas de tradición continental, este tópico se expresa en la amplitud de revisión que

---

<sup>205</sup> MENÉNDEZ, Pablo (2005). *Diccionario de Derecho Administrativo*. Iustel, Madrid, p. 969.

<sup>206</sup> Este es un rasgo que puede predicarse del MTyT y de la Subtel no tan sólo por la especificidad del mandato del legislador y sus roles preponderantes en el procedimiento de asignación de concesiones en telecomunicaciones, sino que también por su legitimidad democrática, toda vez que pertenecen a la administración central cuya gestión es de cargo del gobierno de turno.

<sup>207</sup> Para una breve reseña de los diversos estándares de revisión judicial según la clase de pronunciamiento administrativo en el caso chileno, véase GARCÍA, William (2013). *Criterios para la revisión judicial de la potestad reglamentaria en el derecho norteamericano*. En: Revista de Derecho, N° 29, pp. 25-28.

<sup>208</sup> TAPIA, Javier y CORDERO, Luis (2015). *Ob. Cit.*, p. 31.

<sup>209</sup> *Ibíd.*, p. 11.

<sup>210</sup> Entiendo por jurisdicción “generalista” aquella encargada de resolver un universo amplio de casos diferentes entre sí, pero reconducibles todos al derecho común. En ese sentido, son “generalistas” todos los tribunales ordinarios de nuestro país.

otorgan los diversos recursos procesales<sup>211</sup>. Paradigmáticamente, el recurso de apelación otorga al tribunal revisor un amplio nivel de intrusividad en la decisión impugnada<sup>212</sup>; de su lado, el recurso de casación, por ejemplo, confiere un espacio de revisión limitado al derecho aplicado o a las causales expresamente establecidas por el legislador<sup>213</sup>.

Siguiendo a TAPIA y CORDERO, para que un sistema de revisión judicial de decisiones administrativo-regulatorias opere eficientemente y en un marco de legitimidad, es necesario que las respuestas a las preguntas por la naturaleza del organismo revisor (si es especializado o generalista) y por su estándar (ámbito) de revisión estén intrínsecamente vinculadas. Dicha vinculación radica en que el estándar de revisión esté diseñado “a la medida” de las características y posibilidades del tribunal revisor, porque tales características generan alicientes para actuar con o sin deferencia<sup>214</sup>.

Así, por una cuestión de diseño, si el tribunal revisor es generalista, es probable que tenga, por su falta de expertise, mayores incentivos a ser deferente con la decisión previa del órgano administrativo, al menos respecto de cuestiones de hecho y, de ser el caso, también respecto de cuestiones de política pública. Consecuentemente, en principio, su estándar de revisión debiera prohibirle extenderse fuera de las cuestiones estrictamente de derecho, con el fin de restringir una eventual tentación del tribunal de desviarse de la deferencia, puesto que, por su carácter generalista, tal tentación podría resultar dañina para los objetivos del sistema regulatorio<sup>215</sup>. Bajo este estándar de revisión, que podríamos denominar “revisión judicial en sentido estricto”, el tribunal se preocupa esencialmente de la forma en que la decisión administrativa ha sido adoptada, es decir, si en su adopción se han cumplido y verificado las reglas previstas para el correcto y legalmente válido desarrollo del procedimiento administrativo pertinente. En lo que concierne al fondo, el tribunal invalidará la decisión administrativa sólo si ella resulta irracional o arbitraria<sup>216</sup>. Cuestión contraria acontece si el tribunal revisor es especializado. Éste cuenta con

---

<sup>211</sup> TAPIA, Javier y CORDERO, Luis (2015). Ob. Cit., p. 37.

<sup>212</sup> MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián (2012). Ob. Cit., p. 127: “[el recurso de apelación] supone que el Tribunal que conoce de él puede revisar los hechos y el derecho de acuerdo con las peticiones concretas formuladas por las partes al interponerlo, con muy pocas limitaciones”.

<sup>213</sup> *Ibid.*, pp. 238-241.

<sup>214</sup> TAPIA, Javier y CORDERO, Luis (2015). Ob. Cit., pp. 11-12.

<sup>215</sup> *Ibid.*, p. 12 y p. 38.

