



DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
N° 8
ABRIL DE 2016

Derecho Público Iberoamericano
Revista del Centro de Justicia Constitucional
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

DIRECTOR

Dr. Julio Alvear Téllez

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Prof. Sergio Verdugo Ramírez

CONSEJO CIENTÍFICO

Derecho Público Iberoamericano

es una publicación semestral que se edita en abril y octubre de cada año.
Los trabajos científicos son sometidos al proceso de arbitraje ciego externo.

Prof. Pablo Rodríguez Grez
Universidad del Desarrollo
(Chile)

Prof. Dr. Danilo Castellano
Università di Udine
(Italia)

Prof. Dr. Gilles Dumont
Université Paris II Panthéon
(Francia)

Prof. Dra. Consuelo Martínez-Sicluna
Universidad Complutense de Madrid
(España)

Prof. Dr. Miguel Ayuso
Universidad Pontificia de Comillas
(España)

Prof. Dr. Carlos Pereira Menaut
Universidad de Santiago de Compostela
(España)

Prof. Dr. Santiago Sánchez González
Universidad Nacional de Educación a Distancia
(España)

Prof. Dra. Myriam Hoyos Castañeda
Universidad de la Sabana
(Colombia)

Prof. Dr. Santiago Legarre
Universidad Católica de Argentina
(Argentina)

Prof. Dr. Agustín Squella Narducci
Universidad de Valparaíso
(Chile)

Prof. Dr. Javier Couso
Universidad Diego Portales
(Chile)

Prof. Dr. José Ignacio Martínez
Universidad de Los Andes
(Chile)

Prof. Dr. Manuel Núñez
Universidad Católica de Valparaíso
(Chile)

Prof. Dr. Ignacio Covarrubias
Universidad del Desarrollo
(Chile)

EDITOR

Prof. Hugo Fábrega Vega

REPRESENTANTE LEGAL

Sr. Federico Valdés Lafontaine

INDEXADA EN
LATINDEX CATÁLOGO

PORTAL BIBLIOGRÁFICO DIALNET UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

VERSION IMPRESA: ISSN 0719-2959

VERSION ONLINE: ISSN 0719-5354

Ediciones de la Universidad del Desarrollo

Avenida La Plaza 680, San Carlos de Apoquindo, Las Condes. Santiago de Chile

Teléfono: (56 2) 2327 9110 - Correo electrónico: rdpi@udd.cl - www.derechoiberoamericano.cl

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
AÑO 4 • N° 8 • ABRIL DE 2016
ISSN 0719-2959

PRESENTACIÓN

7

ESTUDIOS

ESTUDIOS SOBRE INSTITUCIONES POLÍTICO-ECONÓMICAS

Rashid Mohamed Vázquez

Las Reformas para construir la Unión Económica Europea: ¿una solución definitiva a las deficiencias de la imperfecta Unión Económica y Monetaria?

13

ESTUDIOS SOBRE DERECHO ADMINISTRATIVO

Alcides Antúnez Sánchez y Amed Ramírez Sánchez

La potestad inspectiva v/s la auditoría pública.
Ojeada histórica dentro del Derecho Administrativo Ambiental Cubano

65

Brigitte Leal Vázquez

La colaboración de entidades privadas en materia de inspección y control de riesgos: aproximaciones a la realidad chilena

101

ESTUDIOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

Ruggero Cozzi Elzo y Cristóbal Aguilera Medina

Proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.

Análisis crítico

123

Clemente Dougnac Mujica

Procedimiento administrativo sancionatorio ante la SVS y Debido Proceso

143

Hugo Rojas Corral
Sistemas alternativos de resolución de amparos al derecho de acceso a información
en el Consejo para la Transparencia
187

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Eduardo Soto Kloss
Corte Suprema 19.11.2015
Corte de Apelaciones de Santiago 21.8.2015
De Dompierre De Chaupepié c/ Servicio de Registro Civil e Identificación
(Recurso de protección)
233

RECENSIONES

José Díaz Nieva
La corporación como sociedad perfecta, de Brian McCall
243

Juan Cayón
Eutanasia: un diritto?, de Danilo Castellano
245

SIGLAS Y ABREVIATURAS

249

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

255

PRESENTACIÓN

Presentamos con esta edición el octavo número de nuestra revista *Derecho Público Iberoamericano*. Cumplimos cuatro años apareciendo con estricta rigurosidad los meses de abril y octubre, gracias a la inestimable colaboración de especialistas chilenos, hispanoamericanos y europeos, que han respondido generosamente a nuestra convocatoria. Hemos logrado nuestra inclusión en Latindex catálogo, con lo que cumplimos el primer paso hacia la indexación en bases internacionales de literatura científica. Por esta misma razón, y a fin de ajustarnos más cabalmente a dichas reglas, prescindimos a partir de hoy de la sección que dedicábamos a ensayos. También hemos reducido los comentarios de jurisprudencia a una sola colaboración representativa.

En este número distribuimos los estudios científicos en tres áreas: instituciones político-económicas, instituciones administrativas y derechos fundamentales.

En materia de instituciones político-económicas, publicamos un interesante trabajo del profesor español Rashid Mohamed Vázquez. Lleva como título “Las Reformas para construir la Unión Económica Europea: ¿una solución definitiva a las deficiencias de la imperfecta Unión Económica y Monetaria?”. En él se realiza una evaluación crítica de las reformas que ha tenido que adoptar la Unión Europea ante la crisis que la ha asolado en los últimos años.

En el área de las instituciones de derecho administrativo destacan dos artículos. Uno de los profesores cubanos Alcides Antúnez Sánchez y Amed Ramírez Sánchez, donde se estudian algunas de las instituciones esenciales del derecho administrativo ambiental de la isla, particularmente la potestad inspectiva y la auditoría pública. En segundo lugar, la profesora chilena Brigitte Leal Vásquez nos entrega un acucioso trabajo sobre la colaboración de entidades privadas en materia de inspección y control de riesgos en el derecho administrativo chileno.

En la temática sobre derechos fundamentales contamos con tres estudios. El primero refiere al derecho a la vida y analiza el proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. En torno a conclusiones críticas, el trabajo es de autoría de los profesores Ruggero Cozzi Elzo y Cristóbal Aguilera Medina.

El segundo artículo es del profesor Clemente Dougnac Mujica y aborda el procedimiento administrativo sancionatorio ante la Superintendencia de Valores y Seguros desde la perspectiva del debido proceso. Finalmente, ofrecemos el estudio del profesor Hugo Rojas Corral centrado en los sistemas alternativos de resolución de amparos al derecho de acceso a la información en el Consejo para la Transparencia. Un tema de notable actualidad en nuestros días.

En la sección “Comentarios de jurisprudencia” incluimos un oportuno análisis del profesor Dr. Eduardo Soto Kloss, quien una vez más nos honra con su presencia. Se trata de un caso de amplia repercusión jurídica en torno al derecho a la identidad.

Concluimos con las “Recensiones”, donde se revisan dos libros: *La corporación como sociedad perfecta*, de Brian McCall, y *Eutanasia: un diritto?*, de Danilo Castellano.

Dr. Julio Alvear Téllez
Director

Estudios

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 8 | 2016

Estudios
sobre instituciones
político-económicas

LAS REFORMAS PARA CONSTRUIR
LA UNIÓN ECONÓMICA EUROPEA:
¿UNA SOLUCIÓN DEFINITIVA
A LAS DEFICIENCIAS DE LA IMPERFECTA
UNIÓN ECONÓMICA Y MONETARIA?

THE REFORMS TO BUILD
THE EUROPEAN ECONOMIC UNION:
A FINAL SOLUTION TO THE WEAKNESSES
OF AN IMPERFECT ECONOMIC
AND MONETARY UNION?

*Rashid Mohamed Vázquez**

Resumen

España y los países del sur de Europa se han visto fuertemente afectados por una crisis que incluso ha amenazado a la supervivencia del Euro y que ha mostrado las insuficiencias derivadas del imperfecto diseño jurídico de la Unión Económica y Monetaria. Muchas han sido las reformas emprendidas dirigidas a lograr un mayor nivel de integración económica para poder hacer frente a la crisis. Este trabajo pretende evaluar la situación actual de la Unión Económica y Monetaria tras estas reformas, analizando el desarrollo normativo producido en los ámbitos de la asistencia financiera y de la coordinación y disciplina económica. Posteriormente, se analizará si estas reformas han venido acompañadas de deficiencias que puedan afectar al futuro de la Unión Económica y Monetaria, advirtiendo las imperfecciones y desafíos a los que se enfrenta la actual Unión Económica y Monetaria y que deben superarse para garantizar el éxito del proyecto de integración europeo.

Palabras clave: Unión Económica y Monetaria, crisis económica, gobernanza económica, asistencia financiera.

* Máster en Estudios de la Unión Europea. Licenciado en Derecho, en Administración de Empresas y en Economía por la Universidad de Salamanca. Artículo recibido el 3 de enero de 2016 y aceptado para su publicación el 2 de marzo de 2016. Correo electrónico: rashid@usal.es.

Abstract

Spain and the countries of southern Europe have been severely affected by a crisis that has even threatened the pervivence of the euro and has shown the weaknesses arising from imperfect legal design of the Economic and Monetary Union. Many reforms have been undertaken to achieve a higher level of economic integration in order to overcome the economic crisis. This paper aims to assess the current situation of the Economic and Monetary Union after these reforms, by analyzing regulatory developments in the areas of financial assistance and economic coordination and discipline. After that, the article is meant to answer whether these reforms have been accompanied by deficiencies that could affect the future of the Economic and Monetary Union, by noticing the imperfections and challenges that the current Economic and Monetary Union is facing and that must be overcome to ensure the success of the European integration project.

Keywords: Economic and Monetary Union, economic crisis, economic governance, financial assistance.

I. Introducción

Este trabajo analizará las reformas emprendidas en el ámbito de la UEM ofreciendo también una reflexión sobre los posibles desafíos e imperfecciones existentes en la materia. En concreto se pretende dar respuesta a dos preguntas. La primera cuestión a evaluar es la relativa a si la configuración jurídica de la UEM presente tras el Tratado de Lisboa se ha visto afectada por las reformas acometidas en el ámbito de la gobernanza económica y la creación de mecanismos de asistencia financiera. Para ello, partiendo del diseño jurídico de la UEM presente en Lisboa (al que se dedicará el epígrafe II de este trabajo), se tratará de ofrecer una exposición que recoja lo fundamental de las múltiples reformas en materia económica llevadas a cabo desde 2010¹ (epígrafe III) y que son responsables de la configuración actual de la UEM.

Ello conducirá a la segunda cuestión a estudiar. Se evaluará si la configuración actual de la UEM fruto de las reformas acometidas supone una solución definitiva a las imperfecciones en materia económica que han caracterizado a la Unión Europea o si por el contrario todavía existen

¹ Como señala Araceli MANGAS MARTÍN, fue entonces cuando “se tomó conciencia del abismo entre el vacío de competencias para la gobernanza económica y la rígida y detallada unión monetaria”. Araceli MANGAS MARTÍN, “Estudio introductorio: Post-Lisboa y la Larga Crisis”, p. 18.

imperfecciones y desafíos que deben ser superados en la futura configuración jurídica de la UEM. Para responder a esta cuestión se ofrecerá una reflexión (epígrafe IV) que recogerá los principales elementos que pueden ser objeto de crítica en la materia, desarrollando algunos de los posibles aspectos polémicos que ya se habrán ido atisbando a lo largo del trabajo. Tras ello se estará en condiciones de determinar fundamentadamente si existen deficiencias de alcance importante en este ámbito a las que la futura configuración jurídica de la UEM deberá dar respuesta.

Debe tenerse en cuenta, que por razones de extensión, el gran desarrollo producido en el ámbito de la Unión Bancaria no será objeto de estudio en estas páginas, sino que el análisis se centrará en las reformas producidas en los dos ámbitos ya reseñados: el de la coordinación y disciplina económicas, así como el de los mecanismo de asistencia financiera, que pueden considerarse como las dos caras de la misma moneda, en cuanto la asistencia ha demostrado estar sometida a una condicionalidad que requiere el cumplimiento de la disciplina económica. De forma que para contar con una perspectiva global de las transformaciones ocurridas en este campo se ofrecerá en primer lugar una descripción de los sucesivos avances producidos en los ámbitos reseñados, tales como el Pacto por el Euro Plus, “*six pack*”, “*two pack*”, Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza, Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera, Fondo Europeo de Estabilización Financiera o el Mecanismo Europeo de Estabilidad. Tras ello, en segundo lugar, se podrá llevar a cabo una reflexión sobre los posibles aspectos cuestionables que han conllevado estas reformas, tales como los efectos negativos sobre el equilibrio institucional, el método comunitario, la rendición de cuentas, la transparencia, la existencia de un adecuado sistema de garantías jurisdiccionales, la unidad legal e institucional o la ausencia de una genuina solidaridad entre Estados².

Por tanto este trabajo responde al interés que suscita el estudio de la situación actual de la Unión Económica tras las complejas reformas emprendidas y que reviste especial relevancia si se tiene en cuenta que

² Por tanto estas páginas se centrarán en la exposición y efectos sobre el marco comunitario de estas reformas y no abordarán otras cuestiones que ya han sido analizadas con profundidad por la doctrina, tales como la controvertida compatibilidad con el Derecho de la UE de instrumentos como el Mecanismo Europeo de Estabilidad. Para este análisis de compatibilidad con el Derecho de la UE puede acudir a: Bruno DE WITTE y Thomas BEUKERS, “The Court of Justice approves the Creation of the European Stability Mechanism outside the EU Legal Order: Pringle”, pp. 804-848; Luis Miguel HINOJOSA MARTÍNEZ, “La compatibilidad del Mecanismo Europeo de Estabilidad con el Derecho Europeo: Jurisprudencia para tiempos de crisis”, pp. 212-236; Jean Victor LOUIS, “La Sentencia Pringle”, pp. 1-20.

algunas incluso prevén su incorporación próxima a los Tratados. Todavía más patente queda el interés que suscita la evaluación de la existencia de posibles imperfecciones en el actual diseño de la UEM, puesto que determinará la configuración de la futura UEM. Las razones para investigar sobre este tema son aun mayores si se tiene su actualidad, ya que desgraciadamente la Unión Económica y Monetaria está viviendo en los últimos meses un momento de gran incertidumbre. Se habla por primera vez de la posibilidad real de que un Estado miembro abandone la zona euro, quizá algunas imperfecciones en la UEM que se abordan en este trabajo hayan influido en que se haya llegado a una situación como esta.

II. La arquitectura original de la Unión Económica y Monetaria en su diseño pre-crisis: “la UEM asimétrica”

El diseño de la Unión Monetaria³ se ha fundamentado en el logro del Mercado Interior y la consecución de la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. No se decidió pues construir una auténtica Unión Económica y Monetaria, optando en cambio por la mera coordinación en el plano económico habida cuenta de que una genuina integración económica requería de un grado de integración política que no se estaba en condiciones de aceptar por todos los Estados⁴. Fue así como se dotó de competencia exclusiva a la Unión en el plano monetario mientras que en el plano económico se dejaban a la Unión unos muy escasos poderes de supervisión y coordinación provocando una constatada debilidad en el pilar económico de la UEM, a la que no pudieron hacer frente los escasos instrumentos de los que se disponía en materia económica a nivel comunitario⁵. De esta forma se construye lo que en este trabajo se denominará como “la UEM asimétrica”.

Conviene hacer una breve revisión de cuáles han sido esos instrumentos de gobernanza económica con los que ha contado tradicionalmente

³ No es el objeto de este trabajo ofrecer una revisión histórica de los sucesivos hitos en la construcción de la UEM. Para un estudio sobre la evolución histórica de la cuestión desde la Cumbre de la Haya de 1969 y el Informe Werner de 1970 hasta la implementación de la UEM en 1999 y su regulación actual en el Tratado de Lisboa puede consultarse: Miguel MOLTÓ CALVO, “La Unión Económica y Monetaria: Concepto, Evolución Histórica y Desafíos en la Gobernanza Económica de la UE”, pp. 816-837.

⁴ Andreu OLESTI RAYO, “La Evolución del Pacto de Estabilidad y Crecimiento”, p. 53.

⁵ Jean Victor LOUIS, “La Gobernanza Económica y Monetaria de la Zona Euro frente a la Crisis”, p. 255.

la UE desde el Tratado de Maastricht hasta el año 2010, momento en el que se inician importantes reformas en este ámbito añadiendo nuevos instrumentos a la gobernanza económica europea. Estos instrumentos en materia económica presentes en la arquitectura tradicional de la UEM son: las grandes orientaciones de política económica, el procedimiento de déficit excesivo y los correlativos procedimientos de supervisión de la situación presupuestaria y nivel de endeudamiento de los Estados miembros, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y los Programas Nacionales de Reforma introducidos por la Nueva Estrategia de Lisboa .

En cuanto a las grandes orientaciones de política económica u orientaciones generales de política económica están previstas en el art. 121.2 del TFUE. Debe señalarse que son adoptadas anualmente por mayoría cualificada mediante una recomendación del Consejo sobre la base de unas Conclusiones del Consejo Europeo que aprueben el informe sobre el proyecto de orientaciones generales que en un primer momento hubiera elaborado el Consejo a partir de una recomendación de la Comisión Europea⁶. Estas orientaciones no tienen carácter vinculante, se trata de instrumentos de *soft law*⁷. Además los Tratados han previsto igualmente un procedimiento de supervisión multilateral de la evolución de las políticas económicas nacionales y de la adecuación de estas a las orientaciones generales de política económica, contenida dicha previsión en la actualidad en el art. 121.3 del TFUE⁸. En caso de contradicción de las orientaciones generales la única consecuencia será una advertencia de la Comisión al Estado infractor y la posibilidad de que sobre una recomendación de la Comisión, el Consejo envíe a dicho Estado recomendaciones dirigidas a subsanar la vulneración de las orientaciones generales, como prevé en la

⁶ Debe tenerse en cuenta adicionalmente que el art. 136 del TFUE recoge además unas orientaciones generales para la zona euro, que deberán ser compatibles con las grandes orientaciones de política económica de la Unión y que son adoptadas por mayoría cualificada de los Estados de la zona euro, puesto que el resto de miembros del Consejo no tienen derecho a voto conforme a lo previsto en el Tratado.

