

ANT.:

MAT.: Informa.

Santiago, 1 de marzo de 2021

A : SR. FRANCISCO RENARD Y OTROS

**DE : SRS. JUAN PABLO PINO COLLIPAL
MAURICIO SALDIAS ESPINOZA
Abogados**

Junto con saludar, por este acto hemos venido en informar lo requerido, en atención a las diversas denuncias sobre el bloqueo de determinadas zonas turísticas de la comuna de San Pedro de Atacama.

Al respecto, es necesario primero hacer una distinción sobre la normativa atingente a esta causa, y asimismo, las instituciones que son referentes en este caso, para finalmente, exponer acerca de las variables que existen para hacer valer los intereses del grupo de empresarios y operadores turísticos de la zona de San Pedro de Atacama.

- I. Régimen normativo pertinente
 - a. Derechos y Garantías Constitucionales involucradas.
 - b. Tratados Internacionales
 - c. Leyes vigentes
 - d. Reglamentos, Acuerdos, Convenios y Contratos

- II. Órganos competentes y alcances
 - a. Órganos políticos
 - a. Gobierno regional
 - b. Municipalidad
 - b. Órganos sectoriales
 - a. Bienes Nacionales
 - b. CONAF
 - c. Vialidad
 - d. SERNATUR
 - e. CONADI

- III. Acciones
 - a. Recurso de protección

- b. Responsabilidad civil por falta de servicio
- c. Recurso de amparo económico
- d. Solicitud de medidas disciplinarias antes la CGR
- e. Nulidad de Derecho Público*

I. Régimen normativo. La explicación de la estructura responde a la jerarquía normativa que existe en nuestro ordenamiento jurídico. A partir de ello es posible ir verificando que acción resulta pertinente, en atención a los intereses que pueden estar en juego.

a. Derechos y Garantías constitucionales involucradas.

i. **Derecho a desarrollar cualquier actividad económica.** Consagrada en el artículo 19 N° 21 de la Constitución, nos indica que la Constitución asegura a todas las personas la garantía de libertad económica, de empresa, de industria y comercio, o cualquier denominación que involucre el desarrollo de cualquier actividad lucrativa siempre que aquella no sea contraria a la moral, al orden público y a la seguridad nacional.

Es importante considerar acá que se trata de una garantía sobre una libertad, y consecuencia las propias limitaciones mencionadas, conllevan a que la posibilidad que una determinada actividad económica como es el desarrollo del turismo, sólo puede verse limitado por cuestiones morales, de orden público y de seguridad nacional.

Por otra parte la mencionada limitación debe regularse, esto es que la limitación o restricción se establezca por ley, y no por normas de rango inferior, pues se consagra en el denominado principio de reserva legal.

Cabe mencionar finalmente, que la naturaleza de garantía fundada en la libertad, nos da cuenta que su alcance deba ser necesariamente interpretado de manera sistemática con otros preceptos del rango constitucional, de tal manera de lograr una correcta armonía con tales preceptos.

ii. **Derecho a la no discriminación arbitraria en materia económica.** Recibe su consagración explícita en el artículo 19 N° 22 de la Constitución, y si bien no tiene una definición expresa, si es posible hacer un desglose de elementos relevantes que permiten entender de qué se trata esta garantía.

El primer principio a analizar es la igualdad ante la ley, la cual ha sido entendido como una garantía “en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares”

Como segundo término, la discriminación arbitraria que se entiende como “toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable, lo que equivale a decir que el

legislador no puede, por ejemplo, dictar una ley que imponga distintos requisitos u obligaciones a personas distintas en iguales circunstancias”

Finalmente el alcance de lo que se entiende como arbitrariedad económica, se ha entendido por nuestra doctrina como “aquella acción del Estado que confiere beneficios o impone gravámenes, apreciables en dinero, a grupos de sujetos incorrectamente agrupados en relación al fin de la norma, por efecto de una deficiente apreciación de los elementos esenciales que los vinculan”.

- b. Tratados Internacionales. Si bien es cierto, esta fuente normativa tiene por regla general una jerarquía de ley, es la propia constitución la que otorga rango de limitación al ejercicio de la soberanía a los derechos esenciales sean estos que se reconozcan por la Constitución o los Tratados Internacionales ratificados por Chile.