<sup>216</sup> *Ibid.*, p. 36.

escasos incentivos a ser deferente con la administración, pues su expertise y la justificación de su creación le permiten examinar toda clase de variables involucradas en la decisión administrativa (se trata, entonces, de una “revisión de mérito”). De hecho, si esta clase de tribunal resultara restringido por el estándar de revisión, se socavarían los sustentos de su propia creación, toda vez que se perderían los beneficios de la especialización<sup>217</sup>.

En consecuencia, sólo cuando esas variables institucionales se comunican y se relacionan de ese modo -revisor generalista con estándar de revisión acotado, revisor especializado con estándar de revisión amplio- puede decirse con propiedad que el sistema de revisión judicial es eficiente: las controversias pueden ser resueltas más rápidamente, con decisiones adecuadas al tipo de materia de la que se trate (es decir, minimizando posibles errores) y estableciendo incentivos para que la etapa de revisión judicial no sea sobre o sub utilizada<sup>218</sup>.

Sin embargo, ese no es el escenario en el caso objeto de estudio de esta investigación: la LGT consagra una inconsistencia del estándar de revisión respecto del diseño orgánico del tribunal revisor. Conforme la terminología empleada por TAPIA y CORDERO, habría que decir que el estándar de revisión previsto en la LGT no se encuentra hecho “a la medida” de las características del tribunal revisor.

En efecto, de un lado, el tribunal revisor es la Corte de Apelaciones de Santiago, que constituye un tribunal, sin duda alguna, generalista y no especializado. De otro lado, el estándar de revisión viene dado por el recurso procesal previsto en la LGT en contra de la decisión del MTyT, cual es el recurso de apelación, que importa un ámbito de revisión amplio y no acotado como mandata generalmente un tribunal de competencia generalista y no especializada. O sea, la LGT no consagra ninguno de los dos escenarios en el que el juego de las variables institucionales involucradas permite un sistema eficiente de revisión de decisiones administrativas, según lo previamente explicado. Lo indeseable de esa solución de diseño y de estándar de revisión reside en que existen riesgos de eficiencia implicados (a) tanto si la Corte, a pesar de la amplitud del estándar de revisión que le ha sido otorgado, decide ser deferente con

---

<sup>217</sup> *Ibíd.*, p. 12.

<sup>218</sup> *Ibíd.*, pp. 12-13.

la decisión del MTyT, (b) como si la Corte, en mérito de la amplitud de su estándar de revisión, decide no ser deferente con la decisión del MTyT.

El punto es fácil de apreciar en este segundo escenario. Con el establecimiento de un sistema recursivo aumentan los costos administrativos o terciarios del procedimiento. No obstante, la razón para consagrar y poner en funcionamiento un sistema recursivo es la expectativa de que el daño social derivado de eventuales errores supera el costo administrativo del sistema recursivo<sup>219</sup>. Pero, en este caso, al no ser la Corte un tribunal especializado en telecomunicaciones, de existir error en la decisión del MTyT, aquella no se encuentra en buena posición para advertirlo y, por ello, no existen grandes probabilidades de enmendar errores. Por contraparte, de no existir error en la decisión del MTyT, se corre el riesgo de que, debido a la tentación a alejarse de la deferencia, en virtud de la amplitud de revisión que confiere la apelación, la Corte decida modificar una decisión administrativa correcta.

La entidad de ese riesgo y el daño aparejado es aún mayor si se tiene en cuenta que la Corte resuelve en única instancia, por lo que, de decidir equivocadamente, dicho error no podrá ser corregido. Adicionalmente, si la Corte tiende a alejarse de la decisión del MTyT, se produce una ineficiencia consecuente: todos los solicitantes insatisfechos con la decisión en sede administrativa tendrían incentivos a deducir el correspondiente recurso de apelación, con total independencia de si la decisión del MTyT adolece o no de error. Tal situación rompe con la premisa de que, para que el sistema procesal reduzca los costos sociales, es necesario establecer estímulos para que los litigantes recurran o reclamen contra decisiones erróneas y no (o al menos en menor medida) contra decisiones acertadas<sup>220</sup>.