⁷ Francisco Javier DONAIRE VILLA, "Coordinación, Convergencia y Supervisión de las Políticas Macroeconómicas y Presupuestarias de los Estados Miembros en el Derecho Originario de la Unión Europea", pp. 19-20; MOLTÓ CALVO, *op. cit.*, p. 844.

⁸ Debe repararse en que en lo relativo a las grandes orientaciones de política económica, se da un papel mínimo al Parlamento Europeo, al que solo se le informa de las orientaciones una vez estas están adoptadas y quien no tiene ningún poder de influencia, mucho menos de bloqueo, en el procedimiento de supervisión multilateral de cumplimiento de las orientaciones. Como se apreciará en este trabajo, la respuesta dada a la crisis económica en la Unión potenciará profundamente la utilización de procedimientos donde el Parlamento Europeo no tendrá poder de influencia ni participación real. Sobre la exclusión del Parlamento en las orientaciones generales de política económica, esta es puesta de manifiesto en DONAIRE VILLA, *op. cit.*, pp. 19-20.

actualidad el art. 121.4 del TFUE, sin que tengan tampoco estas recomendaciones carácter vinculante⁹.

El segundo instrumento tradicional en materia de gobernanza económica de la Unión Europea es el relativo a la prohibición de déficits excesivos y los correlativos procedimientos de supervisión de la situación presupuestaria y nivel de endeudamiento de los Estados miembros¹⁰, detalladamente descrito hoy en el art. 126 del TFUE y concretado en sus valores de referencia a través del Protocolo anejo núm. 12¹¹. A diferencia de lo que ocurría con el incumplimiento de las orientaciones generales de política económica, el incumplimiento por parte de un Estado miembro puede acarrear una sanción al Estado miembro infractor, si bien dicho elemento corrector distaba mucho en su diseño original de tener carácter automático.

En 1997 se añadiría un tercer instrumento¹² para fortalecer la vertiente económica de la UEM, el PEC¹³. Este instrumento constaba desde

⁹ Cabe señalar de hecho de que en la redacción previa al Tratado de Lisboa, la Comisión Europea ni siquiera podía enviar la citada advertencia al Estado infractor directamente, sino que debía formular una recomendación al Consejo, quien en todo caso decidiría si transmitirla al Estado infractor. Así se pone de manifiesto en MOLTÓ CALVO, *op. cit.*, p. 844.

¹⁰ Como condiciones coayudantes de las citadas normas de estabilidad presupuestaria contenidas en el art. 126 del TFUE, debe hacerse referencia a las prohibiciones y normas de disciplina presentes en los arts. 123 a 125 del TFUE en lo relativo a mutualización o avales de deuda pública y en el acceso privilegiado al crédito de los sectores públicos de los Estados miembros a través del Banco Central Europeo, los Bancos Centrales nacionales y la Banca pública o privada. Así se señala en DONAIRE VILLA, *op. cit.*, p. 26.

¹¹ También en materia de procedimiento de supervisión de la situación presupuestaria y del nivel de endeudamiento la participación del Parlamento es, conforme a los Tratados, meramente testimonial y de simple recepción de información. Excluir al Parlamento en una cuestión con tan importantes repercusiones sobre las políticas aplicadas por los Estados, supone un importante déficit de legitimidad democrática que se aleja del método institucional que proponía el Informe Delors, que en su punto 59 establecía para este procedimiento la coparticipación del Parlamento y del Consejo tal y como se señala en DONAIRE VILLA, *op. cit.*, p. 23. Como se ha anticipado ya, las reformas en la UEM para dar respuesta a la crisis, profundizarán en la exclusión de las instituciones de carácter supranacional como el Parlamento.

¹² Esta cuestión es estudiada en Miguel MOLTÓ CALVO, “La Gobernanza Económica en la Unión Económica y Monetaria: Necesidad de más reformas”, p. 162.

¹³ La necesidad de un Pacto de Estabilidad fue defendida enérgicamente por Alemania con el fin de reforzar la disciplina presupuestaria. Para responder a las demandas francesas se incluiría la palabra crecimiento en su denominación dando lugar al “Pacto de Estabilidad y Crecimiento” que sería aprobado por Resolución del Consejo Europeo celebrado en Amsterdam el 17 de junio de 1997 y desarrollado por el Reglamento (CE) 1466/97 de 7.07.1997, sobre el fortalecimiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y la supervisión y coordinación de las políticas económicas (DOUE N° L 209, 2,8.97, pp. 1-5)

un inicio de un elemento preventivo y otro corrector. En cuanto al primero destaca la obligación de los Estados de presentar anualmente a la Comisión y al Consejo unos programas donde establezcan las medidas para mantener unas situaciones presupuestarias saneadas en un horizonte de tres años. Se trata de los Programas de Estabilidad en el caso de los Estados de la zona euro y los Programas de Convergencia en el caso de países no pertenecientes a la eurozona. En cuanto al elemento corrector, preveía que si un Estado incumple sus obligaciones en materia de déficit, se abriría un procedimiento en el que el país infractor deberá seguir las recomendaciones del Consejo para corregir dicha infracción, cuyo incumplimiento supondría la aplicación de sanciones.

Por último debe señalarse que desde 2005 hay que añadir a los instrumentos de gobernanza ya descritos, los Programas Nacionales de Reforma que fueron aprobados en el marco de la Nueva Estrategia de Lisboa¹⁴. En estos Programas los Estados debían especificar las reformas estructurales que llevarían a cabo para lograr los objetivos de dicha Estrategia. Al igual que en el caso de los Programas de Convergencia y de Estabilidad, la evaluación del cumplimiento la realizaba la Comisión y posteriormente el Consejo emitía un dictamen con las recomendaciones correspondientes al Estado miembro. Se trataba pues de otro instrumento de *soft law*.

Puede advertirse que tan limitados instrumentos en materia económica contrastan con la omnipotente competencia exclusiva que se confiere a la Unión en materia monetaria, siendo difícil así el logro de una UEM equilibrada¹⁵. Se configura pues desde el Tratado de Maastricht una UEM

y por el Reglamento (CE) 1467/97 de 7.07.1997, relativo a la aceleración y clarificación de la aplicación del procedimiento de déficit excesivo (DOUE N° L 209, 2,8.97, pp. 6-11).

Precisamente Alemania, que abogaba por un endurecimiento de la disciplina fiscal, incumplió, al igual que Francia, el PEC en 2003 al sobrepasar el 3% de déficit, por lo que la Comisión abrió un procedimiento por déficit excesivo a este país y a Francia, que sin embargo el Consejo rechazaría continuar. Así se recoge en MOLTÓ CALVO, "La Unión Económica...", *op. cit.*, pp. 845-846.

¹⁴ COM (2005) 24 final, "Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo. Relanzamiento de la estrategia de Lisboa", pp. 1-32.

¹⁵ Además de la insuficiencia de los únicamente cuatro instrumentos en materia económica ya analizados, basados sobre todo como se ha descrito ya en normas de *soft law*, agravó la situación el hecho de la sistemáticamente incorrecta aplicación de dichos instrumentos. Miguel MOLTÓ CALVO lo resume del siguiente modo: "Todos estos instrumentos nunca se aplicaron correctamente. Las grandes orientaciones de política económica tenían carácter voluntario y cuando algún país fue advertido por sus pares de su desviación de las mismas, su reacción fue ignorar tales recomendaciones. (...) Nunca se aplicaron sanciones por el incumplimiento del déficit ni se abrieron procedimientos contra los países que no cumplieran el otro criterio de Maastricht, el de la deuda pública, a pesar de que algunos de ellos llegaron a situarse en torno al 100 por 100 respecto a su PIB. (...) El PEC perdió gran

asimétrica, que permaneció inalteradamente asimétrica en el diseño presente en el Tratado de Lisboa¹⁶. Esta asimetría en la arquitectura original de la UEM fue una decisión política, tomada en su momento por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros¹⁷, configurando una UEM coja de la pata económica¹⁸, a la que se bautiza en este trabajo como la UEM asimétrica. Esta UEM asimétrica no presentó problemas en los tiempos de prosperidad económica pero terminaría finalmente enfrentándose a desafíos que amenazarían su misma existencia cuando el euro hubo de enfrentarse a la larga crisis financiera de 2008¹⁹.

parte de su credibilidad cuando en 2003 la Comisión abrió un procedimiento por déficit excesivo a Alemania y Francia por sobrepasar el 3 por 100 de déficit público respecto a su Producto Interior Bruto, pero el Consejo de Ministros de Economía y Finanzas de la UE no lo ratificó. (...) Por lo que se refiere a los Programas de Estabilidad y Convergencia así como a los Programas Nacionales de Reforma, cabe decir que no todos los países cumplieron lo estipulado en los mismos”, en MOLTÓ CALVO, “La Gobernanza Económica...”, *op. cit.*, p. 162.

¹⁶ FRANCISCO JESÚS CARRERA HERNÁNDEZ, “El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria: ¿Un Impulso a la Realización de la Política Económica de la Unión Europea o un Tratado Superfluo e Innecesario?”, p. 3; MANUEL LÓPEZ ESCUDERO, “Las Interminables Reformas de la Gobernanza Económica de la Zona Euro”, p. 1; LOUIS, *op. cit.*, p. 255.

¹⁷ Dicha decisión de configurar una UEM voluntariamente asimétrica puede ser reflejo no solo de una resistencia a ceder soberanía, sino también de la asunción de una perspectiva basada en la eficiencia de los mercados, concibiendo la integración monetaria y el mercado único como una fuente de beneficios y crecimiento del que serían copartícipes los Estados miembros, con lo que no sería necesario establecer mecanismos de solidaridad para compartir también los posibles costes y riesgos que traería la Unión Monetaria. Se trata pues de Unión Monetaria concebida como una “comunidad de beneficios y no también como una “comunidad de riesgos” en el sentido en el que describen detenidamente Edoardo CHITI y Pedro Gustavo TEIXEIRA. Resulta interesante reproducir en esta línea un fragmento de su trabajo: “In the traditional construction of the EU economic constitution, which has dominated the process of European Integration, it was assumed that private actors and Member States could benefit by the new economic opportunities deriving from expansion of business activities, market liberalization, free circulation of capital and the establishment of a single monetary policy within the EU legal order. Yet, Member States were not called to share the risks inherent to the projects of the internal market and the EMU. Reflecting the utopian promise of permanent economic and financial growth encapsulated in the original architecture of the EU economic constitution, EU law did not traditionally provide legal and institutional instruments to mutualize among Member States the potential costs of economic imbalances and disturbances”. Edoardo CHITI y Pedro Gustavo TEIXEIRA, “The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis”, p. 698. Sin embargo la insuficiencia de un modelo basado en la eficiencia de los mercados sería finalmente demostrada por la crisis, tal y como se recoge en LOUIS, *op. cit.*, p. 281.

¹⁸ Fue el propio Jacques Delors quien la calificó como una Unión Económica y Monetaria coja, puesto que solo se apoyaba en una pata, la monetaria. Así se pone de manifiesto en MOLTÓ CALVO “La Unión Económica...”, *op. cit.*, p. 834

¹⁹ Como recuerda Miguel Moltó Calvo habían anticipado ya en los años 60 los requisitos que se debían cumplir en una Unión Monetaria óptima autores como Robert

La consecuencia de este diseño original imperfecto, preparado para épocas de crecimiento, pero no para dar respuesta a posibles *shockes* en la economía es ya conocida, en 2010 debe abordarse un proceso de reformas en el ámbito de la UEM que quizá no hubiera sido necesario llevar a cabo si el Consejo Europeo de Roma de 14 y 15 de diciembre de 1990 hubiera atendido las propuestas del presidente de la Comisión Europea, Jacques Delors, quien defendía incluir una auténtica pata económica en la UEM. Sin embargo la oposición de los Jefes de Estado y de Gobierno a que la Conferencia Intergubernamental encargada de elaborar la parte económica y monetaria del Tratado de Maastricht a que se *añadiera la competencia presupuestaria y fiscal a la competencia monetaria* lo imposibilitaría. Una decisión a nivel político esta sobre la que se pronunció de forma muy dura el propio Jacques Delors²⁰.

III. Las reformas en la arquitectura de la Unión Económica y Monetaria desde 2010: “la actual UEM”

Movida por la gravedad de los hechos que amenazaban la propia estabilidad de la zona euro, y en última instancia la supervivencia de este y con él, el futuro del proyecto de integración europeo²¹, la Unión tuvo que dar respuesta, como se ha avanzado ya, a las deficiencias de la UEM asimé-

Mundell, Gary Mckinnon y Peter Kennen. MOLTÓ CALVO, “Unión Económica...”, *op. cit.*, pp. 839-842.

En efecto, la teoría económica había advertido ya que en una Unión Monetaria en la que no exista un elevado grado de convergencia económica entre los Estados miembros y en presencia, como es el caso europeo, de una flexibilidad laboral reducida con un mercado de trabajo en el que la movilidad de la mano de obra entre países es mínima, la única solución para mantener la estabilidad será la existencia de mecanismos de transferencia fiscal. Unos mecanismos de transferencia fiscal para compensar *shockes* asimétricos que no existían en 2008. De hecho como se verá en el epígrafe IV, en la actualidad no puede afirmarse que exista una auténtica solidaridad entre Estados, sino más bien una solidaridad condicionada. Sobre las uniones monetarias óptimas puede consultarse desde un punto de vista didáctico Rafael MUÑOZ DE BUSTILLO y Rafael BONETE PERALES, *Introducción a la Unión Europea: un Análisis desde la Economía*, pp. 179-182.

²⁰ José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “El Nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la UEM: Reflexiones a Propósito de una Peculiar Reforma al Margen de los Tratados Constitutivos”, pp. 397-431.

²¹ Sobre la vinculación entre la supervivencia del euro y el proyecto de integración europeo se pronuncian también: Alberto DE GREGORIO MERINO, “Reflexiones Preliminares sobre la Unión Bancaria”, p. 9; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *op. cit.*, pp. 401-402.

trica, creando nuevos instrumentos que reforzarán el pilar económico de la UEM. Para lograr esta empresa, la UE y sus Estados miembros reforzaron por un lado la gobernanza económica de la Unión con instrumentos adoptados dentro del ordenamiento comunitario, caso del “*six pack*”²² o “*two pack*”²³, pero también con instrumentos fuera del ordenamiento de la Unión, caso del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza. Por el otro lado se creaban mecanismos de asistencia financiera para los países con dificultades, algunos de corte comunitario, como el Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera, acompañados de otros mecanismos ajenos al marco jurídico de la Unión Europea, como el Fondo Europeo de

²² Se ha denominado “*six pack*” al conjunto de reglamentos y directivas que presentó la Comisión Europea en 2010 para reforzar la gobernanza económica europea y que entrarían en vigor el 13 de diciembre de 2011. Estas medidas legislativas son las siguientes: Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8.11.2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros (DOUE L 306, 23.11.2010, pp. 41-47); Reglamento (UE) 1173/2011 del Parlamento europeo y del Consejo de 16.11.2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro (DOUE N° L 306, 23.11.2010, pp. 1-7); Reglamento (UE) 1174/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16.11.2011, relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona del euro (DOUE N° L 306, 23.11.2010, pp. 8-11); Reglamento (UE) 1175/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16.11.2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) 1466/97 del Consejo, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas (DOUE N° L 306, 23.11.2010, pp. 12-24); Reglamento (UE) 1176/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16.11.2011, relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos (DOUE N° L 306, 23.11.2010, pp. 25-32); y finalmente el Reglamento (UE) 1177/2011 del Consejo, de 8.11.2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo (DOUE N° L 306, 23.11.2010, pp. 33-40).

²³ El denominado “*two pack*” hace referencia al paquete de dos reglamentos propuestos por la Comisión para reforzar la supervisión y coordinación económica de la eurozona. Los dos reglamentos que componen el llamado “*two pack*” entraron en vigor el 30 de mayo de 2013 y son el Reglamento (UE) 472/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21.05.2013, sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona del euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades (DOUE N° L 140, 27.05.2013, pp. 1-10) y el Reglamento (UE) 473/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21.05.2013, sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro (DOUE N° L 140, 27.05.2013, pp. 11-23).

Resulta llamativo que la Comisión realizó su propuesta incluso antes de que entrara en vigor la legislación del “*six pack*”. Esto refleja una cierta improvisación que ha venido mostrando la Unión en sus actuaciones en el ámbito de la UEM. Una reflexión similar sobre la no premeditación en las actuaciones de la Unión para dar respuesta a la crisis se encuentra en: DE GREGORIO MERINO, “Reflexiones Preliminares...”, *op. cit.*, 2014, p. 2.

Estabilización Financiera²⁴ o el posteriormente implementado Mecanismo Europeo de Estabilidad. De esta forma la Unión Europea se aventuró en un profundo proceso de reformas, muy poco tiempo después de la entrada en vigor en diciembre de 2009 del Tratado de Lisboa, rompiéndose así con la expectativa de permanencia y pretendida estabilidad sin perspectivas de grandes transformaciones en el terreno comunitario que este tratado había generado²⁵.