En esta categoría se encuentra el Convenio 169 sobre Pueblo Indígenas y Tribales en países independientes, que es parte de nuestro ordenamiento jurídico desde el año 2008, sin embargo, el debate sobre el alcance de esta norma y sus preceptos viene de larga data, en el cual destaca especialmente lo expuesto en la sentencia 309-2000 del Tribunal Constitucional, que realiza importante distinciones en cuanto a los alcances del Convenio 169.

El Tribunal Constitucional advierte sobre la naturaleza de los preceptos que impondría el Convenio 169, haciendo una distinción clave a la hora de aplicar sus normas, ya que indica que habría reglas que son autoejecutables y normas que son programáticas o no autoejecutables.

En el primer grupo se encuentran las normas relativas a la consulta indígena, consagrada en el artículo 6 del Convenio 169, y que ha sido un mecanismo de amplia aplicación en los casos en que nuestras autoridades prevean la afectación a determinado pueblo indígena, o a la totalidad de estos previo a la adopción de medidas en materia legal o administrativa.

En el segundo grupo, se encuentran aquellos preceptos que requieren la adopción de medidas por parte del Estado, para efectos de hacerlo valer. Es de especial relevancia los artículos 13 al 19, cuyo título es “Tierras”. En este sentido, un artículo que suele generar especial confusión por su alcance es el artículo 14 que señala:

“1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.”

En el caso del pueblo atacameño y el uso de las tierras que son utilizadas tradicionalmente, la zona de San Pedro de Atacama, queda cubierta por lo previsto en el N°1 del citado artículo toda vez

que se trata de una zona que “no está exclusivamente ocupada por ellos”, pero a las cuales han accedido, permitiendo el desarrollo de sus “actividades tradicionales y de subsistencia”.

Cerramos este punto con la importancia que tiene el numeral 3, en cuanto a que se presenta de manera nítida, el deber de dictación de “normativa programática” por parte del Estado, pues ordena al Estado la creación de “procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional”, lo cual hasta el momento no ha ocurrido.

c. LEYES VIGENTES. Una tercera escala de importancia en este orden son las leyes vigentes que pueden tener importancia en esta categoría, donde se mezclan aspectos de orden general, como los deberes de la administración del Estado y las Municipalidades, así como también las facultades que tienen los órganos sectoriales de la Administración del Estado, tales como Ministerios y Servicio Públicos.

i. La primera ley a considerar es la Ley 18.575 sobre Bases de la Administración del Estado, en particular el artículo 1 en su inciso segundo, al señalar que “*La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.*” Luego, reviste especial importancia el artículo 3, que prescribe “*La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal.*”

ii. A continuación nos detendremos en dos leyes de fundamental importancia, la Ley 19.175 sobre Gobierno y Administración Regional y la Ley 18.695 sobre Municipalidades. En el primero de ellos, su artículo 14 nos indica que “*En la administración interna de las regiones los gobiernos regionales deberán observar como principio básico, el desarrollo económico, como social y cultural.*

A su vez, en el ejercicio de sus funciones, deberán inspirarse en principios de equidad, eficiencia y eficacia en la asignación y utilización de recursos públicos y en la prestación de servicios; en la efectiva participación de la comunidad regional y en la preservación y mejoramiento del medio ambiente, así como en los principios establecidos en el artículo 3 de la Ley N° 18.575.

Por su parte, la ley 18.695, regula aspectos relevantes en esta materia en sus artículos 3, 4 y 5, cuyas letras específicas deben interpretarse de manera sistemática.

El artículo 3 letra c) al indicar: “*Corresponderá a las municipalidades, en el ámbito de su territorio, las siguientes funciones privativas: c) La promoción del desarrollo comunitario*”; luego en el artículo 4 letras d) y e) lo siguiente: “*Las municipalidades, en el ámbito de su territorio, podrán desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con: d) La capacitación, la promoción del empleo y el fomento productivo; e) El turismo, el deporte y la recreación;*” Finalmente en el artículo 5 letras c) y d) consagra “*Para el cumplimiento de sus funciones las municipalidades tendrán las siguientes atribuciones esenciales: c) Administrar los bienes municipales y nacionales de uso público, incluido su subsuelo, existentes en la comuna, salvo que, en atención a su naturaleza o fines y de conformidad a la ley, la*

administración de estos últimos corresponda a otros órganos de la Administración del Estado y d) Dictar resoluciones obligatorias con carácter general o particular;”