En el otro escenario, esto es, si la Corte, a pesar del estándar de revisión que le otorga la apelación decide ser deferente con la decisión administrativa previa, el panorama no es mucho mejor. El primer riesgo de eficiencia involucrado es que el sistema recursivo podría convertirse en una quimera si la Corte, por su falta de conocimientos en telecomunicaciones, se limita a confirmar el criterio del MTyT aun en los casos en que la decisión administrativa es errónea. Si ello fuera así, no disminuyen los costos del error, pero sí aumentan los costos administrativos

---

<sup>219</sup> SHAVELL, Steven (2004). Ob. Cit., p. 460.

<sup>220</sup> *Ibid.*, pp. 457-460.

del sistema, sin contrapartida beneficiosa alguna. También hay que tener presente la influencia que la revisión ex post del tribunal ejerce sobre los órganos administrativos cuyas decisiones se encuentran sujetas a su control. Es presumible que los órganos administrativos pueden anticipar los posibles resultados de la revisión judicial, adaptando su actuación a efectos de precaver la posibilidad de que sus decisiones sean revertidas<sup>221</sup>.

Como la Corte se encuentra de todos modos obligada a resolver el recurso de apelación en contra de la decisión del MTyT y a fundamentar su sentencia, puede ocurrir que aquella, de facto, decida acotar su estándar de revisión, limitándose a constatar que la formalidad procedimental ha sido observada en la sede administrativa, confirmando consecuentemente la decisión allí adoptada. Si ello sucede, el MTyT, anticipando el resultado en sede judicial, podría preocuparse con especial esmero en sede administrativa de cumplir con las formalidades procedimentales (“el debido proceso administrativo”), con el objetivo de disminuir las probabilidades de que su decisión sea revertida.

De allí que uno de los peligros de la deferencia es que ella importe un énfasis excesivo en aspectos formales del procedimiento, que bien podría ser llevado a cabo a expensas de los aspectos sustanciales o de fondo, máxime cuando el procedimiento administrativo es robusto y complejo<sup>222-223</sup>. Y en el caso del procedimiento de asignación de concesiones en telecomunicaciones, nos encontramos, precisamente, frente a un procedimiento robusto y complejo: existen posibilidades de traslado y oposición por parte de los solicitantes, y en él se emite un informe técnico por la Subtel con carácter de pericial no sólo una, sino que potencialmente en dos ocasiones. Tal hincapié en lo procedimental trae aparejado una demora excesiva en el procedimiento administrativo, es decir, un aumento en los costos terciarios del sistema, sin una contracara eficiente en la corrección de fondo de la decisión que, en definitiva, tome el MTyT.

---

<sup>221</sup> TAPIA, Javier y CORDERO, Luis (2015). Ob. Cit., p. 39.

<sup>222</sup> *Ibíd.*, pp. 41-42.

<sup>223</sup> Una deferencia excesiva supone, además, un incentivo para el órgano administrativo a no fundamentar su decisión de manera detallada ni a proveer criterios claros, sino simplemente a *indicar* sus razones con el fin de prevenir el posible éxito de recursos en su contra. *Ibíd.*, p. 42.

## CONCLUSIONES

Si bien la relación entre debido proceso y eficiencia puede tener lugar generalmente en términos de un *trade off*, al modo de variables inversamente proporcionales, la presente investigación ha intentado mostrar cómo consideraciones de eficiencia pueden ser exigidas, precisamente, en pos de resguardar el debido proceso, a partir de un caso de estudio consagrado legislativamente en nuestro derecho.

Tales consideraciones de eficiencia se reducen, básicamente, (a) al método de adopción de decisiones definitivas al interior de un procedimiento cualquiera y (b) al sistema recursivo de impugnación de esas decisiones. La razón es que, por una parte, el punto (a) determina cuáles y de cargo de quién son los costos de transacción relevantes involucrados en el procedimiento, mientras que el punto (b) determina si existen o no posibilidades *reales* de revertir decisiones previas que sean erróneas.

Tanto los costos de transacción como la posibilidad de revertir errores son ejemplos de las dos grandes clases de costos implicados en cualquier procedimiento, sea jurisdiccional o administrativo: costos terciarios (o administrativos) y costos del error. Y ambos costos son susceptibles de ser examinados desde la tradición del análisis económico del derecho, sobre la base de la eficiencia como estándar rector.