De este modo, pueden sistematizarse las actuaciones acometidas por la Unión en la UEM agrupándolas en dos grandes pilares²⁶, el relativo al reforzamiento de la coordinación, disciplina y gobernanza económica europea y el relativo a la creación de mecanismos de asistencia financiera. Ambos contribuirán a reforzar la vertiente económica de la UEM²⁷ y

²⁴ En algunos artículos la doctrina se refiere a este mecanismo como Facilidad Europea de Estabilización Financiera por ser una traducción más literal de su denominación en inglés *European Financial Stability Facility*. En este trabajo se utilizará el término “Fondo” en lugar de “Facilidad”, al entender que se trata de una traducción más correcta y que además es utilizada en los documentos oficiales de la Unión Europea.

²⁵ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *op. cit.*, p. 399. Aunque es cierto que los Tratados (a excepción del art. 136.3 del TFUE) no se han visto modificados, las reformas emprendidas profundizarán en la integración económica más allá de lo previsto inicialmente en el escenario Lisboa acudiendo también al ámbito del Derecho Internacional. Por ello puede decirse que si bien no ha habido grandes transformaciones que afecten al terreno comunitario derivadas de nuevas reformas formales de los Tratados, en el ámbito material si ha habido transformaciones importantes que han conducido a una mayor integración económica.

²⁶ Hacen esta distinción en dos grandes bloques varios de los autores que abordan el tema. En este sentido puede consultarse por ejemplo: Alberto DE GREGORIO MERINO, “Legal Developments in the Economic and Monetary Union during the Debt Crisis: The Mechanisms of Financial Assistance”, pp. 1613-1614; LÓPEZ ESCUDERO, *op. cit.*, p. 2.

²⁷ Para completar la acción de la Unión en la respuesta a los fallos presentes en el diseño constitucional mostrados por la crisis financiera, habría que hacer mención también a una tercera rama muy relevante, la relativa a los progresos acometidos en la Unión Bancaria. Cabe señalar que tampoco la actuación de la Unión en el ámbito de la Unión Bancaria ha estado exenta de polémica. En este sentido cabe citar el interrogante sobre si el ámbito de supervisión directa del Mecanismo Único de Supervisión será suficiente, o por el contrario es susceptible de plantear problemas en el futuro debido a que no ejerce dicha supervisión sobre todas las entidades bancarias. Esta decisión se debió a la presión de varios Estados, entre ellos Alemania, que optaban por una supervisión del MUS limitada a las principales entidades. De esta forma la mayoría de las entidades bancarias continúan bajo supervisión nacional, mientras que el Mecanismo Único de Supervisión solo ejerce su vigilancia directamente sobre aquellas entidades financieras más relevantes: todas aquellas que representen más del 20% del PIB de un país o tengan unos activos superiores a 30.000 millones de euros, supervisándose al menos tres entidades por país. No es objeto de este trabajo, sin embargo, analizar la materia relativa a la Unión Bancaria, aunque pueden recogerse aquí algunas obras de consulta que han seguido el desarrollo de la Unión Bancaria ofreciendo diferentes contribuciones sobre la materia. Cabe citar en

construirán lo que en este trabajo se denominará “la actual UEM” fundamentada pues en el pilar de los mecanismos de asistencia financiera y en el pilar de la coordinación, disciplina y gobernanza económica.

Antes de abordar las medidas llevadas a cabo en ambos pilares, debe ponerse de manifiesto el gran protagonismo que ha tenido en la materia, por una parte la denominada Cumbre del Euro, no regulada como institución en los Tratados, y por otro lado el Eurogrupo. En cuanto a la Cumbre del Euro, está formada por los Jefes de Estado y de Gobierno de los países cuya moneda es el euro. Se comenzó a reunir en octubre 2008, a iniciativa de la Presidencia rotatoria francesa, para impulsar la respuesta a la crisis económica de la Unión. Desde entonces y pese a no tener respaldo legal en el ordenamiento de la Unión, ha continuado reuniéndose y consolidando su liderazgo en la materia²⁸, para finalmente encontrar una regulación legal fuera del ordenamiento comunitario, en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza²⁹, lo que es reflejo de la tendencia intergubernamental de la UE³⁰. Por otra parte, en cuanto al Eurogrupo, también ha superado las previsiones de los Tratados, puesto que frente a las meras “reuniones de carácter informal” que prevé el Protocolo N° 14 anejo al TFUE, el Eurogrupo aborda cuestiones de importancia fundamental en el ámbito económico de la Unión³¹.

consecuencia: DE GREGORIO MERINO, “Reflexiones Preliminares...”, *op. cit.*, pp. 1-10, Manuel LÓPEZ ESCUDERO, “La Unión Bancaria en la Unión Europea: un tortuoso camino para un gran avance”, pp. 186-211; MOLTÓ CALVO, “La Gobernanza Económica...”, *op. cit.*, pp. 167-171.

²⁸ Será la Cumbre del Euro la responsable o al menos un actor relevante de muchos de los instrumentos que se estudiarán en este epígrafe, caso del Pacto por el Euro Plus, el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza, el Acuerdo de Servicio de préstamo con Grecia, y el Fondo Europeo de Estabilización Financiera.

²⁹ Art. 12 del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria.

³⁰ En el epígrafe IV de este trabajo se prestará atención a esta cuestión. Sobre un estudio centrado específicamente en los cambios en el equilibrio institucional de la Unión Europea con un creciente protagonismo de estas instancias intergubernamentales puede citarse la reciente publicación: Araceli MANGAS MARTÍN, “El nuevo equilibrio institucional en tiempos de excepción”, pp. 13-42.

³¹ Basta observar los órdenes del día del Eurogrupo contenidos en el programa de trabajo para el primer semestre de 2015, donde se abordarán cuestiones con una importancia vital para el futuro de la Unión y de sus Estados miembros, caso de la situación de Grecia. Debe resaltarse también que las reuniones del Eurogrupo tienen lugar de manera previa a las del ECOFIN, determinando previamente también el papel que este puede jugar. EUROGRUPO, *Work programme for the Eurogroup for the first half of 2015*. Este aumento de la importancia del Eurogrupo está refrendado en la hoja de ruta de la futura UEM, al estar prevista como objetivo en el reciente documento que se ha denominado comúnmente “*five president’s report*”: Jean Claude JUNCKER, Donald TUSK, Jeroen DIJSSBLOEM, Mario DRAGHI, Martin SCHULZ, “Realizar la Unión Económica y Monetaria”, p. 20.

1. EL REFORZAMIENTO DE LA COORDINACIÓN, GOBERNANZA Y DISCIPLINA ECONÓMICA

En la materia relativa al reforzamiento de la coordinación, gobernanza y disciplina económica, debe retenerse que se han entremezclado instrumentos jurídicos de muy diferente naturaleza, instrumentos de *soft law*, caso del Pacto por el Euro Plus o del Pacto por el Crecimiento y el Empleo, con otros instrumentos vinculantes que forman parte del ordenamiento comunitario, caso del “*six pack*” y del “*two pack*”, así como otros instrumentos que establecen obligaciones desde el marco del derecho internacional, caso del Tratado de Estabilidad Coordinación y Gobernanza.

La Estrategia que orienta las actuaciones de la Unión en materia económica es la Estrategia Europa 2020, aprobada en 2010³² y en virtud de la cual los Estados deben presentar Programas Nacionales de Reforma dirigidos a lograr un crecimiento inteligente, con una economía basada en el conocimiento y la innovación, un crecimiento sostenible, promoviendo una economía más eficiente, ecológica y competitiva y un crecimiento integrador, alcanzando un nivel de empleo más elevado y garantizando la cohesión social y territorial³³. Precisamente el Pacto por el Crecimiento y el Empleo³⁴ está orientado a favorecer ese modelo de crecimiento inteligente, sostenible e integrador, que utilice los recursos con eficiencia y genere empleo. Entre sus medidas pueden destacarse el logro del mercado único digital, completar el mercado único energético, aumentar la integración del mercado de trabajo a nivel europeo, y en definitiva aprovechar las potencialidades de crecimiento del mercado único y de los intercambios comerciales. Para cerrar el capítulo de instrumentos de *soft law*, debe hacerse referencia al Pacto por el Euro Plus, que fue acordado en la Cumbre del Euro del 11 de marzo de 2011³⁵, para posteriormente ofrecer a otros

³² COM (2010) 2020, “EUROPE 2020 A strategy for smart, sustainable and inclusive growth”, pp. 1-32.

³³ Sobre la base de estas prioridades, se establecen diferentes objetivos, entre los que cabe destacar el logro de una tasa de empleo del 75% la reducción de la pobreza, disminuyendo en 20 millones el número de personas en riesgo de pobreza, alcanzar el 3% del gasto en I+D+I, reducir el abandono escolar por debajo del 10%, garantizar que un 40% de los jóvenes tengan estudios superiores y finalmente alcanzar el denominado objetivo 20/20/20 en materia de energía: reducir un 20% el consumo de energía; reducir otro 20% las emisiones de gases de efecto invernadero; y elevar la contribución de las energías renovables al 20% del consumo energético. COM (2010): 2020, “EUROPE 2020 A strategy for smart, sustainable and inclusive growth”, p. 3.

³⁴ Conclusiones del Consejo Europeo de 28 y 29 de junio de 2012.

³⁵ Conclusiones de los Jefes de Estado o de Gobierno de la zona euro de 11 de marzo de 2011.

países de la Unión su adhesión al mismo en el Consejo Europeo de 24 y 25 de marzo de 2011³⁶, de esta forma han sido 23 Estados los que lo han firmado. Mediante este pacto se pretende reforzar la coordinación de sus políticas y favorecer la convergencia, los principales ejes de este Pacto por el Euro Plus son cuatro: la competitividad, el empleo, la sostenibilidad de las finanzas públicas y el reforzamiento de la estabilidad financiera.

Sin embargo, el cumplimiento de algunas de las anteriores disposiciones no parece que esté siendo elevado, muchos autores han pronosticado que la Estrategia Europa 2020, como heredera de la fracasada Nueva Estrategia de Lisboa, correrá la misma suerte que su antecesora³⁷. Efectivamente la Comisión ha reconocido en su balance sobre el cumplimiento de la Estrategia³⁸, que hasta ahora el cumplimiento de algunos de los objetivos más relevantes no se acerca al deseable. Siendo esto así, puede intuirse que el grado de cumplimiento de los compromisos adquiridos en el Pacto por el Crecimiento y el Empleo no se pueda valorar tan positivamente como sería aconsejable. Un año después de su puesta en marcha la Comisión requería al Consejo Europeo que reafirmase la necesidad urgente de cumplir todos los aspectos del Pacto por el Crecimiento y el Empleo, de forma que el consenso europeo necesario se tradujese en resultados concretos en materia de crecimiento y empleo³⁹. En cuanto al Pacto por el Euro Plus, la doctrina ha puesto de manifiesto que en verdad se trata únicamente de un “nuevo compromiso asumido por veintitrés Estados en un plano estrictamente político para complementar la estrategia 2020”⁴⁰.

Hasta aquí no se aprecian diferencias remarcables con los instrumentos que se encontraban en la UEM asimétrica, tratándose de instrumentos cuyo grado de cumplimiento dependerá de la voluntad política de los Estados miembros. Sin embargo, en la respuesta a la crisis, la Unión y sus Estados miembros pondrán en marcha instrumentos que impondrán

³⁶ Conclusiones del Consejo Europeo de 24 y 25 de marzo de 2011.

³⁷ Este mismo pronóstico se encuentra en CARRERA HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 5; LÓPEZ ESCUDERO, “Las Interminables Reformas...”, *op. cit.*, p. 5; MOLTÓ CALVO, “La Gobernanza Económica...”, *op. cit.*, p. 166.

³⁸ COM (2014) 130 final, “Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Balance de la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, pp. 1-25.

³⁹ COMISIÓN EUROPEA, “El Pacto por el Crecimiento y el Empleo: un año después. Informe para el Consejo Europeo, 27 y 28 de junio de 2013”, p. 8.

⁴⁰ CARRERA HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 7. Si bien pese a su carácter político, su grado de cumplimiento en cuanto a resultados en aumento de la coordinación y disciplina presupuestaria ha sido, a diferencia de los casos anteriores, elevado. Esto puede deberse a otros instrumentos en materia de coordinación y gobernanza económica que no son de *soft law* sino de *hard law* y que se describen en este epígrafe.

obligaciones vinculantes en materia económica. En este ámbito de la coordinación, gobernanza y disciplina económica, debe hacerse referencia al “*six pack*”, al semestre europeo, “*two pack*” y al Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza. Estas medidas producirán un doble efecto⁴¹, por un lado un reforzamiento de los procedimientos de supervisión promoviendo menor discrecionalidad en su ejecución, por otro lado una extensión en el tradicional ámbito de supervisión de la Unión, que no se restringirá a la política fiscal sino a la política económica en un sentido amplio pretendiendo con esto evitar desequilibrios macroeconómicos⁴².

El “*six pack*” es un paquete de medidas legislativas formado por cinco Reglamentos y una Directiva⁴³ que presentó la Comisión en septiembre de 2010 y que entraría en vigor en diciembre de 2011 para hacer frente al desequilibrio macroeconómico, reforzar el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y lograr una mejor supervisión presupuestaria y coordinación de políticas. La doctrina ha destacado como rasgos más relevantes algunos de los siguientes⁴⁴. En el ámbito de la corrección de desequilibrios macroeconómicos, se buscan sanciones más automáticas mediante el denominado sistema de sanciones con mayoría cualificada inversa. Así pues, para aceptar una propuesta de la Comisión de sanción a un Estado miembro, no será necesaria la mayoría cualificada en el ECOFIN, sino que por el contrario esta sanción se considerará aprobada salvo que se reúna una mayoría cualificada que la rechace⁴⁵. En cuanto al fortalecimiento del PEC, este queda modificado tanto en su componente preventivo como en el corrector. En cuanto al primero, se consagra la regla de prudencia de política presupuestaria, de forma que salvo que se den determinadas circunstancias, el incremento del gasto

⁴¹ Sobre esta cuestión Alicia HINAREJOS señala lo siguiente: “First, there has been an extension of formal EU surveillance, in that formal surveillance mechanisms created through measures of EU law now apply not just in the budgetary area, but also to broader economy policy; there is for the first time, formal surveillance of certain aspects of Member States’ economic policies to avoid macroeconomic imbalances [...] Second, there are indications of a trend towards the adoption of increasingly detailed and enforceable budgetary and economic surveillance that does not stop at the imposition of objectives, but that may also increasingly require certain specific reforms to achieve those objectives.”. Alicia HINAREJOS, “Fiscal Federalism in the European Union: Evolution and Future Choices for EMU”, p. 1632.

⁴² La doctrina ya ha criticado el hecho de que tradicionalmente la supervisión de la Unión limitara su atención al déficit público, ignorando otras variables macroeconómicas que también podían indicar la presencia de desequilibrios. En tal sentido se posiciona José María SERRANO SANZ, “La Encrucijada del Euro”, p. 4.

⁴³ *Vid. supra* n. 23.

⁴⁴ MOLTÓ CALVO; “Unión Económica...”, *op. cit.*, pp. 851-854.

⁴⁵ Art. 3 del Reglamento (UE) 1174/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16.11.2011, relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona del euro.

público de un país no debe exceder de una tasa prudente del crecimiento del PIB a medio plazo de dicho Estado⁴⁶. En cuanto al elemento corrector, se pretende prestar mayor atención no solo al déficit, sino al nivel de deuda. En consecuencia se establece que aquellos países que tengan un nivel de deuda superior al 60%, el valor previsto en el Protocolo N° 12 sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, deberán reducir ese exceso de deuda a un ritmo de la veinteava parte anual⁴⁷; sin embargo no se abrirá un procedimiento contra ese estado si se dan determinadas circunstancias. Respecto al nivel de déficit, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado por el “*six pack*” indicará que el objetivo a medio plazo de un Estado respecto a su saldo presupuestario debe ser que este tienda al equilibrio, teniendo como límite inferior un déficit como máximo del 1% del PIB⁴⁸. Finalmente en el ámbito de la supervisión y coordinación de políticas presupuestarias el “*six pack*” regula los requisitos de los marcos presupuestarios nacionales. Se pretende que las normas presupuestarias sean consultadas a la Comisión antes de su adopción, para que esta garantice que son compatibles con el ordenamiento de la Unión. En esta materia tenemos que Semestre Europeo encuentra su regulación básica en el propio “*six pack*”⁴⁹.

El Semestre Europeo⁵⁰ es un instrumento de coordinación de las políticas económicas de los Estados de unos seis meses de duración en el

⁴⁶ Art. 1.8 del Reglamento (UE) 1175/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16.11.2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) 1466/97 del Consejo, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas

⁴⁷ Art. del 2 del Reglamento (UE) 1177/2011 del Consejo, de 8.11.2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo.

⁴⁸ Art. 1.5 del Reglamento (UE) 1175/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16.11.2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) 1466/97 del Consejo, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas.

⁴⁹ Que encuentra su regulación básica en el Reglamento (UE) 1175/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16.11.2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) 1466/97 del Consejo, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económica.