Como se podrá apreciar la autoridad política tiene un mandato legal de fomentar la actividad económica, y en el caso de la Municipalidades, la propia ley orgánica considera que el turismo es una de las actividades que puedan desarrollar, y finalmente el rol que le compete en el ámbito de los bienes nacional de uso público, y finalmente se menciona a las facultades de dictar resoluciones obligatorias de carácter general o particular.

iii. En cuanto a las leyes sectoriales que regulan las competencias de los ministerios y servicios públicos, mencionaremos someramente las pertinentes a las materias que nos avocan:

A. Bienes Nacionales. Regulada en el Decreto Ley N° 1939/1977, resulta especialmente relevantes los artículos 15, 18, y especialmente el 19 que señala “La Dirección, sin perjuicio de las facultades que le competen a los Intendentes Regionales y Gobernadores Provinciales, cuidará que los bienes fiscales y nacionales de uso público se respeten y conserven para el fin a que estén destinados. Impedirá que se ocupe todo o parte de ellos y que se realicen obras que hagan imposible o dificulten el uso común, en su caso”, y el artículo 23 que indica “Todas las facultades que la presente ley le confiere al Ministro y al Director, se podrán delegar en las autoridades regionales del Ministerio o del Servicio, según correspondiere”

B. CONAF. El mandato de la Ley 18.348, le corresponde a CONAF “la conservación, protección, incremento, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales renovables del país” (artículo 3), y en concreto al caso que nos aqueja, conforme al artículo 4, letra j) N° 2: ara el cumplimiento de su objeto, corresponderá a la Corporación el ejercicio de las siguientes funciones y atribuciones: “j) Cumplir las funciones y ejercer las atribuciones que actualmente competen al Servicio Agrícola y Ganadero en lo referente a conservación, protección y acrecentamiento de los recursos naturales renovables del país. En especial, se entenderán traspasadas a la Corporación las relativas a las siguientes materias: 2.- Tuición, administración y desarrollo de los Parques Nacionales, Reservas Forestales, bosques fiscales y demás unidades integrantes del patrimonio forestal del Estado”

C. Dirección de Vialidad. Uno de los debates recurrentes en esta materia, y sin perjuicio de lo ya indicado en relación a las facultades de la Municipalidad, es importante considerar lo previsto en el D.F.L. 850/1997 del MOP, le otorga a vuestro organismo, en específico lo prescrito en el artículo 26 que prescribe: “Todo camino que esté o hubiere estado en uso público se presumirá público en todo el ancho que tenga o haya tenido y la Dirección de Vialidad ordenará y hará cumplir su reapertura o ensanche, en caso de haber sido cerrado o modificado, cualquiera que sea el tiempo durante el cual el camino haya permanecido total o parcialmente sustraído al uso público”. Por su parte, el artículo 29 N° 2 nos indica: “Son funciones del Director de Vialidad: 2.-

Recabar de los Intendentes y Gobernadores respectivos, según el caso, la fuerza pública necesaria para hacer cumplir sus resoluciones, la que le será facilitada con facultades de allanamiento y descerrajamiento si fuere necesario”

D. SERNATUR. Ya que se trata de un Servicio que es propio de la naturaleza de la actividad que se ve afectada. En este caso la regulación del D.L 1224, es claro en su artículo 2: “El objeto del Servicio Nacional de Turismo será investigar, planificar, fomentar, promover y coordinar la actividad turística, ejerciendo para ello las funciones que se determinen en este decreto ley y en las normas que lo complementen”, y no ser simplemente un buzón de las decisiones arbitrarias que ciertos grupos determinen y afecten la actividad turística.