Considerando que el debido proceso es un mandato constitucional que tiene por destinatario al legislador, la relación existente entre costos administrativos y costos del error debe ser de *optimización*, más que de minimización. Lo anterior, porque la tarea del legislador a este respecto consiste en producir un óptimo de eficiencia que pondere los costos de mejoramiento del sistema procesal y los beneficios que ello genera, a efectos de ofrecer a la ciudadanía una *adecuada* administración de justicia.

El sustento normativo que permite fundamentar esa aseveración se encuentra en una determinada lectura del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, particularmente, en la exigencia que el constituyente hace al legislador en orden a establecer procedimientos *racionales*. Al ser la racionalidad exigida una pauta abierta, ella debe ser

concretizada a partir de criterios que la doten de contenido, uno de los cuales -como se sostuvo en el capítulo I- puede ser la eficiencia. La razón es que, a diferencia de otros criterios, la eficiencia sí discurre acerca de los costos terciarios y del error aplicables en cualquier procedimiento, cualquiera sea su carácter.

Dicho sustento normativo permite analizar toda regulación legal de carácter procesal a partir de las variables de costos administrativos y costos del error. Tratándose del caso de estudio objeto de la presente investigación, se aseveró que el mismo era susceptible de observaciones y críticas sobre la base de consideraciones de debido proceso y/o eficiencia.

En primer lugar, se criticó allí el potencial riesgo de captura del regulador de la Subtel, habida cuenta de la arquitectura institucional del sector telecomunicaciones, consistente en un solo órgano administrativo que contempla en su seno competencias normativas y fiscalizadoras. Aunque tal crítica es más propia de ámbitos como el derecho administrativo y económico, la situación puede sembrar dudas sobre todo el procedimiento de asignación de concesiones y, consecuentemente, sobre la posibilidad de afirmar o no que estamos frente a un debido proceso.

Posteriormente, se indicó que el valor de prueba pericial de los informes que emite la Subtel resulta problemático no tan sólo porque entra en conflicto con los criterios bajo los cuales podría darse lugar normalmente a ese medio de prueba en un procedimiento jurisdiccional, sino también porque influye en gran medida en la decisión del MTyT y es de difícil corrección por parte de la Corte de Apelaciones de Santiago.

En tercer lugar, se apreció que el sorteo o azar como método de adopción de decisiones definitivas exhibe ciertas eficiencias. Además de promover incentivos deseables para los solicitantes de concesión, disminuye los costos de transacción en que debe incurrir el MTyT.

Por último, el sistema recursivo contemplado en la LGT fue objeto de importantes críticas, principalmente, por la inconsistencia entre el carácter generalista de la Corte de Apelaciones de Santiago y la amplitud que supone la apelación como estándar de revisión. Esa inconsistencia tiene por efecto que, cualquiera sea la actitud de la Corte hacia la decisión

administrativa previa (esto es, si opta por la deferencia o por la no deferencia), el resultado es de todos modos socialmente indeseable.

Así, las críticas y observaciones anteriores demuestran la necesidad de que cualquier regulación procedimental incorpore en su configuración variables propias del análisis económico del derecho, como herramienta capaz de mostrar la eficiencia y, con ello, la racionalidad, de un procedimiento en particular. De ese modo, se permite y se estimula la necesaria armonía que debe existir entre la reducción de la posibilidad de error y la inversión en mejoras procesales únicamente hasta el punto en que ello continúe siendo eficiente.

La finalidad de este trabajo se cumple exitosamente en la medida que contribuya hacia esa dirección.