⁵⁰ Cómo puede intuirse, con este tipo de medidas se restringe en cierto modo el poder real de los Parlamentos para decidir sobre la política presupuestaria de los Estados, por ello estas medidas han sido criticadas por entender que limitan la soberanía de los Estados. Así se manifiesta Laura GÓMEZ URQUIJO, “El Nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza dentro del Nuevo Marco Condicional de Cohesión Social en la Unión Europea”, pp. 525-526. Por el contrario, el Banco Central Europeo entendía que pese a que estas medidas constituían un avance, no eran suficientes: “... sin embargo, no representan el esfuerzo necesario para garantizar políticas fiscales adecuadas en la zona del euro”. BANCO CENTRAL EUROPEO, *Boletín Mensual* 03/2011, p. 118.

que sobre la base de un estudio prospectivo anual sobre el crecimiento elaborado por la Comisión y las subsiguientes orientaciones políticas del Consejo Europeo, los Estados fijan sus prioridades y objetivos en materia económica, de modo que sobre ello la Comisión elabora unas recomendaciones para cada Estado teniendo en cuenta también la existencia de desequilibrios macroeconómicos que serán finalmente adoptadas por el Consejo con el previo refrendo del Consejo Europeo. Estas recomendaciones revisten gran relevancia puesto que el Estado miembro deberá adoptar sus presupuestos para el siguiente año de acuerdo con las mismas⁵¹.

El segundo instrumento dentro del ordenamiento de la Unión que se ha utilizado para dar respuesta a las deficiencias de la UEM asimétrica puestas de relieve por la crisis es el denominado “*two pack*”. Como es sabido se trata de un paquete legislativo formado por dos reglamentos que entrarían en vigor el 30 de mayo de 2013 y que fueron propuestos por la Comisión incluso antes de la entrada en vigor del “*six pack*”⁵². Con este instrumento se pretende reforzar la coordinación y supervisión presupuestaria de los países de la zona euro. El “*two pack*” contiene normas dirigidas en especial a la supervisión reforzada de aquellos Estados miembros que tienen abiertos procedimientos por déficit excesivo, así como a los países que experimentan dificultades de financiación, y aquellos que han recibido asistencia financiera, incluyendo obligaciones y en algunos casos previsiones que sobrepasan el ámbito presupuestario y se refieren a la obligación de realizar reformas estructurales⁵³. De hecho los Estados que hayan recibido asistencia financiera, aun cuando hayan dejado de recibir fondos, seguirán siendo objeto de esas normas de supervisión reforzada hasta que hayan reintegrado el 75% de la ayuda recibida⁵⁴.

Para el capítulo relativo a las medidas puestas en marcha para reforzar la coordinación y gobernanza económica debe hacerse referencia al TCEG, que entró en vigor en enero de 2013⁵⁵. Antes de referirnos al

⁵¹ Pueden encontrarse diferentes documentos que profundizan en mayor medida en el funcionamiento del Semestre Europeo en la web del Consejo: www.consilium.europa.eu/es/policies/european-semester/. [Fecha de consulta: 2 de enero de 2016]

⁵² *Vid. supra* n. 24.

⁵³ Art. 9 del Reglamento (UE) 473/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21.05.2013, sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro.

⁵⁴ Art. 14 del Reglamento (UE) 472/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21.05.2013, sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona del euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades.

⁵⁵ El TCEG, al igual que el MEDE, prevé una novedosa fórmula para la entrada en vigor del mismo en la que pese a tratarse de un instrumento internacional no requiere

propio contenido material del Tratado, debe advertirse que, al igual que el Tratado constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad será el principal instrumento sobre el que se asentará el nuevo pilar relativo al establecimiento de mecanismos de asistencia financiera, el TCEG ha sido el principal instrumento sobre el que se ha apoyado el nuevo pilar del reforzamiento de la coordinación, gobernanza y disciplina económica. Conviene advertir, pues, que las principales herramientas utilizadas para fundamentar los dos pilares que construyen la actual UEM tienen ambos carácter internacional⁵⁶, optándose de esta manera por el recurso a instrumentos fuera del marco comunitario para dar respuesta a las deficiencias de la UEM asimétrica⁵⁷.

Abordando ya en el contenido material del TCEG, puede señalarse en primer lugar que este Tratado es conocido por consagrar la estabilidad presupuestaria y la denominada “regla de oro”. Efectivamente su art. 3.1 establece el compromiso de las partes de tener una situación presupuestaria de superávit o de equilibrio, considerándose que se cumple dicha situación si el déficit estructural es inferior al 0,5% del PIB. Estas obligaciones deben ser incorporadas al derecho nacional mediante disposiciones

la unanimidad para la entrada en vigor de ciertas disposiciones para todas las partes contratantes. Esta previsión, a la que Carlos Closa denomina “regla de los casi 3/4”, está contenida en el art. 14 del TCEG, y según esta solo será necesario para que entren en vigor las disposiciones relativas a estabilidad y a gobernanza para todos las Partes Contratantes, que lo ratifiquen 12 Estados de la Eurozona (las disposiciones de coordinación entrarían en vigor para los restantes Estados que no lo hubieran aún ratificado, al mes siguiente de que se produzca dicha ratificación). Esta fórmula flexible de entrada en vigor se ha mostrado útil si se tiene en cuenta que el proceso de ratificación por parte de los 25 Estados, iniciado en 2012, no concluiría hasta marzo de 2014, cuando Bélgica lo ratificó. Carlos CLOSA, “Jugando a ratificar: las reglas de entrada en vigor del nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza del euro”, p. 2.

⁵⁶ La doctrina ya ha recalado el hecho de que los principales instrumentos que han fundamentado la respuesta a la crisis por parte de los Estados de la Unión, tanto en la vertiente de la coordinación, gobernanza y disciplina económica como en la de la asistencia financiera, tengan carácter internacional. Inmaculada CASADO GUIL, “El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria”, p. 319; CHITI y TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 687; DE WITTE y BEUKERS, *op. cit.*, p. 847; DONAIRE VILLA, *op. cit.*, p. 40.

⁵⁷ Aunque en sentido contrario es cierto que podría argumentarse que el TCEG, en su artículo 16, prevé su inclusión en los Tratados en un plazo de 5 años desde su entrada en vigor. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico no puede considerarse esta previsión como una cláusula automática que garantice dicha inclusión. Así se manifiesta también José Martín y Pérez de Nanclares, cuando se refiere a esta disposición como una mera “cláusula de buenas intenciones”, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *op. cit.*, p. 407. En la misma dirección se manifestó Iris Goldner en una conferencia ofrecida en la Universidad de Salamanca el 27 de marzo de 2015

preferentemente de rango constitucional, o en todo caso otras de carácter permanente cuyo cumplimiento esté plenamente garantizado⁵⁸.

Continuando con el ámbito material del Tratado, resulta interesante utilizar un fragmento de una de las contribuciones al respecto ofrecida por José Martín y Pérez de Nanclares que recoge un resumen de las principales previsiones del TCEG:

“De una primera lectura del tratado se tiene la impresión de que recoge una nutrida panoplia de medidas concretas: limitación del déficit estructural (0,5% del PIB nominal) (artículo 3.1); incorporación de esta ‘regla de oro’ a las Constituciones de los Estados que serían verificadas por el Tribunal de Justicia (artículos 3.2 y 8); mecanismos de coordinación y supervisión con exigencia de información previa por los Estados a la Comisión y al Consejo sobre los planes nacionales de emisión de deuda pública (artículos 5 y 6); refuerzo de las normas sobre procedimientos en casos de déficits excesivos (artículo 7); refuerzo de la coordinación económica y búsqueda de una política económica común (artículos 9 y 10); refuerzo de los mecanismos de gobernanza en la zona euro (artículos 12 y 13); adelanto de la entrada en vigor del Tratado constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), etc. Sin embargo, una lectura atenta del contenido de esas medidas difícilmente podrá conducir a tal conclusión [...]. En verdad, probablemente hasta la ‘regla de oro’ se podría lograr en el marco de los actuales tratados constitutivos”⁵⁹.

Ciertamente el contenido material del TCEG aborda numerosas cuestiones en el ámbito del pilar económico de la UEM, pero no obstante se ha criticado que en verdad no aporta nada nuevo que no pudiera haberse derivado del marco comunitario⁶⁰. En efecto, otros autores han

⁵⁸ España ya había reformado el art. 135 de la Constitución para consagrar la estabilidad presupuestaria, antes de la previsión al respecto del TCEG. Cabe señalar que con anterioridad al TCEG, en el articulado del Pacto por el Euro Plus contenido en las Conclusiones del Consejo Europeo de 24 y 25 de marzo se incluía ya la necesidad de “traducir en legislación nacional las normas presupuestarias de la UE establecidas en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento” a través de un instrumento jurídico que “posea un carácter suficientemente duradero y sólido (por ejemplo constitucional o de ley marco)”. Así se pone de relieve en Ramón FALCÓN Y TELLA, “La Reforma del Artículo 135”, p. 1.

⁵⁹ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *op. cit.*, p. 408.

⁶⁰ Pese a ello, se optó por la opción de establecer una obligación internacional que quizá no añadía nada a lo que ya de por sí se podía conseguir a través de los cauces comunitarios, debido al impulso de Alemania que, desde su perspectiva como acreedor, propugnaba la necesidad de reforzar la disciplina fiscal mediante un Tratado como el TCEG que asegurase la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria. En un sentido similar se pronuncia MOLTÓ CALVO, “Unión Económica y Monetaria...”, *op. cit.*, p. 854. Sobre la cuestión relativa a la adecuación del TCEG para reforzar la disciplina presupuestaria, *vid. infra* n. 62.

denunciado también la decisión de ratificar este tipo de instrumentos internacionales que no introducen novedades que no puedan ser alcanzadas por instrumentos comunitarios para lograr resultados similares⁶¹, y es que el recurso al intergubernamentalismo y la utilización de instrumentos internacionales ajenos al marco de la Unión no producen efectos inocuos⁶². El resultado, además de las consecuencias que se abordarán con detenimiento en el epígrafe IV de este trabajo⁶³, ha sido el solapamiento de algunas de las previsiones del TCEG con el “*six pack*”⁶⁴ y con el “*two pack*”⁶⁵, aumentando más si cabe la complejidad en el entramado de obli-

⁶¹ Paul CRAIG, “The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle, Politics, and Pragmatism”, p. 235; LÓPEZ ESCUDERO, “Las Interminables Reformas...”, *op. cit.*, pp. 7-8.

Por el contrario Inmaculada Casado Guil se opone a la crítica de estos autores, señalando que el TCEG sí resulta oportuno debido a que establece una obligación jurídica más fuerte que la que se puede derivar del marco de la Unión, puesto que esta solo tiene competencias de coordinación en la materia, con lo que el TCEG resultaría necesario y oportuno para permitir un reforzamiento de la estabilidad presupuestaria con una obligación totalmente vinculante. Inmaculada CASADO GUIL, *op. cit.*, p. 324. Para fundamentar esta argumentación esta autora se refiere también a las reflexiones de Alberto de Gregorio Merino. Véase en concreto Alberto DE GREGORIO MERINO, “El Derecho de la Unión y el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria”, pp. 46-49.

⁶² Como se advertirá en este trabajo, de la utilización de este tipo de instrumentos pueden afectar negativamente a la transparencia, unidad y coherencia legal e institucional, la legitimidad democrática o el equilibrio institucional.

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ Reflejo de este solapamiento es la previsión del art. 4 del TCEG referente a la obligación de aquellos países con un nivel de deuda pública superior al 60% del PIB de reducir este exceso de deuda a un ritmo de una veinteaava parte anual. Sin embargo esta previsión ya estaba recogida en el “*six pack*” en concreto en el art. 2 del Reglamento (UE) 1177/2011 del Consejo, de 8.11.2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo. También existe un solapamiento en lo relativo a la mayoría cualificada inversa, ya prevista en el “*six pack*” (art. 3 del Reglamento (UE) 1174-2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16.11.2011, relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona del euro) y reiterada en el art. 7 del TCEG. Sobre la superposición de las obligaciones de ambos instrumentos jurídicos se manifiesta también CRAIG, *op. cit.*, p. 247.

⁶⁵ Ejemplo de ello es la previsión en el TCEG de que los países inmersos en un procedimiento por déficit excesivo, además de comprometerse al saneamiento de sus finanzas debían obligarse mediante unos programas de colaboración económica a llevar a cabo determinadas reformas estructurales (art. 5 del Tratado). Esa misma obligación aparece recogida en el “*two pack*” cuando se refiere a las reformas estructurales a realizar en virtud de los programas de asociación económica que suscribirán los países a quienes se le haya abierto un procedimiento por déficit excesivo (art. 9 del Reglamento (UE) 473/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21.05.2013, sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro).

gaciones que existen en esta materia donde confluyen normas provenientes de diferentes fuentes⁶⁶.

Por último debe reseñarse que si bien se ha recurrido al plano internacional para cimentar el pilar de la coordinación, disciplina y gobernanza económica, lo cierto es que ello no ha impedido la utilización de instituciones netamente comunitarias a las que se le atribuyen diferentes funciones que los Tratados no confieren específicamente a la Unión⁶⁷. En concreto destacan las competencias atribuidas a la Comisión, al Consejo y al Tribunal de Justicia⁶⁸, ya que el papel del Parlamento Europeo en el marco del Tratado solo se prevé que junto con los parlamentos nacionales organice una conferencia para “debatir” sobre la política presupuestaria⁶⁹. La Comisión y el Consejo tienen atribuida la función de supervisión de que el Estado con déficit excesivo está respondiendo a las obligaciones asumidas en su programa de colaboración económica (que habrá necesitado previamente aprobación del Consejo y de la Comisión) desarrollando las reformas estructurales necesarias⁷⁰. Asimismo la Comisión podrá emitir un informe sobre el cumplimiento de las obligaciones respecto a la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria⁷¹. Si la Comisión

⁶⁶ De hecho la complejidad aumenta aun más cuando se intentan conciliar algunas de las previsiones del TCEG con el contenido del derecho originario, ya que existen algunos aspectos problemáticos en este sentido tal y como se pone de manifiesto en Guiseppe MARTINICO, Carmen ROMÁN VACA, “El Problema de la Asimetría en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria: Reflexiones Críticas”, p. 106. En efecto, el contenido del art. 10 del TCEG realiza una llamada a un “uso activo” de la cooperación reforzada. *Prima facie*, esto no parece conciliarse muy bien con el carácter de último recurso de la cooperación reforzada previsto en el 20.2 TUE ni con la jurisprudencia que insiste también en el carácter de último recurso que debe cumplir en todo caso la cooperación reforzada: STJ, de 16.04.2013, as. España e Italia c. Consejo (C-274/11 y C-295/11), apartados 49 a 54.

⁶⁷ El TJUE se ha pronunciado ya sobre la atribución de funciones a instituciones europeas realizada a través de un Tratado Internacional, en concreto por el Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad. En este caso, como recuerda Luis Miguel Hinojosa Martínez, el Tribunal de Justicia ha realizado una flexibilización del principio de atribución, entendiéndose que las nuevas funciones asignadas a las instituciones por este Tratado Internacional contribuyen a un buen ejercicio de las competencias que sí le confieren los Tratados promoviendo que se alcancen los objetivos previstos en los mismos. HINOJOSA MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 220. La doctrina ha criticado que se trata de una flexibilización muy generosa del principio de atribución y que no está claro que algunas de las nuevas funciones asignadas no entren en conflicto con las tareas que sí confieren los Tratados. LOUIS, J. V., “La Sentencia...”, *op. cit.*, p. 15 e HINOJOSA MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 221.

⁶⁸ Esta fórmula plantea ciertos problemas que se abordan en el epígrafe IV.

⁶⁹ Art. 13 del TCEG en la Unión Económica y Monetaria.

⁷⁰ Art. 5 del TCEG en la Unión Económica y Monetaria.

⁷¹ Art. 8 del TCEG en la Unión Económica y Monetaria

estimase, escuchadas las observaciones del Estado, que se ha incumplido esta obligación, se establece que el Tribunal de Justicia deberá emitir una sentencia vinculante sobre el asunto, en caso de que el Estado miembro siga sin cumplir se acarrearían sanciones de hasta el 0,1% del PIB⁷².

2. EL ESTABLECIMIENTO DE MECANISMOS DE ASISTENCIA FINANCIERA

Correlativamente a las reformas en materia de coordinación, disciplina y gobernanza la Unión y sus Estados miembros llevaron a cabo diferentes acciones para poner en marcha distintos mecanismos de asistencia financiera para evitar un posible *default* de los países de la zona euro que atravesaban dificultades de financiación. El principal instrumento en esta materia, al igual que ocurría en el caso anterior, es un instrumento de carácter internacional, el Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad. Antes de abordar su análisis, conviene estudiar las acciones previas que se emprendieron en la materia y que fueron construyendo este segundo pilar relativo a los mecanismos de asistencia financiera sobre la que se apoya la actual UEM. Estos instrumentos previos al Mecanismo Europeo de Estabilidad han sido el Acuerdo de Servicio de Préstamo con la República Helénica, el Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera y el Fondo Europeo de Estabilización Financiera⁷³.

La situación de Grecia empeoró notablemente desde que hubo noticia de que los datos sobre déficit publicados por el Gobierno de Karamanlís no eran fieles a la realidad⁷⁴. A principios de mayo de 2010, la prima de riesgo de Grecia superaba los 700 puntos básicos respecto al bono alemán y la calificación de los bonos de deuda griega a largo plazo había descendido ya hasta la de “bono basura”. Para dar respuesta a la situación nació el Acuerdo de Servicio de Préstamo con la República Helénica. La fórmula de asistencia, tal y como se acordó en la reuniones previas de la Cumbre del Euro, sería la de préstamos bilaterales coordinados por la Comisión, acompañándose de asistencia adicional del FMI, teniendo en cuenta que estos préstamos no contendrían ningún elemento de subvención en lo relativo

⁷² *Ibid.*

⁷³ Para la exposición de los aspectos más relevantes de estos tres instrumentos, se utilizará como base el análisis realizado en DE GREGORIO MERINO, “Legal Developments...”, *op. cit.*, pp. 1615-1621.