E. CONADI. Finalmente corresponde verificar la importancia que en esta materia tiene la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, regulada en la Ley 19.253, donde resultan pertinentes los artículos 13 y siguientes, 20 y siguientes, ambos bloques normativos que regulan las denominadas “tierras indígenas” y especialmente el artículo 26, que crea las denominadas ADIs, señalando: “*El Ministerio de Planificación y Cooperación, a propuesta de la Corporación, podrá establecer áreas de desarrollo indígena que serán espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades. Para su establecimiento deberán concurrir los siguientes criterios:*

- a) Espacios territoriales en que han vivido ancestralmente las etnias indígenas;*
- b) Alta densidad de población indígena;*
- c) Existencia de tierras de comunidades o individuos indígenas;*
- d) Homogeneidad ecológica, y*
- e) Dependencia de recursos naturales para el equilibrio de esos territorios, tales como manejo de cuencas, ríos, riberas, flora y fauna.”*

d. Reglamentos, Decretos. Como se puede apreciar en la mención a las fuentes que indicamos anteriormente, existe un amplio margen a la dictación de Reglamentos, que para estos efectos se entiende como “*toda disposición jurídica de carácter general dictada por la Administración y con valor subordinado a la ley*”, mientras que un Decreto se entiende como “*un acto administrativo dictado por el Presidente de la República o un Ministro “por orden del Presidente de la República”, sobre asunto propios de su competencia*”.

Para efectos de nuestro estudio resulta relevante la dictación del Decreto 70 del 23 de abril de 1997, del Ministerio de Planificación (hoy, Desarrollo Social), que indica: “*Decreto: 1°. Declárase Área de Desarrollo Indígena, conforme lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley N° 19.253, al territorio ubicado en la comuna de San Pedro de Atacama, Provincia de El Loa, II Región de Antofagasta, comprendido entre los siguientes límites: **Oeste y Norte** : La Cordillera de Domeyko, desde el trigonométrico Cerrillo hasta el cerro Quimol; la línea de cumbres que limita por el poniente y norte la hoya del Salar de Atacama desde el cerro Quimal hasta los cerros del Tatío, pasando por la cota 3429, el cerro Bardo, el Cordón Barros Arana, el cerro Chuschul, el morro Cáblor y el volcán Tatío. **Este**: Los límites con Bolivia y Argentina, desde los cerros del Tatío hasta el cerro del Rincón. **Sur**: El límite con Argentina, desde el cerro del Rincón hasta el cerro Salín con el trigonométrico Cerrillos, pasando por el cerro Pajonales, la cota 3536 y el cerro Pingo Pingo. 2°. La declaración del Área de Desarrollo Indígena, dispuesta por el presente Decreto, tiene por finalidad la*

focalización de la acción que, de conformidad a la ley, corresponde desarrollar a los organismos de la Administración del Estado en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades.”

Este decreto si bien es cierto, constituye una aplicación específica de la normativa indígena, constituye asimismo una limitación que el propio decreto refiere, pues se habla de la “finalidad” de esta declaración, la cual, como el propio decreto indica, guarda relación con el “*desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades*”.

- e. Acuerdos, Convenios y Contratos. Ya sea mencionado un amplio margen de acción que tienen tanto los órganos políticos como la administración sectorial, para efectos de la celebración de acuerdo, convenio y contratos, sin embargo, también es importante considerar que estos acuerdos debe estar sujetos a la Constitución y las leyes que anteriormente se mencionaron y demás pertinentes, en caso contrario adolecerían de nulidad, y no tendría validez, y por tanto, no podrían ser obligatorios.
- II. Órganos Relevantes. Tal como se mencionó anteriormente, los órganos relevantes a la luz de las garantías afectadas, los derechos que se ven colisionados, y la necesidad de dar una interpretación armónica a todas leyes y disposiciones en juego, son los siguientes:
- Gobierno regional
 - Municipalidad
 - Bienes Nacionales
 - CONAF
 - Vialidad
 - SERNATUR
 - CONADI

Es importante mencionar que todos estos órganos, salvo la CONADI, contempla la posibilidad de hacer valer determinadas garantías y prestaciones, en atención a las funciones que la propia ley les confiere. Excluimos a la ONADI porque este órgano fue creado con la finalidad de fomentar el desarrollo indígena, de tal manera, que escapa a la finalidad de resguardo de determinado bien, espacio, o actividad, como se puede apreciar que ocurre con la actividad turística en la zona.

III. Acciones. Considerando estos factores, es posible pasar a una etapa sustancial de este informe, cual es, aquella vinculada a la fisonomía de las acciones que se pueden ejercer. Para este efecto, dividiremos el margen de acción considerando primero las garantías constitucionales afectadas, luego las competencias de los órganos, posteriormente los límites que las leyes o el Convenio 169 contempla, y finalmente verificar si los órganos de la Administración actuaron o actúan dentro del margen de acción y de qué manera se puede exigir el cumplimiento de las normas que les rigen, y que consecuencia tendría cada acción con un tiempo estimativo en su duración, contemplando los hitos que pueden surgir.

a. **Recurso de protección:**

El Recurso de Protección es una acción cautelar que tiene por objeto proteger derechos fundamentales frente a posibles “privaciones, perturbaciones o amenazas” de los mismos.