## **BIBLIOGRAFÍA**

- ADAMS, Charles (1987). *Final Offer Arbitration: Time for Serious Consideration by the Court*. Nebraska Law Review 66(2).
- AIMONE, Enrique (2014). *Actividades Económicas Reguladas*. Thomson Reuters, Santiago.
- ALEXY, Robert (2008). *La fórmula del peso*. En: CARBONELL, Miguel (Editor). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador.
- BEYER, Harald (1992). *Ronald H. Coase y su contribución a la teoría de la economía y del derecho*. En: Revista de Estudios Públicos N° 45.
- BOEHM, Frédéric (2005). *Corrupción y captura en la regulación de servicios públicos*. En: Revista de Economía Institucional, Vol. 7, N° 13.
- BULNES, Felipe y VIAL, Gonzalo. *La prueba pericial y el riesgo de transferencia indebida de jurisdicción: medidas para una adecuada valoración de la pericia*. Artículos online Arbitraje Nacional, Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.
- CARRASCO, Nicolás (2017). *La eficiencia procesal y el debido proceso*. En: Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, N° 32.
- CARRASCO, Nicolás (2018a). *Acercas de la procedencia del criterio Kaldor-Hicks en el proceso civil*. En: CARRASCO, Nicolás (coord.). *Análisis Económico del Derecho Procesal: Nuevas Perspectivas*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- CARRASCO, Nicolás (2018b). *Breve introducción a los criterios de eficiencia*. En: CARRASCO, Nicolás (coord.). *Análisis Económico del Derecho Procesal: Nuevas Perspectivas*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- CARRASCO, Nicolás (2018c). *La regla de oferta final en el panel eléctrico chileno*. Derecho PUCP (81).
- CARRASCO, Nicolás y ARAYA, Sebastián (2018). *Los criterios de eficiencia como factores de decisión judicial, objeciones a las críticas al análisis económico del derecho normativo en su faz de aplicación judicial*. En: CARRASCO, Nicolás (coord.). *Análisis Económico del Derecho Procesal: Nuevas Perspectivas*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- CARRASCO, Nicolás y PALMA, Nicolás (2018). *Eficiencia y debido proceso: la necesidad de justicia pública en paneles de expertos*. En: CARRASCO, Nicolás (coord.). *Análisis Económico del Derecho Procesal: Nuevas Perspectivas*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

- CASARINO, Mario (2011). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- COASE, Ronald (1992). *El problema del costo social*. En: Revista de Estudios Públicos N° 45.
- COMISIÓN EUROPEA (1997). *Libro verde sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sus consecuencias para la reglamentación*. Bruselas.
- COOTER, Robert y ACCIARRI, Hugo (2012). *Introducción. La Economía, El Derecho y sus consecuencias*. En: COOTER, Robert y ACCIARRI, Hugo (directores). *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Thomson Reuters, Santiago.
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas (1998). *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica, México.
- COUTURE, Eduardo (2010). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Thomson Reuters Punto Lex, Santiago.
- CRAWFORD, Vincent (1982). *Compulsory Arbitration, Arbitral Risk and Negotiated Settlements: A Case Study in Bargaining under imperfect information*. *The Review of Economic Studies* 49(1).
- DEVIS, Hernando (1972). *Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador*. En: Revista de Derecho Procesal Iberoamericana N° 1.
- ELSTER, Jon (1999). *Juicios Salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*. Gedisa Editorial, Barcelona.
- FLORES, Guillermo (2012). *Teoría de juegos y Derecho: Arbitraje de Oferta Final*. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics.
- FIGUEROA, Juan Agustín y MORGADO, Erika (2013). *Procedimientos Civiles e Incidentes*. Thomson Reuters, Santiago.
- GARCÍA, L. Iván (2011). *La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales*. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI.
- GARCÍA, William (2013). *Criterios para la revisión judicial de la potestad reglamentaria en el derecho norteamericano*. En: Revista de Derecho N° 29.
- HICKS, John (1939). *The Foundations of Welfare Economics*. *The Economic Journal*, vol. 49, N° 196.