⁷⁴ El desequilibrio real en las cuentas públicas era un 238% superior al declarado, ya que frente al déficit del 3.7% anunciado por Grecia, la estimación real era del 12,5% del PIB griego.

a los tipos de interés⁷⁵. Tras la solicitud formal de asistencia, se firmaron el 8 de mayo de 2010 los acuerdos en los que se basaría este instrumento de asistencia. En primer lugar se establecía un acuerdo entre acreedores⁷⁶ en el que se estableció la respectiva contribución de cada país así como el procedimiento para ir desbloqueando los sucesivos tramos del programa de ayuda según el cual debía aprobarse por unanimidad de los acreedores una vez se hubiera constatado que Grecia estaba acometiendo los compromisos establecidos en el Memorándum de Entendimiento. En segundo lugar se establecía un acuerdo entre los Estados acreedores y Grecia⁷⁷, donde se establecía la cuantía del préstamo 80.000 millones de euros así como la condicionalidad a la que estaba sometida este programa de asistencia⁷⁸. Adicionalmente el FMI contribuyó con 30.000 millones de euros.

Tras el Acuerdo de Servicio de Préstamo con la República Helénica se hizo evidente que otros países en dificultades necesitarían de asistencia financiera, con lo que se supone sería necesario configurar mecanismos de asistencia que permitieran dar respuesta a la situación sin necesidad de recurrir a acuerdos *ad hoc*. Se puso así en marcha el Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera, que será el único instrumento comunitario que se adopte en esta materia. Se trata de un mecanismo que se creó con base jurídica en el art. 122.2 del TFUE mediante el Reglamento núm. 407/2010 del Consejo⁷⁹. El Reglamento entró en vigor el 13 de mayo de 2010 y la capacidad máxima de préstamo se situó en 60.000 millones de euros. De nuevo la asistencia financiera está sujeta a una estricta condicio-

⁷⁵ Declaración de los Jefes de Estado o de Gobierno de la zona euro, 25 de marzo de 2010.

⁷⁶ Acuerdo entre Acreedores suscrito por el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, Irlanda, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República de Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Eslovenia, la República Eslovaca y la República de Finlandia, hecho en Bruselas el 8 de mayo de 2010, *Boletín Oficial del Estado*, 13 de mayo de 2010, 117, pp. 42179-42194.

⁷⁷ Acuerdo de Servicio de Préstamo entre los siguientes Estados miembros cuya moneda es el euro y la República Helénica como Prestatario y el Banco de Grecia como Agente del Prestatario, hecho en Bruselas y Atenas el 8 de mayo de 2010, *Boletín Oficial del Estado*, 13 de mayo de 2010, 117, pp. 42155-42178.

⁷⁸ Aunque siendo estrictos "Germany was however not party to the loan facility Agreement. The German financial institution 'Kredietanstalt für Wiederaufbau', KfW, acted instead as Lender on behalf of Germany, in the "public interest, subject to the instructions of and with the benefit of the guarantee of the Federal Republic of Germany". DE GREGORIO MERINO, "Legal Developments...", *op. cit.*, p. 1617.

⁷⁹ REGLAMENTO DEL CONSEJO UE 407/2010, de 11.05.2010, por el que se establece un mecanismo europeo de estabilización financiera (DOUE N° L 118, 12.05.2012, pp. 1-4). DO L 306, 23.11.2010, pp. 33-40.

alidad. El Estado miembro beneficiario deberá celebrar un memorándum de acuerdo con la Comisión en el que se detallan las condiciones generales de política económica establecidas por el Consejo⁸⁰. La asistencia se presta en diferentes tramos⁸¹, para desbloquear el siguiente tramo de ayuda, el Estado miembro deberá solicitarlo a la Comisión, quien sobre la base de las verificaciones que haya realizado para analizar si la política económica del Estado miembro beneficiario se adecúa a su programa de ajuste y a las condiciones establecidas por el Consejo, decidirá sobre si se liberan los fondos de ese tramo⁸².

El FEEF se creó con una naturaleza jurídica totalmente opuesta a la del mecanismo anterior, ya que se trata de una entidad internacional con personalidad jurídica propia, sujeta en general al derecho nacional de Luxemburgo excepto en lo relativo al Acuerdo Marco que se interpretará conforme al derecho inglés⁸³. Esta entidad se constituyó el 7 de junio de 2010 en Luxemburgo como “*société anonyme*” siendo sus accionistas los Estados de la zona euro⁸⁴. El 8 de junio los Estados miembros de la eurozona establecieron un Acuerdo Marco con el FEEF donde se establecía el procedimiento para prestar asistencia financiera⁸⁵. El FEEF se diseñó como un mecanismo temporal⁸⁶ con una capacidad de préstamo teórica

⁸⁰ *Ibid.* art. 3.5.

⁸¹ *Ibid.* art. 4.1.

⁸² *Ibid.* art. 5.3.

⁸³ Sobre esto se reflexiona en Ferran ARMENGOL FERRER, “El Sistema de Garantías Jurisdiccionales de los Agentes Intervinientes en la Unión Económica y Monetaria”, pp. 141-149.

Este autor subraya el hecho de que un acuerdo internacional, como ocurre en el caso del Acuerdo de Servicio de Préstamo con la República y del FEEF, se rija por una ley nacional, como es el caso de la inglesa, demuestra la voluntad de “desinternacionalización” y “privatización” de las relaciones jurídicas derivadas de dichos acuerdo. Por otra parte señala que también es criticable el denominado *dépeçage* o “desmembramiento” ocurrido como consecuencia de la aplicación de diferentes derechos (el inglés y el luxemburgués) a diferentes aspectos de un mismo contrato.

⁸⁴ Si bien ya se acordó su creación con anterioridad, en el ECOFIN de 9 de mayo de 2010.

⁸⁵ Acuerdo Marco de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera, en *Boletín Oficial del Estado*, 11 de julio de 2010, 164, 76137-76158.

⁸⁶ Se preveía que estuviese operativo hasta julio de 2013, si bien posteriormente el TCEG permitiría que el Mecanismo Europeo de Estabilidad adelantase la fecha prevista para sustituirle a julio de 2012. Sin embargo el proceso de ratificación del MEDE se retrasaría hasta septiembre de 2012, fecha en la que finalmente sucedería al FEEF. El único programa de asistencia del FEEF en curso en la actualidad es el segundo programa de asistencia de Grecia, que se ha ido prorrogando sucesivas veces, la última de ellas en el momento de escribir estas páginas lo extendió hasta el 30 de junio de 2015.

de 440.000 millones de euros, emitiendo bonos garantizados por el FEEF⁸⁷ para obtener la financiación destinada a la asistencia de los Estados de la eurozona en dificultades.⁸⁸ Con el progresivo agravamiento de la crisis de la zona euro en 2011, el FEEF fue reforzándose. La Cumbre del Euro de 11 de marzo de 2011 amplió su capacidad teórica de préstamo hasta los 780.000 millones de euros⁸⁹. Además se permitió la compra de deuda soberana de los Estados en el mercado primario y en el secundario⁹⁰. Así mismo se acordó abrir la posibilidad de programas precautorios de asistencia así como programas de recapitalización directa de los bancos nacionales⁹¹.

Se ha denunciado que en un inicio las condiciones de los préstamos podían considerarse más orientadas al castigo que a la asistencia como consecuencia de la imposición de unos tipos de interés elevados y plazos de vencimientos reducidos⁹². De hecho, pese a la asistencia financiera recibida la situación continuaba empeorando:

⁸⁷ Efectivamente Alemania fue el país que mayor compromiso de garantía asumió, garantizando casi 120 millones de euros. Sin embargo, cabe reseñar que su compromiso dista mucho de ser totalmente predominante sobre el de otros Estados, de hecho agregando tan solo los compromisos de Francia y España, con 90 millones y 54 millones respectivamente, se superaría el compromiso alemán. No obstante, y como se señalará en el epígrafe IV de este trabajo, Alemania desde una posición teórica de líder en la financiación para la estabilización de la UEM, tomará un protagonismo muy relevante en la materia, ejerciendo una influencia muy superior a la de otro grupo de Estados que paradójicamente habrían suscrito mayores obligaciones que Alemania individualmente considerada. *Vid. infra* n. 116.

⁸⁸ Aunque la capacidad de préstamo real ha sido inferior a la nominal, "If EFSF bonds are to have the highest posible rating (AAA) –and this is a financial must–, it is necessary that euro area Member States guaranteeing EFSF bonds also enjoy that highest rating. This is however only the case of a limited number of euro area Member States. Therefore, at its inception the EFSF could only issue bonds with the highest rating up to a proportion that was covered by the AA Member States (approximately 250 billion euros, or half of the total loans it might grant)." DE GREGORIO MERINO "Legal Developments...", *op. cit.*, p. 1620.

⁸⁹ Declaración de los Jefes de Estado o de Gobierno de la zona euro de 21 de julio de 2011.

⁹⁰ Conclusiones de los Jefes de Estado o de Gobierno de la zona euro de 11 de marzo de 2011.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Así lo pone de relieve MOLTÓ CALVO, "La Gobernanza Económica..." *op. cit.*, pp. 165-166. También puede desprenderse lo mismo de la voluntad en un primer momento de garantizar que las condiciones del préstamo no contuvieran elementos de subvención como se puso ya de manifiesto en la Cumbre del Euro de 25 de marzo de 2010. En todo caso, la opción posterior de suavizar las condiciones del préstamo no se está aplicando en lo relativo a las exigencias de condicionalidad en lo referente a disciplina fiscal, y de hecho se ha criticado que el Mecanismo Europeo de Estabilidad utiliza unos tipos de interés más elevados de lo deseable. *Op. cit.*, n. 102.

“un año después del primer rescate, la prima de riesgo en Grecia, Irlanda y Portugal era más alta a pesar de las ayudas recibidas. Los mercados descontaban el hecho de que la UE no había dado solución a los problemas de solvencia de algunos de sus Estados miembros, sino más bien que había castigado a los mismos por su mal comportamiento por ser ‘despilfarradores’”⁹³.

La consecuencia fue que las condiciones relativas al crédito otorgado a los países en dificultades se suavizaron. Además ante la evidencia de la insostenibilidad del volumen de la deuda griega se estimó necesaria la participación del sector privado a través de una reestructuración ordenada de la deuda, en la que se posibilitaba a los tenedores de deuda griega que renunciaban a sus bonos de deuda griega para recibir bonos a tipo de interés más bajo y con mayor vencimiento⁹⁴. De esta forma la reestructuración se completó en marzo de 2012 con una quita superior al 50% en el valor nominal de los bonos de deuda griegos⁹⁵.

⁹³ MOLTÓ CALVO, “Unión Económica...” *op. cit.*, p. 858.

⁹⁴ Declaración de los Jefes de Estado o de Gobierno de la zona euro de 21 de julio de 2011.

⁹⁵ Alberto De Gregorio Merino describe esta reestructuración señalando además que “The Heads of State Government declared however that the private sector involvement in the Greek crisis was an ‘exceptional and unique solution’ that could not be extrapolated to any other operation of assistance.” DE GREGORIO MERINO, “Legal Developments...”, *op. cit.*, pp. 1617-1618.

Sin embargo, como señala Miguel Moltó Calvo, los momentos más difíciles para la supervivencia del sistema Euro llegarían en verano de 2012, lo que provocó que el BCE tomara un papel más activo recurriendo a medios menos convencionales, MOLTÓ CALVO, “La gobernanza económica...”, *op. cit.*, p. 176. Se puso en marcha así el denominado programa OMT anunciado por el BCE y por el que se autorizaba al SEBC a la compra de bonos de deuda de los países en dificultades en los mercados secundarios. Esto generó litigios en la jurisdicción alemana alegándose que el BCE se estaba excediendo del mandato que le atribuían los Tratados. Es este el contexto que da lugar a la reciente sentencia del Tribunal de Justicia en la materia: STJ, de 16.06.2015, as. Gauweiler y otros (C-62/14). Sin duda, acciones en el plano monetario como el programa OMT suponen otro elemento que además de la propios préstamos concedidos a través de los Mecanismos de Estabilidad contribuye a apoyar a los países en dificultades. Sin pretensión de realizar un análisis exhaustivo de esta sentencia pueden señalarse algunas de los aspectos presentes en esta jurisprudencia. Una de las cuestiones planteadas es la relativa a la atribución de nuevas funciones al SEBC. El TJUE señala que el SEBC no puede ejecutar ninguna medida no atribuida en los Tratados a la política monetaria, teniendo en cuenta que el objetivo principal del BCE y el SEBC es garantizar la estabilidad de precios (apartados 41 a 44). Recordando la jurisprudencia sentada en el asunto *Pringle*, el Tribunal señala que para delimitar si una acción está comprendida dentro del ámbito de la política monetaria, debe atenderse principalmente a los objetivos de la medida, así como también considerar los medios utilizados. La conclusión es que una acción como la del Programa OMT se encuentra dentro del ámbito de la política monetaria, puesto que el Tribunal lo vincula en

Debe tenerse en cuenta que los mecanismos anteriores tenían carácter temporal, por lo que una vez extinguidos dejarían a la Unión con la misma falta de instrumentos para hacer frente a nuevos ciclos de recesión económica que existían en 2010. Por ello se tomó conciencia de la necesidad de establecer un mecanismo de asistencia de carácter permanente y para ello se plantea llevar a cabo una reforma de los Tratados por el procedimiento abreviado. Se añade así a través de la Decisión 2011/199/UE del Consejo Europeo⁹⁶ el actual apartado 3 del art. 136 TFUE que establece que los Estados miembros de la eurozona podrán establecer un mecanismo para garantizar la estabilidad de la zona euro que conceda asistencia financiera sujeta a condicionalidad. La aprobación por parte de los Estados miembros se fue retrasando en el tiempo y finalmente la modificación del 136 TFUE tuvo lugar con posterioridad a la creación del Mecanismo Europeo de Estabilidad. En todo caso el propio TJUE reconocería la inutilidad de dicha reforma, pues señalaba que el 136.3 solo confirma la existencia de una competencia que ya tenían los propios Estados miembros⁹⁷.

Mediante un tratado internacional del que fueron partes contratantes los Estados de la zona euro se creó el MEDE⁹⁸, entrando en vigor el 27 de septiembre de 2012 (con cierto retraso respecto a la fecha prevista que se había adelantado a julio de 2012⁹⁹). El capital autorizado del ME-

última instancia con la estabilidad de precios (apartados 46 a 51). Por otra parte, respecto a la proporcionalidad el Tribunal considera que se cumple lo establecido por los arts. 119.2, 127.1 TFUE y 5.4 TUE ya que la acción requería un enfoque a nivel de la Unión y no se han sobrepasado los límites necesarios para alcanzar los legítimos objetivos pretendidos (apartados 66 y ss.). En último lugar resulta relevante que del art. 123 se deriva que el SEBC no está autorizado a una compra de bonos soberanos con efecto equivalente al de la adquisición directa de bonos soberanos, al mismo tiempo esta acción tampoco puede implicar incentivos para que los Estados miembros no apliquen una política presupuestaria sana (apartados 97 y 107), sin embargo el Tribunal concluye que el programa OMT no genera estos efectos (apartados 107 y 121), con lo que mediante esta jurisprudencia se modulan los límites de las facultades del BCE y SEBC permitidos por los Tratados para realizar comprar de bonos soberanos desde el ámbito de la Unión Europea.

⁹⁶ Decisión del Consejo Europeo, de 25.03.2011, que modifica el art. 136 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro (DOUE N° L 91, 06.04.2011, pp. 1-2).

⁹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 27.11.2012, as. Pringle (C-370/12), apartados 183-185. Este tema es analizado en HINOJOSA MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 234-235. Sobre la compatibilidad de la Decisión 2011/199/UE y del propio MEDE con el Derecho de la UE pueden consultarse además: DE WITTE y BEUKERS, *op. cit.*, pp. 804-848 y LOUIS, "La Sentencia...", *op. cit.*, pp. 1-20.

⁹⁸ MEDE, *Boletín Oficial del Estado*, 4 de octubre de 2013, 239, 70375-70397.

⁹⁹ El MEDE se encontró al igual que su predecesor el FEEF, con el examen del Tribunal Constitucional alemán respecto a la compatibilidad con su derecho. Finalmente

DE se fijó en 700.00 millones de euros¹⁰⁰, criticándose que la capacidad efectiva de préstamo del MEDE puede resultar insuficiente si hubiera que hacer frente a dificultades graves en Estados como Italia o España¹⁰¹. Además la posibilidad de recibir asistencia está supeditada a la ratificación por parte del país receptor del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza¹⁰². Debe ponerse de relieve que el MEDE cuenta con una estructura institucional propia incluyendo un Consejo de Gobernadores y un Consejo de Administración cuyas decisiones requieren, en general, del respaldo de una mayoría cualificada del 85% de votos, estando los votos ponderados por la proporción del capital suscrito por cada Estado¹⁰³. Por último puede señalarse que el MEDE ha generado un debate doctrinal sobre su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea¹⁰⁴, y sobre otros aspectos tales como los problemas de transparencia o posible vulneración de derechos como la tutela judicial efectiva.