Esta herramienta ha gozado de un singular prestigio en nuestro país y fue, desde muy temprano, señalada como una de las novedades y aportes más importantes de la Constitución de 1980. Sin embargo, a nivel comparado, no existen acciones generales de cautela similares, basadas en la aplicación directa e inmediata de los derechos constitucionales, aunque se ofrecen numerosos mecanismos alternativos para asegurar su tutela.

El recurso de protección cumple muchos de los requisitos necesarios para ser considerado una acción cautelar. Estos últimos son elementos remediales necesarios dentro de cualquier sistema procesal orientado a la realización de la justicia en forma efectiva y pragmática.

Las medidas anticipadas, cautelares o de tutela, permiten asegurar la protección provisional de derechos cuya apariencia es fuerte, sin necesidad de esperar el completo desarrollo del juicio, evitando que su necesaria ritualidad y formalismo termine por privar de la debida protección a los mismos derechos que se busca proteger.

El recurso de protección es una acción cautelar, limitada a la protección de situaciones jurídicas argumentadas en clave *iusfundamental* –garantías esenciales- pero que en la práctica puede permitir abordar y resolver cualquier conflicto de relevancia jurídica.

Ahora bien, ante la pregunta relevante, esto es *¿Es acaso el recurso de protección una acción idónea y efectiva ante situaciones como las que nos convocan?* la respuesta deberá ser orientada por 6 postulados:

- i) Que su concesión sea excepcional, limitándose a aquellos casos en que el bien jurídico afectado sea un derecho especialmente valioso, o cuando la demora en su adopción amenace con afectar significativamente la posibilidad real de dar cumplimiento a la sentencia.
- ii) Que de los antecedentes analizados se pueda suponer que tras lo protegido hay al menos algo que tiene la apariencia de un derecho.
- iii) Que existe un riesgo o peligro que justifica su adopción, y ciertamente, que la medida considerada sea apta para contrarrestar ese riesgo.
- iv) Que de entre las medidas que pueden ser adoptadas, se elija la menos gravosa e invasiva, teniendo en consideración la posibilidad de error, y que la existencia cierta del derecho sólo podrá declararse al final del juicio.
- v) Que la urgencia que justifica una medida cautelar supone una flexibilidad procesal y probatoria bastante mayor que la exigida en un proceso ordinario o una sentencia definitiva.

vi) Que las medidas sean transitorias, revisables y sobre todo, corregibles.

vii) Finalmente, podemos advertir la existencia de una serie de fallos paradigmáticos, sobre la materia, dictados por nuestras cortes superiores de justicia:

1.- Sentencia ROL: 20.389-2019, Corte Suprema.

2.- Sentencia ROL: 33.507-2019, Corte Suprema.

3.- Sentencia ROL: 20.651-2019, Corte de Apelaciones de Concepción.

En definitiva, lo importante de cada uno de estos fallos es la línea de fundamentación permanente que desarrollan y esgrimen nuestros máximos tribunales del país, en el sentido de tutelar aquellas garantías fundamentales que, en cada caso concreto, se encuentran flagrantemente amenazadas, perturbadas o privadas, como ocurre en el caso que nos convoca, lo que no hace más que reforzar esta idea-fuerza que hemos venido planteando desde el comienzo, como vía idónea de solución al conflicto con las comunidades indígenas.

b. Responsabilidad civil por falta de servicio:

Uno de los aspectos más relevantes, en cuanto a la responsabilidad en que eventualmente incurre el Estado Administrador al dañar a un particular, es el motivo de ésta.

La aplicación al fundamento de la Responsabilidad civil por falta de servicio, provienen de la Constitución Política de la República -o bien- de un sinnúmero de normas legales, las que aparecen como alternativas a la hora de revelar el motivo por el cual el Estado Administrador habrá de responder frente a la persona lesionada. No obstante lo anterior, destacamos dos normas que determinan el contenido de las demás, pues, si bien existe múltiple normativa –en virtud de la abundante y dispar legislación administrativa– la totalidad del debate gira en torno a la preceptiva que señalaremos.