- JIMÉNEZ, Claudio y FOUILLIOUX, Pascale (2018). *Consideraciones para un concepto de error procesal (una mirada desde el análisis económico del derecho)*. En: CARRASCO, Nicolás (coord.). *Análisis Económico del Derecho Procesal: Nuevas Perspectivas*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- KALDOR, Nicholas (1939). *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*. *The Economic Journal*, vol. 49, N° 195.
- MARTÍNEZ, José Ignacio y Zúñiga, Francisco (2011). *El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. *Estudios Constitucionales*, año 9, N° 1.
- MATURANA, Cristián (2015). *Derecho Procesal Orgánico, Parte General*. Separata Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- MENÉNDEZ, Pablo (2005). *Diccionario de Derecho Administrativo*. Iustel, Madrid.
- MERY, Rafael (2012a). *Análisis Económico del Derecho Penal*. En: COOTER, Robert y ACCIARRI, Hugo (directores). *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Thomson Reuters, Santiago.
- MERY, Rafael (2012b). *Análisis Económico del Derecho Procesal. Economía de la Litigación*. En: COOTER, Robert y ACCIARRI, Hugo (directores). *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Thomson Reuters, Santiago.
- MOGUILLANSKY, Graciela (1998). *Las reformas del sector de telecomunicaciones en Chile y el comportamiento de la inversión*. Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Santiago.
- MONTERO, Juan Pablo (2003). *A model of arbitration in regulation*. Pontificia Universidad Católica de Chile, Instituto de Economía, Documento de trabajo N° 267.
- MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián (2012). *Los recursos procesales*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- NOGUEIRA, Humberto (2007). *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano*. Librotecnia, Santiago.
- NÚÑEZ, Raúl; CARRASCO, Nicolás y CORONADO, Martín (2018). *Compatibilidad entre debido proceso y eficiencia: su aplicación al régimen de apelación en el proceso civil chileno*. En: *Revista de Derecho* Vol. XXXI, N° 2.
- NÚÑEZ, Raúl y PÉREZ, Álvaro (2013). *Manual de derecho procesal civil, Parte General*. Legal Publishing, Santiago.
- PARETO, Vilfredo (1954). *Manual de Economía Política*. Trad. Guillermo Cabanellas. Editorial Atalaya, Buenos Aires.

- PASTOR, Santos (1993). *¡Ab de la Justicia! Política Judicial y economía*. Civitas, Madrid.
- POSNER, Richard (1992). *El Análisis Económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México.
- SALDÍAS, David (2018). *La eficiencia como exigencia de racionalidad procesal*. En: CARRASCO, Nicolás (coord.). *Análisis Económico del Derecho Procesal: Nuevas Perspectivas*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- SHAVELL, Steven (2004). *Foundations of Economic Analysis of Law*. Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge.
- SIERRA, Lucas (2008). *Regulación de las Telecomunicaciones en Chile: Potestades Normativas, Tradición Divergente y Desafíos de la Convergencia*. En: Subtel y Facea (eds). *Telecomunicaciones: Seminario sobre Regulación del Sector Telecomunicaciones “Convergencia y Nuevos Desafíos”*.
- SILVA A., Max (2009). *La Evolución de la Ciencia Jurídica en Norberto Bobbio*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- SUNSTEIN, Cass (2014). *(más) Simple, El futuro del gobierno*. Marcial Pons, Buenos Aires.
- TAPIA, Javier y CORDERO, Luis (2015). *La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional*. En: Revista Estudios Públicos N° 139.
- TARUFFO, Michele (2009). *Páginas sobre justicia civil*. Trad. M. Aramburo. Marcial Pons, Madrid.
- TIJMES, Jaime (2015). *El arbitraje de oferta definitiva en la legislación eléctrica chilena*. En: Revista Jurídicas 12(2).
- VÁZQUEZ, Carmen (2015). *La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales*. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 38.
- VELÁSQUEZ, Juan y DONOSO, Lorena (2013). *Tratamiento de datos personales en internet. Los desafíos jurídicos en la era digital*. Thomson Reuters, Santiago.
- VERGARA, Alejandro; SANZ DE UNDURRAGA, Gerardo y CAÑAS, Esteban (2016). *¿Hacia un despotismo administrativo en el sector energía? Comentarios al proyecto de ley que establece nuevos sistemas de transmisión de energía y crea organismo coordinador independiente*. En: Mirada Jurídica N° 1, Programa de Derecho Administrativo Económico, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile.

## **JURISPRUDENCIA**

- CORTE SUPREMA. Sentencia de 18 de marzo de 1997, Ingreso Rol N° 4.740-96. *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, Núm. 1-1997.
- CORTE SUPREMA. Sentencia de 9 de agosto de 2005, Ingreso Rol N° 2.857-2005.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de 2 de enero de 2007. Ingreso Rol N° 513-2006.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de 19 de junio de 2007, Ingreso Rol N° 771-2007.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de 3 de enero de 2008, Ingreso Rol N° 792-2007.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de 1 de julio de 2008, Ingreso Rol N° 946-2007.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de 7 de septiembre de 2010, Ingreso Rol N° 1.448-2009.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de 4 de julio de 2013, Ingreso Rol N° 2.133-2011.