Puede concluirse, para terminar este epígrafe y responder a una de las preguntas planteadas al comienzo de este trabajo, que a la vista de todas las acciones acometidas en la respuesta frente a la crisis tanto en el pilar de la asistencia financiera como en el de la coordinación, disciplina y gobernanza económica, resulta evidente que la actual UEM, que se ha configurado sobre dichos pilares, poco tiene que ver con la UEM asimétrica que se ha descrito en las primeras páginas de este estudio. En efecto los instrumentos en el plano económico de los que goza la unión monetaria no son comparables a los que existían en el escenario Lisboa previo a la ratificación de Tratados Internacionales como el TCEG o el MEDE. Es cierto que no ha operado por el momento ninguna reforma en los Trata-

el Tribunal no puso objeciones a la constitucionalidad de la ratificación alemana el 7 septiembre de 2012, y pocas semanas después, entraría en vigor el MEDE. Sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán respecto al asunto puede consultarse DE GREGORIO MERINO, “Legal Developments...”, *op. cit.*, pp. 1640-1642.

¹⁰⁰ Art. 8 del MEDE.

¹⁰¹ Así mismo se ha criticado también que los tipos de interés pueden resultar un tanto elevados, MOLTÓ CALVO, “Unión Económica...”, *op. cit.*, p. 862.

¹⁰² Preámbulo del TCEG en la Unión Económica y Monetaria.

¹⁰³ Se puede deducir además que como afirma Miguel Moltó Calvo los principales países tienen derecho a veto, ya que Alemania participa con un 27% del capital, Francia con un 20% e Italia con un 18%. MOLTÓ CALVO, “Unión Económica...”, *op. cit.*, p. 862. Nótese que Francia, Italia y España suman un 50% de capital, pese a que su capacidad de influencia en la materia no ha sido tan relevante como pudiera pensarse por este hecho, *Vid. infra* n. 117.

¹⁰⁴ Algunos de los aspectos más polémicos han sido la atribución de nuevas competencias a la Unión Europea que no estaban específicamente atribuidas por los Tratados, la utilización de instituciones comunitarias o la compatibilidad con la cláusula *no bailout* prevista en el art. 125 del TFUE.

dos que modifique formalmente la configuración jurídica originaria de la UEM, pero es igual de cierto que como se ha indicado los instrumentos con los que cuenta en la actualidad la UEM en materia económica como consecuencia de las reformas emprendidas han superado ampliamente el cuadro de instrumentos de los que disponía la UE en el plano económico cuando entraba en vigor el Tratado de Lisboa. De hecho pese a que no exista una reforma formal de los Tratados, se ha llegado a afirmar incluso que las reformas en el ámbito de la UEM han comprometido algunos principios fundamentales del ordenamiento constitucional comunitario¹⁰⁵.

IV. La actual UEM: *¿la solución definitiva a las imperfecciones en el plano económico?*

Las actuaciones de la Unión y sus Estados miembros no han respondido a un plan meditadamente concebido y sosegadamente madurado durante años, sino a la fuerza y gravedad de los desafíos que la realidad presentaba con una crisis que amenazaba la propia supervivencia del euro¹⁰⁶. Es por ello, que aunque de lo descrito anteriormente resulta evidente que la dimensión económica de la UEM ha salido reforzada reduciendo notablemente el problema de asimetría, podría plantearse el interrogante de si la actual UEM no presenta también algunas imperfecciones. Las reformas en materia de gobernanza y de asistencia financiera que son responsables de la configuración de la actual UEM marcarán en buena medida la configuración jurídica futura de la UEM a nivel constitucional, no solo porque hayan puesto a prueba ya los límites de los actuales Tratados, sino porque precisamente se prevé la inclusión de estos instrumentos en el propio derecho originario de la Unión¹⁰⁷. Precisamente por ello, se hace necesario abrir una reflexión sobre las posibles deficiencias que puede ocultar la actual UEM, puesto que las actuales imperfecciones en la UEM constituirán precisamente los desafíos a superar a la hora de constitucionalizar la futura Unión Económica y Monetaria.

¹⁰⁵ Matthias RUFFERT, "The European Debt Crisis and European Union Law", p. 1804.

¹⁰⁶ DE GREGORIO MERINO, "Reflexiones Preliminares..", *op. cit.*, p. 2

¹⁰⁷ Ya se ha hecho referencia al art. 16 del TECG, *vid. supra* n. 58. Aunque es cierto que esta cláusula no tiene fuerza jurídica real, marca claramente una dirección de voluntad política de inclusión en los Tratados. También en el caso del MEDE se está trabajando para su inclusión en los Tratados a medio plazo

Puede comenzarse haciendo referencia en primer lugar a las consecuencias sobre el equilibrio institucional¹⁰⁸ que han provocado las reformas en materia económica. En la ya histórica pulsión entre los intereses generales supranacionales y la defensa del interés nacional de los Estados miembros, esta segunda faceta ha salido muy reforzada. Tanto en el pilar de la gobernanza como en el de la asistencia financiera, se asignan notables funciones a la Comisión que pasa a ser un actor más del entramado intergubernamental que establecen estos Tratados¹⁰⁹. Por otra parte el Parlamento Europeo queda totalmente arrinconado en la actual UEM, no teniendo apenas capacidad de influencia en la materia¹¹⁰. Se detecta pues en primer lugar un aumento de la importancia del prisma nacional en el sistema institucional de la UE.

En segundo lugar y acompañando lo anterior, se constata que ha habido un debilitamiento del método comunitario, eludiéndose el característico sistema de pesos y contrapesos europeo para optar por un puro intergubernamentalismo donde han sido los Estados, sin contrapeso alguno, los que han determinado las reformas a emprender en la UEM.

¹⁰⁸ Especialmente en la dimensión política del término, tal y como la define Jean Paul Jacqué: “it can be envisaged as a means of describing the way the relationship between the institutions is organized. In this case, it is undeniable that there has been a significant evolution in the balance between the institutions since the origins of the Community”, Jean Paul JAQUÉ, “The Principle of Institutional Balance”, p. 383.

¹⁰⁹ En este sentido, sobre el TCEG, José Martín y Pérez de Nanclares señala que “la principal duda será dilucidar cómo la Comisión podrá cumplir las atribuciones que le encomienda el TCEG, bajo dicho prisma intergubernamental, a la par que desde la perspectiva supranacional, dé cumplimiento a las funciones que encomiendan los tratados constitutivos, máxime cuando en muchas materias existe además una cierta intersección entre los ámbitos materiales del TCEG y el TFUE”, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *op. cit.*, p. 415.

¹¹⁰ José Martín y Pérez de Nanclares relaciona la escasa participación al Parlamento Europeo que prevé el art. 13 del TCEG con la posición muy crítica de este respecto a la posibilidad de recurrir a instrumentos internacionales para construir la actual UEM. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *op. cit.*, p. 418.

Efectivamente el Parlamento Europeo llegó a manifestar “sus dudas con respecto a la necesidad de un acuerdo intergubernamental de estas características, ya que la mayoría de sus objetivos principales pueden alcanzarse de modo más adecuado y eficaz mediante el Derecho de la UE para dar una respuesta firme, rápida y sostenible a la crisis financiera y económica que se registra en la actualidad y a la crisis social existente en numerosos Estados miembros de la UE” expresando “su profundo convencimiento de que la Unión Monetaria solo puede convertirse en una verdadera unión económica y presupuestaria sobre la base del método comunitario; recuerda que la UE es un proyecto político basado en valores comunes, en unas instituciones comunes sólidas y en el respeto de unas normas comunes”. Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2012, sobre las conclusiones del Consejo Europeo de los días 8 y 9 de diciembre de 2011 acerca de un proyecto de acuerdo internacional relativo a una unión para la estabilidad presupuestaria.

En el ámbito de la coordinación, disciplina y gobernanza es cierto que ha habido algunos instrumentos comunitarios como el “*six pack*” y el “*two pack*”, pero incluso en esos casos se ha denunciado que los poderes intergubernamentales han ejercido presión para determinar el resultado alcanzando en el triálogo entre instituciones¹¹¹. En el ámbito de la asistencia financiera esto ha quedado claro al ver que el Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera ha tenido un protagonismo marginal, no comparable al del FEEF y el MEDE, totalmente realizados al margen de los Tratados¹¹².

En tercer lugar otro efecto es el del notable aumento de capacidad de decisión de instituciones intergubernamentales que no representan a toda la Unión, sino solo a la zona euro, caso del Eurogrupo o de la Cumbre del Euro superándose de *facto* las previsiones de los Tratados¹¹³. Por último, debe notarse que las instituciones de carácter intergubernamental del sistema institucional de la Unión, aunque han salido reforzadas, presentan un liderazgo, no obstante que no ha sido colectivo, sino que Alemania¹¹⁴,

¹¹¹ Respecto a la influencia en el proceso legislativo ordinario que aprobaría el “*six-pack*”: “One may refer, for example, to the establishment by the President of the European Council, following the conclusions of the European Council of 25-26 March 2010, of a mainly intergovernmental ‘Task Force’ called to present to the Council the measures needed to reach the objective of an improved crisis resolution framework and better budgetary discipline. That Task Force covered issued already addressed in the Commission’s proposals of 29 September 2010; and its final report endorsed by the European Council of 28-29 October 2010, has directly orientated the interactions among the Commission, the European Parliament and the Council within the ordinary legislative procedure”. CHITI y TEIXEIRA, *op. cit.*, pp. 688-689.

¹¹² Así se pronuncia también Manuel López Escudero, cuando señala que la creación del MEDE y FEEF como organizaciones internacionales de carácter financiero diferenciadas de la UE es otro nuevo signo de la voluntad de apartarse del método comunitario en lo relativo a la Unión Económica, LÓPEZ ESCUDERO, “Las Interminables Reformas...”, *op. cit.*, pp. 3-4.

¹¹³ Cuando se describían los instrumentos de la actual UEM, numerosas notas al pie hacían referencias a declaraciones o conclusiones de estos órganos que determinaban la acción de la Unión en la materia.

¹¹⁴ Muchos autores han puesto de manifiesto el incontestable liderazgo alemán. De manera específica analiza el predominio alemán Marta Ortega Gómez quien recuerda que “El concepto Merkel-Schaüble-Rösler de austeridad se ha impuesto en la Unión Europea sobre las tesis defendidas en el seno de la Comisión Europea así como por determinados Estados miembros (Francia, España, Italia) [...] Otra manifestación del poder de Alemania en la Unión, por encima del poder del Consejo Europeo se ha puesto de manifiesto respecto del llamado rescate bancario. En concreto en la reunión del Consejo Europeo de 29 de junio de 2012, éste acordó la recapitalización directa de la banca a cargo del Fondo Europeo de Estabilidad Financiera (en adelante, FEEF) al que el Mecanismo Europeo de Estabilidad (en adelante, MEDE) ha sucedido a partir del 1 de enero de 2013 [...] Alemania, Finlandia y Países Bajos adoptan un comunicado conjunto

como principal acreedora¹¹⁵, ha tomado una posición de fuerte liderazgo en la materia, determinando el rumbo de la Unión en materia económica.

Relacionadas con los cambios en el equilibrio institucional están las consecuencias negativas sobre la legitimidad democrática¹¹⁶. Se ha criticado que

“Los Parlamentos de los Estados miembros están siendo progresivamente relegados al mero papel de ejecutores y sujetos refrendantes de las prioridades positivas (y también las líneas rojas) de la política presupuestaria [estatal] fijadas desde la Comisión, el Consejo y varios Comités de composición tecnocrática. Y además sin que este papel de las instancias parlamentarias estatales (cada vez más pasivo, y desde luego sin capacidad efectiva de influencia o conformación de las directrices de coordinación sentadas por las mencionadas instituciones y Comités) se vea compensado por un rol activo del Parlamento Europeo”¹¹⁷

Precisamente el hecho de que el papel de los Parlamentos nacionales y Europeos sea totalmente marginal conlleva también problemas en el

que aboga el acuerdo político del Consejo Europeo de junio de 2012, puesto que afirma que la recapitalización directa de la banca se pospone a la entrada en funcionamiento de un mecanismo único de supervisión (en adelante, MUS) bancaria para la Unión Europea. En otras palabras, la recapitalización de la banca anterior a la entrada en funcionamiento del MUS se imputaría a la deuda pública de los Estados cuyos bancos se beneficiasen de la ayuda”. Marta ORTEGA GÓMEZ, “Gobierno y Gobernanza en la Eurozona”, pp. 44-46.

¹¹⁵ Wolfgang Glomb señala que habría ciertos principios que serían irrenunciables para Alemania: “Germany views three principles as immutable: the stability of the common currency, the Central Bank’s independence, and each State’s accountability for its own finances.” Wolfgang GLOMB, “The Franco-German Tandem confronts the Euro-Crisis”, pp. 1-33.

No deja de ser paradójico que la posición alemana en materia económica se haya impuesto sobre la de otros Estados miembros como Francia, España o Italia, que conjuntamente han hecho una aportación muy superior a los mecanismos de asistencia financiera (en el caso del MEDE 50% frente al 27% alemán), *vid. supra* n. 88 y 104. Desde un punto de vista politológico, esto podría explicarse quizá por el mejor posicionamiento estratégico en cuanto a coaliciones entre Estados que adquiere Alemania desde la ampliación de 2004, en este sentido pueden consultarse los gráficos al respecto que recogen Rutger LINDAHL, y Daniel NAURIN, “East-North-South: Coalition Building before and after the Enlargement”, pp. 73-75.

¹¹⁶ Siendo incluso reconocida por la necesidad de aumentar la legitimidad democrática desde instancias como el Consejo Europeo:

Herman VAN ROMPUY, “Hacia una auténtica Unión Económica y Monetaria”, p. 3; Herman VAN ROMPUY, “Hacia una auténtica Unión Económica y Monetaria. Informe intermedio”, p. 8; Herman VAN ROMPUY, “Hacia una auténtica Unión Económica y Monetaria. Hoja de Ruta de 5 de Diciembre de 2012”, p. 3.

¹¹⁷ DONAIRE VILLA, *op. cit.*, p. 41.

ámbito de la *accountability* o rendición de cuentas: no existe un poder legislativo representante de la ciudadanía que exija que se dé cuenta de las decisiones tomadas en el ámbito económico y que se asuman las responsabilidades que corresponda, el control político es en verdad muy limitado. Además el déficit democrático y la falta de control político y rendición de cuentas se han visto aumentados por la atribución de toda la capacidad de decisión a órganos de carácter gubernamental o ejecutivo e incluso por una creciente “despolitización” de la materia¹¹⁸. La limitación de la soberanía fiscal de los Estados miembros no ha sido acompañada por la atribución de una auténtica competencia fiscal mediante el establecimiento de una autoridad fiscal europea, sino que se ha producido un aumento progresivo del poder ejecutivo en materia fiscal, que se desarrolla en esencia a través de procedimientos cuasiautomáticos¹¹⁹. Puede decirse que en esencia el problema es que la integración económica no se está acompañando del correspondiente nivel de integración política¹²⁰ necesario para legitimar esa integración económica¹²¹.

Los efectos negativos sobre el equilibrio institucional y en la legitimidad democrática vienen acompañados por problemas de transparencia¹²². Las reformas emprendidas en la Unión Económica comprometen la transparencia en primer lugar porque crean una innecesaria complejidad jurídica a la que ya se ha aludido en este trabajo. Para regular la materia concurren fuentes internacionales, con el derecho originario, derivado,

¹¹⁸ Sobre esto ya se ha criticado que: “In the transfer from the national to the EU level, in other terms, fiscal matters have been depoliticized and insulated from the realm of politics” CHITI, TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 700.

¹¹⁹ CHITI, TEIXEIRA, *op. cit.*, pp. 700-701.

¹²⁰ Como señala Andreu Olesti Rayo un primer momento, precisamente el convencimiento (ahora olvidado) de que la integración económica requería un mayor grado de integración política que no se estaba dispuesto a asumir impidió un mayor desarrollo de la rama económica de la UEM (provocando por tanto los problemas de asimetría que se han descrito al principio de este trabajo). OLESTI RAYO, *op. cit.*, pp. 53-54.

¹²¹ Alicia Hinarejos ha advertido sobre que la opción adoptada por la Unión para lograr una mayor integración económica (denominada en su trabajo “*surveillance model*”) compromete tanto la autonomía estatal como un modelo federal, y además genera problemas importantes de legitimidad democrática. HINAREJOS, *op. cit.*, pp. 17-27.

¹²² Adicionalmente, y en relación con la legitimidad democrática, algunos autores han puesto de manifiesto además que la actuación de la Unión Europea para la gestión de la crisis económica puede debilitar la percepción de la población de los países rescatados de legitimidad de los poderes públicos, en cuanto la transferencia de asistencia financiera habría venido acompañada de una falta de respeto de los principios de tolerancia, diálogo y respeto mutuo. Así se pronuncian Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, y Fernando MARTÍNEZ ARRIBAS, “¿Malos tiempos para la tolerancia? La intolerancia latente en los rescates de la Unión Europea hoy”, pp. 234-235.

además de las relaciones de superposición y posible conflicto que hay sobre ellas¹²³. A esto debe añadirse la falta de control parlamentario existente en ambos ámbitos y por supuesto evidente falta de mecanismos de participación ciudadana.

Precisamente en el ámbito de la transparencia, refiriéndose en este caso a las reformas en asistencia financiera, se ha denunciado que:

“Disregarding the promises of openness and the general right to access to documents, expressed by Art. 15 TFEU and Art. 42 of the Charter, stability mechanisms work behind the shield of far-going confidentiality and immunity [...]. Art. 34 TESM prohibits Members or former Members of the Board of Governors and of the Boards of Directors as well as present or former functionaries of the ESM from disclosing information that is subject to professional secrecy; what professional secrecy comprises is not defined. Art. 35 in turn, establishes immunity from legal proceedings for acts they have performed in an official capacity. They also enjoy inviolability with regard to their official papers and documents. A separate provision ensures inviolability of the archives of the ESM and all documents belonging to the ESM or held by it”¹²⁴.