En primer lugar, y jerárquicamente de manera más relevante, aparece el artículo 38 inciso segundo de la CPR, que señala: *“Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”*. En segundo lugar, el artículo 42 de la Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado que menciona: *“Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”*.

Así las cosas, la materialización de la teoría de la Falta de Servicio, en su doble vertiente: falta de servicio/culpa “objetiva” del servicio y falta personal/régimen del funcionario, ocurre mediante la jurisprudencia de ciertos tribunales ordinarios y especialmente por la Tercera Sala de la Corte Suprema, la que se caracteriza, en su mayoría, por exponer las tres expresiones que componen esta institución y que contienen el reproche subjetivo al servicio público por los daños que ocasionen a condición:

i.- Que exista un mal funcionamiento del servicio –funciona defectuosamente–;

ii.- Que exista un funcionamiento tardío del servicio –actúa tardíamente–;

iii.- Que no exista funcionamiento del servicio –no actúa–.

De esta forma, los tribunales de justicia mencionan en diversas materias la trilogía del concepto de la falta de servicio en virtud de alguna de las anteriores frases ya descritas. Al respecto, alguno de los fallos que sustentan la morfología jurídica que venimos sosteniendo, acerca de esta teoría, son los siguientes:

- 1.- Sentencia ROL: 1976-2007, Corte Suprema.
- 2.- Sentencia ROL: 240-2008, Corte de Apelaciones de La Serena.
- 3.- Sentencia ROL: 5667-2006, Corte Suprema.

c. Recurso de amparo económico:

El recurso de amparo económico, creado por la Ley N° 18.971, tuvo como objetivo indubitable el reforzamiento de la tutela jurisdiccional de la libertad reconocida en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República. Desgraciadamente, nuestros tribunales superiores de justicia no han respondido a las expectativas garantísticas consagradas en él. La tendencia a restringir su eficacia lo ha ido transformando en los últimos años en un medio de defensa progresivamente ineficaz. Al extremo de que hoy apenas se encuentran sentencias que acojan el recurso.

¿Han sido, entonces, nuestros tribunales los únicos responsables de esta desustancialización del amparo económico? A primera vista se diría que sí. Como se sabe, a partir del año 2009, la Corte Suprema ha limitado el ámbito de aplicación del recurso al solo inciso segundo del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República. Y como la casi totalidad de las acciones que se deducen, en esta sede, se fundan en el inciso primero de dicho artículo, los resultados negativos son constantes. Si a esto se agrega la postura de la Corte en orden a privar a la acción de su carácter propiamente cautelar, el escenario no podría ser peor.

Si se analiza la jurisprudencia sobre amparo económico de la última década (2010-2020 primer semestre), se llega a la ineludible conclusión de que estamos frente a una acción que ha perdido progresivamente casi toda su eficacia. En parte, porque los tribunales se la han restado por motivos formales, especialmente a partir del año 2009 en adelante. Pero también porque los propios titulares del derecho han desorbitado una acción creada para reforzar su garantía, utilizándola para objetos improcedentes.

Si identificamos y precisamos estas fatalidades y le asignamos responsables, podemos hablar de tres "grandes déficits":

- 1) Un primer déficit es adeudo de nuestros tribunales y dice relación con la restricción del ámbito de aplicación del amparo económico. Desde la sentencia "*González Illanes con Municipalidad de Santiago*" (2009), la Corte Suprema ha renunciado a garantizar la libertad asegurada en el inciso primero del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política. Utilizando criterios hermenéuticos del Código Civil para cuestionar el sentido natural y obvio del texto legal, sus argumentos han sido desestimados uno a uno por la doctrina, según precisamos.
- 2) El segundo déficit se refiere al desconocimiento de la naturaleza cautelar del amparo económico y a la consecuente limitación de los efectos de la sentencia que lo acoge al mero efecto declaratorio de mera certeza.

La Tercera Sala de la Corte Suprema ha promovido esta tendencia desde el año 2001, si bien, en realidad, es con “*Arias Acuña con Sindicato Profesional de Suplementeros de Rancagua*” (2002) que explicitó los argumentos que la fundan. Sustancialmente se afirma que la Ley N° 18.971 no concede a la Corte la facultad de adoptar medidas cautelares para remediar la infracción al artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, por lo que sólo tendría competencia para declarar si ha ocurrido o no dicha infracción.