Efectivamente, además del problema de transparencia, en el caso de los mecanismos de asistencia financiera de corte internacional¹²⁵ se ha criticado la existencia de importantes aspectos de mejora en el sistema de garantías jurisdiccionales¹²⁶. El Tratado constitutivo del MEDE prevé una inmunidad de jurisdicción absoluta a la que solo el propio MEDE podrá renunciar¹²⁷, así como una inmunidad de ejecución respecto a todos sus bienes, recursos financieros activos, donde quiera que estuvieren localizados y cualesquiera que fueren sus poseedores¹²⁸. El establecimiento de esta inmunidad respecto a todos los actos y contratos que realice el

¹²³ En este sentido CRAIG, *op. cit.*, p. 247; DONAIRE VILLA, *op. cit.*, p. 41; Steve PEERS, *Analysis: Draft Agreement on reinforced economic union*, p. 1.

¹²⁴ Kaarlo TUORI, *The Eurozone Crisis: A Constitutional Analysis*, p. 218.

¹²⁵ Como se pone de manifiesto en ARMENGOL FERRER, *op. cit.*, p. 147, en el caso del MEEF si se cuenta con todas las garantías jurisdiccionales previstas en el ordenamiento comunitario. Ahora bien, ello no ha impedido que haya habido algún punto de polémica, es el caso de la inadmisión del recurso de inadmisibilidad interpuesto contra el Reglamento 407/2010 por el que se establece el MEEF, al considerar el Tribunal que no existía legitimación activa debido a que la alegación de que la aprobación del mecanismo afectaba a la pensión del recurrente no era válida para considerar que le afectaba directa e individualmente. ATG, de 15.06.2011, as. *Ax. c. Consejo* (T-259/10), apartados 17 a 25.

¹²⁶ Un estudio sobre esta cuestión se ofrece en ARMENGOL FERRER, *op. cit.*, pp. 140-154.

¹²⁷ Art. 38.3 del MEDE.

¹²⁸ Art. 38.4, *op. cit.*

MEDE frente a todos los procedimientos judiciales puede ser criticable, puesto que en otras instituciones financieras internacionales se ha sido más abierto respecto a la posibilidad de plantear recursos judiciales por parte de particulares afectados por su actividad. Se ha dicho que este concepto expansivo de inmunidad jurisdiccional utilizado por el MEDE puede entrar en conflicto con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE¹²⁹. Por otra parte ha resultado también polémica la utilización del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por parte del FEEF y del Acuerdo de Servicio de Préstamo con Grecia como una corte de arbitraje para la solución de controversias entre Estados aplicando el derecho inglés, se puede entender en cierta medida que esta privatización del TJUE puede menoscabar en cierto modo su independencia¹³⁰.

Otro problema sobre el que debe reflexionarse es el de las consecuencias sobre de la unidad legal e institucional de las reformas en el ámbito de la UEM. Como se ha puesto de manifiesto, los instrumentos en la materia son de muy diverso origen: derecho originario, derecho derivado, *soft law* y derecho internacional, no participando todos los Estados miembros en todos ellos. En efecto la respuesta a la crisis ha estado protagonizada especialmente por los países de la eurozona emprendiéndose reformas que han llevado a un fortalecimiento de la coordinación económica entre ellos, provocando una mayor integración de la que en cambio no forman parte siempre el resto de países de la Unión. De hecho la integración no es en absoluto homogénea si se considera que no todos los Estados miembros participan de todos los instrumentos en la materia. Son parte del MEEF los 28 Estados miembros, pero solo participan en la FEEF 17 de ellos y 19 en el MEDE, mientras en el ámbito de la gobernanza, solo 23 participan del Pacto por el Euro Plus y 25 han ratificado el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (además que no todos los Estados parte en el mismo se obligan respecto a todas las previsiones del Tratado). De esta forma se está evolucionando desde un ordenamiento común (con sus múltiples excepciones y peculiaridades), a otra situación donde se está desarrollando un marco jurídico-institucional paralelo, en el que se encuentran situaciones muy diversas en cuanto a obligaciones y grado de integración según el grupo de Estados de la Unión que se considere¹³¹.

¹²⁹ ARMENGOL FERRER, *op. cit.*, pp. 152-153.

¹³⁰ "El TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA se ve así en la insólita situación de encontrarse a medio camino entre un tribunal internacional y una corte de arbitraje de Derecho Privado, sujeta a las leyes de Inglaterra". ARMENGOL FERRER, *op. cit.*, p. 143.

¹³¹ Enrique Linde Paniagua habla de que se está formando un sistema de círculos concéntricos de modo que "En el círculo más concéntrico estarían todos los Estados y se

No solo eso, sino que el hecho de que la UEM haya desarrollado su propio sistema institucional paralelo de toma de decisiones podría además entrar en conflicto con el propio marco jurídico de la UE¹³². En el plano jurídico los nuevos instrumentos han puesto a prueba los límites constitucionales establecidos por los Tratados, preguntándose la doctrina¹³³ si en algunas cuestiones no se habrán de hecho sobrepasado esos límites. En todo caso lo que sí es evidente es que las reformas adoptadas, incluso aunque se consideren compatibles con el marco jurídico de la Unión, han reforzado sin duda algunos de los aspectos previstos en los Tratados, especialmente los relativos a la estabilidad y disciplina presupuestaria, mientras que otros valores también fundamentales dentro del ordenamiento comunitario tales como los relativos a la economía social, el progreso social, el pleno empleo y la cohesión social han quedado en un segundo plano¹³⁴. De este modo el resultado es que las reformas adoptadas han descompensado el difícil equilibrio entre las concepciones sobre los valores políticos que deben guiar la Unión Europea al que se había llegado y que inspiran el ordenamiento jurídico de la Unión, sesgando en consecuencia dicho ordenamiento hacia uno de los lados de la balanza.

Por último hay que tener en cuenta que la actual UEM plantea no solo problemas desde la perspectiva jurídica, sino que desde la perspectiva económica también hay algunos aspectos que pueden ser cuestionables, por lo que se hará referencia a algunos de los más importantes¹³⁵. En primer lugar, el postulado económico que ha inspirado la acción de la Unión según el cual el camino de la recuperación económica pasa por la aplicación de

caracterizaría porque en el mismo se aplicaría en su totalidad el Derecho de la Unión. Y a partir del núcleo se superpondrían otros círculos en que no estarían integrados todos los Estados de la Unión”. Enrique LINDE PANIAGUA, “La mutación de la unión europea y de su derecho originario: la modificación del artículo 136 del TFUE, y otros tratados (tratados parásitos) suscritos por estados de la unión europea, en particular el tratado de estabilidad, coordinación y gobernanza en la unión europea”, p. 103.

¹³² “Recourse to composite arrangements, partly within and partly outside the EU framework, sets the legal conditions for the fragmentation of the EU in a number of legally and institutionally autonomous sub-organizations. [...] This might ultimately lead to a loss of coherence of the overall EU system and to the parallel emergence of a number of autonomous, self-sufficient organizations. Of course, this process of de-institutionalization of the EU is far from automatic. It is however, a possible unintended effect of the EU responses to the crisis”. CHITI y TEIXEIRA., *op. cit.*, p. 706,

¹³³ HINOJOSA MARTINEZ, *op. cit.*, pp. 232-234, MARTINICO, ROMÁN VACA, *op. cit.*, p. 108.

¹³⁴ Así lo advierten también GÓMEZ URQUJO, *op. cit.*, pp. 538-539; MARTIN Y PÉREZ DE NANCLARES, *op. cit.*, p. 427.

¹³⁵ Esta perspectiva del cuestionamiento no solo jurídico sino económico es adoptada en José Rafael MARIN AIS, “Deflación, ¿Un invitado inesperado en la Unión Monetaria?”, pp. 326-333.

políticas severas de austeridad resulta controvertido. Aunque es cierto que ha habido respaldo a este enfoque por parte de algunos autores, igual de cierto es que otro sector del pensamiento económico ha señalado que dichas políticas son muy contraproducentes¹³⁶, siendo necesario en consecuencia fortalecer la demanda mediante políticas anticíclicas para recuperar el crecimiento. El propio Parlamento Europeo reconocía que la postura de la Unión podía estar desequilibrada cuando reiteraba su “llamamiento a favor de una Unión tanto de estabilidad como de crecimiento sostenible” considerando “la disciplina presupuestaria, si bien constituye la base del crecimiento sostenible, no generará, por sí sola, una recuperación”¹³⁷. Desde una perspectiva similar se ha demandado que además del “*Fiscal Compact*” que supone el TCEG sería imprescindible también un “*Growth Compact*”¹³⁸.

Por otra parte también puede señalarse que la constitucionalización de la estabilidad de precios como objetivo primordial de la política económica puede resultar igualmente problemática¹³⁹. Si se acepta que como sugiere la Curva de Phillips existe un *trade off* entre niveles de desempleo y de inflación, será temerario establecer una prioridad absoluta invariable como el objetivo de la estabilidad de precios, puesto que en épocas de recesión con altos niveles de desempleo aportará sin duda una mayor utilidad flexibilizar las exigencias de estabilidad en favor de la creación de empleo. Es por ello, por lo que en segundo lugar otra de las carencias de la actual UEM puede residir en no haber equilibrado el objetivo del empleo con el de la estabilidad de precios¹⁴⁰. Este segundo aspecto tiene

¹³⁶ En efecto muchos han rebatido la posición de autores favorables a la austeridad tales como Alberto Alesina, Silvia Ardagna, Carmen Reinhart o Kenneth Rogoff. En este sentido pueden consultarse: Mark BLYTH, *Austerity: The History of a Dangerous Idea*; Paul DE GRAUWE, “The governance in a fragile Eurozone”; Joseph STIGLITZ, *El Precio de la Desigualdad*. En efecto, los datos empíricos no parecen respaldar la idea de la “austeridad expansiva” pero pese a ello no ha existido un cuestionamiento sobre este tipo de políticas en la Unión Europea, sobre las posibles causas que pueden explicar esto: Rafael MUÑOZ DEL BUSTILLO, “Questioning the Myth of Expansionary Austerity: European Macroeconomic Policy during the crisis and its aftermath”, pp. 130-132.

¹³⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2012, sobre las conclusiones del Consejo Europeo de los días 8 y 9 de diciembre de 2011 acerca de un proyecto de acuerdo internacional relativo a una unión para la estabilidad presupuestaria.

¹³⁸ GÓMEZ URQUJO, *op. cit.*, pp. 537-538.

¹³⁹ Al respecto puede consultarse MARÍN AÍS, *op. cit.*, pp. 328-331. Ciertamente la constitucionalización de la estabilidad de precios como objetivo prioritario no es nueva, pero precisamente en la actualidad puede estar desplegando unas consecuencias muy negativas, por lo que supone pues un reto para la actual UEM.

¹⁴⁰ Aunque efectivamente ello requeriría una reforma de los Tratados. Pero también lo requerirían otras de las propuestas contenidas en los documentos estratégicos en la materia de la Comisión y la Presidencia del Consejo Europeo.

todavía más sentido si se tiene en cuenta que las tasas de inflación en la eurozona son en la actualidad cercanas a cero, con un riesgo de deflación que en caso de materializarse sería difícil de revertir por parte de la Unión Europea. Especialmente difícil si se tiene en cuenta que con los tipos de interés actuales en mínimos históricos, la política monetaria podría ser de poca utilidad debido a la trampa de liquidez, mientras que la política fiscal tendría poco margen de actuación como consecuencia de la autoimpuesta exigencia constitucional de disciplina presupuestaria.

En tercer lugar quizá la cuestión fundamental es la relativa a la propia solidaridad entre los Estados miembros. En efecto, como es conocido notoriamente, países como Portugal, España o en general los Estados del Sur de Europa han sufrido de manera mucho más intensa los efectos negativos de la crisis, por lo que desde una perspectiva basada en la equidad y solidaridad no realizar mayores esfuerzos redistributivos para compartir la carga de la crisis puede resultar poco adecuado.

Debe decirse que en cambio desde la perspectiva del temor al *moral hazard* la acción de la Unión se ha basado en el postulado de que toda la asistencia recibida debe estar condicionada a unos duros ajustes que se consideran necesarios para evitar incentivar que los Estados desarrollen políticas presupuestariamente insostenibles. Reflejo claro de esto son las duras condiciones ya descritas en cuanto a tipo de interés y plazo de vencimiento que en un primer momento se adoptaron o la actual situación de Grecia en la que el Eurogrupo quiere dejar claro al nuevo gobierno griego que la asistencia requiere estricta condicionalidad. Es así como se ha instaurado en la materia una “solidaridad condicionada” en lugar de una genuina solidaridad entre Estados. Y ello pese a que ya desde la teoría económica se ha avisado de que en uniones monetarias como la europea es necesario que se produzcan transferencias fiscales hacia los países con mayores dificultades (y no solo meros préstamos sujetos a condicionalidad)¹⁴¹. Desde la Comisión e incluso desde el Consejo Europeo se ha reconocido la necesidad de la existencia de mecanismos de transferencia y solidaridad fiscal, pero que a día de hoy están lejos de ser implementados¹⁴².

Puede concluirse que ciertamente es muy razonable que se propugne una responsabilidad y rigor en el gasto público, pero una posición muy radical en la prevención del peligro de *moral hazard* no adoptando mecanismos

¹⁴¹ *Ibid.* n. 20.

¹⁴² No puede considerarse que instrumentos como los fondos estructurales sean mecanismos específicos de transferencia fiscal conducentes a paliar las consecuencias de shocks asimétricos. Estos fondos no se dirigen solo a los países menos favorecidos, sino que también son beneficiarios de los mismos los Estados con mayor renta. Además el requisito de la condicionalidad se ha introducido también en estos fondos.

de auténtica solidaridad fiscal que distribuyan las consecuencias negativas de la crisis entre todos los Estados puede ser también muy problemática. Precisamente los esfuerzos por evitar un peligro (*moral hazard*) pueden estar incentivando otro riesgo igualmente indeseable en la conducta de los operadores económicos: que los agentes que operan en los mercados, habida cuenta de la fragilidad de esta unión monetaria con ausencia de transferencias fiscales estabilizadoras, presionen sobre los elementos más débiles de dicha zona monetaria, haciendo al final inviable el proyecto del euro¹⁴³. De hecho quizá la falta de éxito hasta ahora en hacer frente a los problemas del euro puede ser responsable justo de lograr lo contrario de lo pretendido, y es que la situación actual ha provocado que incluso se plantee en algunos ámbitos del debate económico la necesidad de una nueva reestructuración de la deuda pública para garantizar la sostenibilidad de la situación¹⁴⁴.

Para terminar puede concluir que a la vista de todas las cuestiones anteriores, parece prudente afirmar que a día de hoy la actual UEM todavía presenta desafíos e imperfecciones que deben ser superados. Mirando hacia la futura UEM merece la pena hacer referencia a la hoja de ruta marcada en su momento por la Comisión Europea y por el entonces Presidente del Consejo Europeo, así como su actualización en la hoja de ruta presente en el denominado “*five president’s report*”¹⁴⁵. En estos documentos estratégicos se da respuesta a algunas de las imperfecciones de la actual UEM con vistas a que la acción de la Unión se dirija a configurar una futura UEM que refuerce la legitimidad democrática¹⁴⁶, que aumente la capacidad de

¹⁴³ Paul DE GRAUWE, *The governance in a fragile Eurozone*, pp. 19-20. Como se resaltaba en el epígrafe anterior, la capacidad de los mecanismos actuales para hacer frente a crisis más graves que afecten a países como España o Italia es cuestionable. Podría pensarse que si finalmente no se garantiza la permanencia de Grecia en el Euro, existiría el riesgo de que cuando el ciclo económico vuelva a ser recesivo, los elementos débiles de la unión monetaria pudieran ser España o quizá Italia, lo que sería un escenario muy complicado para la Unión. Un planteamiento en este sentido se encuentra en la columna de Joseph STIGLITZ, titulada “¿El Último Acto de Europa?” publicada el 14 de junio de 2015 en el diario *El País*, disponible en: http://economia.elpais.com/economia/2015/06/11/actualidad/1434024627_535395.html. [Fecha de consulta: 2 de enero de 2016].

¹⁴⁴ Como reflejo de ello puede servir la publicación de la columna “Radical Left is Right about Europe’s Debt” en el *Financial Times*, que puede consultarse en www.ft.com/intl/cms/s/0/48e6fa76-70bd-11e4-8113-00144feabdc0.html#axzz3csycidZI [Fecha de consulta: 2 de enero de 2016].

¹⁴⁵ COM (2012) 777 final, “Un Plan director para una Unión Económica y Monetaria profunda y auténtica”, pp. 1-50; Herman VAN ROMPUY, “Hacia una auténtica Unión Económica y Monetaria. Hoja de Ruta de 5 de diciembre de 2012”; Jean Claude JUNCKER, Donald TUSK, Jeroen DIJSSSELBLOEM, Mario DRAGHI, Martin SCHULZ, “Realizar la Unión Económica y Monetaria”, pp. 1-26.

¹⁴⁶ COM (2012) 777 final, “Un Plan director para una Unión Económica y Monetaria profunda y auténtica”, pp. 33-35. Desde el Consejo Europeo se tiene una visión más

acción de la propia Unión mediante un aumento de la capacidad presupuestaria comunitaria, previendo incluso la emisión conjunta de deuda pública¹⁴⁷ y caminándose así hacia una senda de mayor solidaridad. Sin embargo siguen estando presentes otros elementos que no aseguran que la futura UEM supere las actuales imperfecciones y desafíos que presenta la actual UEM. Continúan muy presentes la extrema preocupación respecto al *moral hazard*, así como el axioma sobre la necesidad no tanto de solidaridad como de disciplina presupuestaria y de reformas estructurales¹⁴⁸, no estando claro además que aspectos como la transparencia o un adecuado equilibrio institucional vayan a quedar correctamente resueltos. Es por ello por lo que habrá que observar cómo evoluciona la actuación de la Unión en materia económica para determinar si las actuales imperfecciones y desafíos serán superados en la configuración jurídica de la futura UEM o si por el contrario persistirán algunas de las deficiencias en la materia.