3) El tercer déficit no es responsabilidad de los tribunales, pero se devela y connota en su jurisprudencia.

Durante la última década (2010-2020) se advierte una tendencia de la Corte Suprema a rechazar el amparo económico por un defecto imputable a quienes han deducido la acción. Formalmente se caracteriza este defecto por la desvinculación contingente entre la libertad económica y las condiciones legales de su ejercicio en el ámbito de una determinada actividad. Los denunciantes pretenden desenvolver su iniciativa económica sin atención suficiente a las normas legales que la regulan.

Para comprender más cabalmente este déficit, es necesario precisar que:

a) En todos estos casos se invoca el derecho fundamental en sede de amparo económico para obtener materialmente beneficios individuales de carácter pecuniario, condicionando, en lo posible, la satisfacción integral de las normas jurídicas vigentes a la satisfacción inmediata de tales expectativas.

b) Conceptualmente, los denunciantes no parecen comprender uno de los elementos esenciales del derecho en cuestión: por razones de interés general, de respeto a los derechos de terceros y de caracterización específica de cada actividad económica, la autonomía debe someterse a la regulación debida, en el presupuesto de que se cumplen los estándares del artículo 19 N° 26.

En conclusión, mientras se mantengan estos tres grandes déficits, se seguirá imponiendo la ineficacia del amparo económico, primigeniamente conferido para dar mayor garantía a una de las libertades más importantes del desarrollo socioeconómico.

d. Solicitud de medidas disciplinarias antes la Contraloría General de la República (CGR):

Las sanciones disciplinarias son actos administrativos, naturaleza que acentúa su carácter formalizado, pues se expresan a través de una resolución que pone fin al procedimiento disciplinario haciendo efectiva la responsabilidad administrativa. El acto administrativo sancionador concreta el poder coercitivo y de control que se reconoce a la Administración en beneficio de un buen orden administrativo. En este sentido, las sanciones disciplinarias constituyen actos de signo negativo que imponen la aflicción o castigo, frente a un incumplimiento de cierta entidad de los deberes o prohibiciones que se imponen por el ordenamiento jurídico, en garantía de un adecuado cumplimiento de la función pública y de una buena gestión administrativa.

Su finalidad es tanto retributiva como ejemplificadora y preventiva, confirmando la amenaza legal frente a conductas ajenas a los principios rectores de la función pública, evitando que el funcionario que ha infringido las normas disciplinarias vuelva a realizarlo y reforzando las buenas prácticas en la organización.

De cualquier forma, los actos sancionadores suponen una medida coercitiva y están sujetos a los siguientes principios:

1.- Principio de legalidad de las sanciones: Con este principio se alude a que el poder disciplinario no opera ilimitada ni indeterminadamente, sino que se ejercita con un elenco preciso de sanciones fijadas por el legislador que se aplicarán según sea la gravedad de la falta disciplinaria, *“de acuerdo con el principio de legalidad, la enumeración de medidas disciplinarias que contempla el Estatuto Administrativo debe respetarse en forma estricta, pues esa enumeración es de carácter taxativo, las que deberán respetarse en forma estricta”* (Dictámenes N° 27.229 de 1983, 26.518 de 1970 y 30.733 de 2000).

2.- Principio del Debido Proceso: De acuerdo con este principio, la aplicación de una medida disciplinaria exige por parte de la autoridad sancionadora tramitar un procedimiento que garantice la racionalidad y justicia de lo actuado (inciso 2°, artículo 18 LOCBGAE), respetando el principio de igualdad en dignidad y derechos de la persona que garantiza la Constitución Política, en virtud de lo cual *“la autoridad administrativa, en el ejercicio de sus facultades, no puede efectuar discriminaciones o distinciones arbitrarias, esto es aquellas que no tengan fundamento jurídico o carecen de una motivación o fundamento racional”* (Dictamen 37191 de 2000).

Como ha reiterado el Órgano Contralor: *“El ejercicio de los poderes sancionadores que posee el titular de un órgano administrador debe conformarse a un procedimiento que reúna las ritualidades mínimas de los procesos, tales como oír al inculcado, ponderar los hechos y resolver conforme a derecho y al mérito de autos. Estas ritualidades mínimas que garantizan el legítimo proceso, emanan de la Constitución Política del Estado y se aplican a todo acto de naturaleza punitiva, aun cuando éste no tenga consultada específicamente una regulación o procedimiento propios”* (Dictamen N° 56.160 de 1969).

En consecuencia, la autoridad sancionadora debe sujetarse a un procedimiento bien sea investigación sumaria o sumario administrativo, acorde con la gravedad de la presunta infracción, estos dos procedimientos constituyen los medios idóneos para hacer efectiva la responsabilidad administrativa del empleado infractor. La infracción a los deberes y obligaciones que fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria, deberá ser acreditada mediante un procedimiento disciplinario regulado, *“las normas – (dijeron los dictámenes N° 7.034 de 1996 y 7.291 de 2002)- que regulan la tramitación de los procedimientos disciplinarios en el Estatuto Administrativo consultan todos los elementos necesarios para configurar un debido proceso y asegurar la debida defensa de los inculcados”*. El debido proceso lo que busca garantizar en definitiva, es que la autoridad juzgue con imparcialidad, objetividad y razonabilidad la actuación que se reprocha, de modo que adopte una decisión debidamente fundamentada.

Finalmente, alguna de estas conductas tipificadas o sancionables, por parte de la autoridad administrativa, son las siguientes:

1. Uso de información reservada o privilegiada
2. Hacer valer indebidamente la posición funcionaria
3. Emplear dinero o bienes de la institución
4. Ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada o utilizar recursos o personal del organismo
5. Solicitar, hacerse prometer o aceptar donativos, ventajas o privilegios (con excepciones)
6. Intervenir en razón de las funciones en asuntos en que se tenga interés personal, el cónyuge o parientes.
7. Omitir o eludir la propuesta pública
8. Contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad

9. Efectuar denuncias de irregularidades o de faltas al principio de probidad, sin fundamentos, con falsedad o ánimo de perjudicar.

e. **Nulidad de Derecho Público:**

La nulidad en el derecho público chileno es una construcción dogmática diseñada a base de la Constitución Política. De allí que ha adquirido características y una fisonomía propia. Cuestión que ha sido permanente, desde la vigencia de la Constitución de 1833, luego con la Constitución de 1925, y ahora bajo la vigencia de la Constitución Política de 1980.

Precisamente el texto constitucional vigente, en el artículo 7° dispone que *"Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale"*.

Como se sabe, fuera de este precepto constitucional no se encuentra un régimen reglamentado a nivel legislativo de la nulidad de derecho público en lo que se refiere a los actos de la Administración de Estado.

No obstante lo anterior, la teoría de la nulidad de derecho público -en tanto nulidad administrativa- se ha construido para depurar del ordenamiento jurídico actos heterónomos y unilaterales del poder público. Ahora bien, concebida como inexistencia, se encuentra medianamente vigente en la argumentación de nuestros tribunales. Sin embargo se trata de una vigencia más bien retórica. Lo anterior, ya que la configuración de la nulidad de derecho público contemplada en el núcleo dogmático constitucional transitó de ser una cláusula general de anulación, a que como causales de nulidad se consideren exclusivamente los vicios establecidos en el artículo 7°, excluyendo la legalidad material, y reconociendo la prescriptibilidad de las consecuencias patrimoniales de la misma.

Por lo anterior, podemos sostener que no se ha terminado de delinear un régimen jurídico para la nulidad de derecho público, en tanto nulidad administrativa. Sin embargo que de lo expuesto se puede apreciar una configuración del régimen jurídico de la institución, estatuto que al ser mayormente jurisprudencial se encuentra sujeto a los vaivenes propios de un sistema donde las sentencias están dotadas únicamente de efecto relativo.

En los aspectos más críticos, hace falta una reglamentación expresa que se refiera a lo menos a los tópicos de: (1) titularidad de la acción y sus limitaciones; (2) declarabilidad *ex officio* de la nulidad, y (3) prescripción; cuestiones todas que, como ya se adelantó, no se encuentran resueltas por nuestro legislador y mucho menos dotadas de contenido específico, por parte de nuestros tribunales de justicia.

En mérito de los límites del informe jurídico encargado, es todo cuanto podemos informar.

JUAN PABLO PINO COLLIPAL MAURICIO SALDIAS ESPINOZA

Abogado

Abogado