V. Conclusiones

El Tratado de Lisboa ha heredado los tradicionales problemas de asimetría entre la vertiente económica y monetaria de la UEM existentes desde el origen, cuando en la Conferencia Intergubernamental que dio lugar al Tratado de Maastricht se optó por apartarse de la propuesta Delors. En consecuencia, tras iniciarse la crisis económica la Unión tiene unos medios

limitada de la legitimidad democrática como rendición de cuentas y con mayor énfasis en el papel de los Parlamentos nacionales: Herman VAN ROMPUY, “Hacia una auténtica Unión Económica y Monetaria. Hoja de Ruta de 5 de Diciembre de 2012”, p. 16.

¹⁴⁷ COM (2012) 777 final, “Un Plan director para una Unión Económica y Monetaria profunda y auténtica”, p. 27; Herman VAN ROMPUY, “Hacia una auténtica Unión Económica y Monetaria. Hoja de Ruta de 5 de Diciembre de 2012”, p. 12.

¹⁴⁸ Se insiste en que en ningún caso debe haber transferencias unidireccionales de recursos hacia los Estados menos favorecidos por la integración, además de que tampoco deben eliminarse los incentivos a la disciplina fiscal y las reformas estructurales: “Los elementos de la puesta en común de los riesgos presupuestarios relacionados con la capacidad de absorción de impactos específicos de cada país deben estructurarse de manera que ni conduzcan a transferencias unidireccionales y permanentes entre países ni sean concebidos como instrumentos de nivelación de ingresos. [...] no [se] debería ni minar los incentivos de una política presupuestaria saneada definida a nivel nacional ni los incentivos para afrontar los puntos débiles estructurales nacionales” Herman VAN ROMPUY, “Hacia una auténtica Unión Económica y Monetaria. Hoja de Ruta de 5 de Diciembre de 2012”, p. 12. Exactamente la misma previsión se mantiene en el reciente documento al que nos hemos referido anteriormente que se ha denominado comúnmente “*five president's report*”: Jean Claude JUNCKER, Donald TUSK, Jeroen DIJSESSEBLOEM, Mario DRAGHI, Martin SCHULZ, “Realizar la Unión Económica y Monetaria”, p. 17.

muy limitados de actuación en el ámbito económico. Como se ha visto, los instrumentos económicos de los que disponía la Unión tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se reducen, como venía siendo tradicional, a las grandes orientaciones de política económica, el procedimiento de déficit excesivo, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento así como los Programas de Estabilidad o Convergencia y los Programas Nacionales de Reforma. Se trata bien de instrumentos de *soft law* que tuvieron un reducido grado de cumplimiento o bien de instrumentos jurídicamente vinculantes, pero que sistemáticamente se incumplieron. Por tanto la configuración jurídica en el Tratado de Lisboa seguía respondiendo a lo que en este trabajo se ha denominado la UEM asimétrica.

Tras 2010 tienen lugar una serie de reformas encaminadas a reforzar la vertiente económica de la UEM asimétrica. En el pilar de la coordinación, disciplina y gobernanza se ha descrito como el Pacto por el Euro Plus, “*six pack*”, Semestre Europeo, “*two pack*” y el TCEG reforzaban el plano económico a nivel supranacional. Igual resultado generaban desde el pilar de la asistencia financiera el Acuerdo de Servicio de Préstamo con la República Helénica, el Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera, el Fondo Europeo de Estabilización Financiera y el Mecanismo Europeo de Estabilidad. Todos ellos contribuyen a la configuración de la actual UEM, una UEM que cuenta hoy en día con unas herramientas que han superado ampliamente el cuadro de instrumentos de los que se disponía en el plano económico cuando entraba en vigor el Tratado de Lisboa. Se ha concluido así que las reformas en ambos pilares han afectado al diseño de la UEM presente en Lisboa, constituyendo la actual UEM un paso adelante en la integración económica.

Sin embargo se ha demostrado que la actual UEM presenta algunas imperfecciones y desafíos a los que la futura UEM deberá enfrentarse. Se ha puesto de manifiesto cómo se debilitaba la utilización del método comunitario y se afectaba el equilibrio institucional reforzando los canales intergubernamentales en detrimento de los supranacionales, y aumentando la importancia de instituciones intergubernamentales como el Eurogrupo o la Cumbre del Euro, institucionalizada al margen de los Tratados. A ello han acompañado importantes problemas de legitimidad democrática puesto que además de la exclusión del Parlamento Europeo, se ha producido una pérdida de soberanía por parte de los Parlamentos nacionales a favor de instancias gubernamentales supranacionales que marcan las líneas a seguir en una materia que progresivamente se está despolitizando. A la falta de integración política ha acompañado una gran complejidad jurídica que ha facilitado la existencia de problemas de transparencia y de unidad legal e institucional dentro de la Unión, planteándose también dudas sobre la

garantía de derechos fundamentales como la tutela judicial efectiva fruto de la inmunidad concedida al MEDE.

Por último desde un punto de vista económico se ha constatado que el problema fundamental es el relativo a la falta de mecanismos de transferencia fiscal entre Estados, necesarios para garantizar la estabilidad de una unión monetaria con economías no totalmente convergentes, como es el caso europeo. Frente a la solidaridad real que la dramática realidad de países como España, Portugal o Grecia exigía, la acción de la Unión en el ámbito de la UEM demuestra una mera solidaridad condicional, a la que subyacen postulados económicos como el de la austeridad que han resultado ser polémicos en el campo del pensamiento económico, criticándose que este tipo de planteamientos pueden ser contraproducentes para recuperar la senda del crecimiento económico. El propio Parlamento Europeo llegó a señalar que únicamente con medidas de disciplina presupuestaria no resolvería el problema del desempleo, sino que resulta necesario una Unión tanto de la estabilidad como del crecimiento sostenible. Por todo ello no puede considerarse que las reformas en materia económica emprendidas por la Unión y sus Estados supongan una solución definitiva a los problemas de la UEM.

Por último como conclusión final puede repararse en que si bien los avances en integración económica han sido notables estos adolecen también de aspectos fuertemente cuestionables. Por ello se hace necesario abrir un profundo debate sobre la materia conducente a que la constitucionalización de la futura UEM pueda estar exenta de aspectos problemáticos como los tratados en este trabajo, que bien podrían poner en peligro el futuro del proyecto de integración europeo.

VI. Bibliografía

1. ESTUDIOS

- ARMENGOL FERRER, Ferran, “El Sistema de Garantías Jurisdiccionales de los Agentes Intervinientes en la Unión Económica y Monetaria”, en *Crisis y Coordinación de Políticas Económicas en la Unión Europea*, Madrid, 2013, pp. 125-150.
- BLYTH, Mark, *Austerity: The History of a Dangerous Idea*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- CASADO GUIL, Inmaculada, “El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria”, en *Las Crisis Políticas y Económicas: Nuevos Escenarios Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2014, pp. 319-325.
- CARRERA HERNÁNDEZ, Francisco Jesús, “El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria: ¿Un Impulso a la Realiza-

- ción de la Política Económica de la Unión Europea o un Tratado Superfluo e Innecesario?”, en *Revista General de Derecho Europeo*, N° 28, 2012, pp. 1-40.
- CHITI, Edoardo y Pedro Gustavo TEIXEIRA, “The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis”, en *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 683-708.
- CLOSA, Carlos, “Jugando a ratificar: las reglas de entrada en vigor del nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza del euro”, *ARI 15/2012*, Real Instituto Elcano, Madrid, 2012, pp. 1-5, disponible en www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/2d6e85004a6d26059cbabf3b1240dd34/ARI152012_Closa_reglas_tratado_estabilidad_coordinacion_gobernanza_euro.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2d6e85004a6d26059cbabf3b1240dd34 [Fecha de consulta: 2 de enero de 2016]
- CRAIG, Paul, “The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle, Politics and Pragmatism”, *European Law Review*, 2012, N° 37, pp. 231-248
- DE GRAUWE, Paul, “The Governance in a Fragile Eurozone”, *CEPS Working Documents*, N° 346 2011, Bruselas, pp. 1-21, disponible en http://aei.pitt.edu/31741/1/WD_346_De_Grauwe_on_Eurozone_Governance-1.pdf [Fecha de consulta: 1 de diciembre de 2015].
- DE GREGORIO MERINO, Alberto, “El Derecho de la Unión y el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, N° 45, 2013, pp. 27-60.
- DE GREGORIO MERINO, Alberto, “Legal developments in the Economic and Monetary Union during the debt crisis: The mechanisms of financial assistance”, en *Common Market Law Review*, vol. 49, 2012, pp. 1613-1646.
- DE GREGORIO MERINO, Alberto, “Reflexiones Preliminares sobre la Unión Bancaria”, en *Revista General de Derecho Europeo*, N° 33, 2014, pp. 1-10
- DE WITTE, Bruno y Thomas BEUKERS, “The Court of Justice approves the Creation of the European Stability Mechanism outside the EU Legal Order: Pringle”, en *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 804-848.
- DONAIRE VILLA, Francisco Javier, “Coordinación, Convergencia y Supervisión de las Políticas Macroeconómicas y Presupuestarias de los Estados Miembros en el Derecho Originario de la Unión Europea”, en Andreu OLESTI RAYO, *Crisis y Coordinación de Políticas Económicas en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 13-42.
- FALCÓN Y TELLA, Ramón, “La Reforma del Artículo 135”, en *Revista General de Derecho Europeo*, N° 25, 2011, pp. 1-9.
- GLOMB, Wolfgang “The Franco-German Tandem confronts the Euro-Crisis”, *Foundation pour L’Innovation Politique*, 2011, pp. 1-33, disponible en www.fondapol.org/wp-content/uploads/2011/02/The-franco-german-tandem-confronts-the-euro-crisis1.pdf [Fecha de consulta: 1 de diciembre 2015].
- GÓMEZ URQUIJO, Laura, “El Nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza dentro del Nuevo Marco Condicional de Cohesión Social en la Unión Europea”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N° 42, 2012, pp. 521-541.

- HINAREJOS, Alicia, “Fiscal Federalism in the European Union: Evolution and Future Choices for EMU”, en *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 1621-1642.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel, “La compatibilidad del Mecanismo Europeo de Estabilidad con el Derecho Europeo: Jurisprudencia para tiempos de crisis”, en *Las Crisis Políticas y Económicas: Nuevos Escenarios Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 212-236.
- JAQUÉ, Jean Paul, “The Principle of Institutional Balance”, en *Common Market Law Review*, vol. 41, 2004, pp. 383-391.
- JUNCKER, Jean Claude, DONALD TUSK, JEROEN DIJSESSEBLOEM, MARIO DRAGHI, MARTIN SCHULZ, “Realizar la Unión Económica y Monetaria”, Bruselas, 2015, pp. 1-26. Disponible en http://ec.europa.eu/priorities/economic-monetary-union/docs/5-presidents-report_es.pdf [Fecha de consulta: 2 de enero de 2016]
- LINDAHL, Rutger y DANIEL NAURIN, “East-North-South: Coalition Building before and after the Enlargement”, en Daniel NAURIN, Helen WALLACE, *Unveiling the Council of the European Union. Games Governments Play in Brussels*, Palgrave Macmillan, London, 2008, pp. 64-78.
- LINDE PANIAGUA, Enrique, “La mutación de la unión europea y de su derecho originario: la modificación del artículo 136 del TFUE, y otros tratados (tratados parásitos) suscritos por estados de la unión europea, en particular el tratado de estabilidad, coordinación y gobernanza en la unión europea”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, N° 23, 2012, pp. 87-103.
- LÓPEZ ESCUDERO, Manuel, “Las Interminables Reformas de la Gobernanza Económica de la Zona Euro”, en *Revista General de Derecho Europeo*, N° 27, 2012, pp. 1-9.
- LÓPEZ ESCUDERO, Manuel, “La Unión Bancaria en la Unión Europea: un tortuoso camino para un gran avance”, en Diego Javier LIÑAN NOGUERAS, *Las Crisis Políticas y Económicas: Nuevos Escenarios Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 186-211.
- LOUIS, Jean Victor, “La Sentencia Pringle”, en *Revista General de Derecho Europeo*, N° 29, 2013, pp. 1-20.
- LOUIS, Jean Victor, “La Gobernanza Económica y Monetaria de la Zona Euro frente a la Crisis”, en José MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, *Estados y Organizaciones Internacionales ante las Nuevas Crisis Globales*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 255-281.
- MANGAS MARTÍN, Araceli, “El nuevo equilibrio institucional en tiempos de excepción”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 50, 2015, pp. 13-42.
- MANGAS MARTÍN, Araceli, *Estudio introductorio: Post-Lisboa y la Larga Crisis*, Madrid, Tratado de la Unión Europea, Tratado de Funcionamiento y otros Actos Básicos de la Unión Europea, Tecnos, 2014.
- MARIN AÍS, José Rafael, “Deflación, ¿Un invitado inesperado en la Unión Monetaria?”, Diego Javier LIÑAN NOGUERAS, *Las Crisis Políticas y Económicas: Nuevos Escenarios Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 326-333.

- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José, “El Nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la UEM: Reflexiones a Propósito de una Peculiar Reforma al Margen de los Tratados Constitutivos”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N° 42, 2012, pp. 397-431.
- MARTINICO, Guiseppa, Carmen ROMÁN VACA, “El Problema de la Asimetría en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria: Reflexiones Críticas”, en *Crisis y Coordinación de Políticas Económicas en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 91-108.
- MOLTÓ CALVO, Miguel, “La Gobernanza económica en la Unión Económica y Monetaria: Necesidad de más reformas”, en *Las Crisis Políticas y Económicas: Nuevos Escenarios Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 161-185.
- MOLTÓ CALVO, Miguel, “La Unión Económica y Monetaria: Concepto, Evolución Histórica y Desafíos en la Gobernanza Económica de la UE”, en José María BENEYTO PÉREZ, Jerónimo GONZÁLEZ ORÚS y Belén BECERRIL ATIENZA, “*Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*”, Tomo 6 (Mercado Único Europeo y Unión Económica y Monetaria), Aranzadi, 2013, pp. 815-894.
- MUÑOZ DEL BUSTILLO, Rafael, “Questioning the Myth of Expansionary Austerity: European Macroeconomic Policy during the crisis and its aftermath”, en Javier BILBAO-UBILLOS, *The Economic Crisis and Governance in the European Union: A Critical Assessment*, Routledge, Nueva York, 2013, pp. 114-133.
- MUÑOZ DE BUSTILLO Rafael y Rafael BONETE PERALES, *Introducción a la Unión Europea: un Análisis desde la Economía*, Alianza Editorial, Madrid, 2009.
- OLESTI RAYO, Andreu , “La Evolución del Pacto de Estabilidad y Crecimiento”, en *Crisis y Coordinación de Políticas Económicas en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 53-74.
- ORTEGA GÓMEZ, Marta, “Gobierno y Gobernanza en la Eurozona”, en *Crisis y Coordinación de Políticas Económicas en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 43-52.
- PEERS, Steve, *Anaylisis: Draft Agreement on reinforced economic union*, Statewach, 2011, p.1-14, disponible en: www.statewatch.org/analyses/no-164-reu-treaty.pdf. [Fecha de consulta: 2 de enero de 2016].
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos y Fernando MARTÍNEZ ARRIBAS, “¿Malos tiempos para la tolerancia? La intolerancia latente en los rescates de la Unión Europea hoy”, en *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, N° 2, 2013, pp. 207-236.
- RUFFERT, Matthias, “The European Debt Crisis and European Union Law”, en *Common Market Law Review*, vol. 48, N° 6, 2011, pp. 1777-1806.
- SERRANO SANZ, José María, “La Encrucijada del Euro”, en *Revista General de Derecho Europeo*, N° 27, 2012, pp. 1-5.
- STIGLITZ, Joseph, “*El Precio de la Desigualdad*”, Taurus Pensamiento, Madrid, 2012.
- TUORI, Kaarlo, *The Eurozone Crisis: A Constitutional Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

- VAN ROMPUY, Herman, “*Hacia una auténtica Unión Económica y Monetaria. Informe intermedio*”, Bruselas 2012, disponible en www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/132873.pdf [Fecha de consulta: 2 de enero de 2016].
- VAN ROMPUY, Herman “*Hacia una auténtica Unión Económica y Monetaria*”, Bruselas, 2012. Informe presidente consejo europeo 26 de junio 2012, disponible en www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/131290.pdf. [Fecha de consulta: 2 de enero de 2016].
- VAN ROMPUY, Herman, “*Hacia una auténtica Unión Económica y Monetaria. Hoja de Ruta de 5 de Diciembre de 2012.*”, Bruselas 2012, disponible en www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/134207.pdf. [Fecha de consulta: 2 de enero de 2016].

2. JURISPRUDENCIA

- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, sentencia de 16 de junio de 2015, asunto C-62/14, *Gauweiler y otros*, no publicada en Rec.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, sentencia de 16 de abril de 2013, C-274/11 y C-295/11, *España e Italia c. Consejo*, no publicada en Rec.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, sentencia de 27 de noviembre de 2012, *Pringle*, C-370/12, no publicada en Rec.
- TRIBUNAL GENERAL, Auto de 15 de junio de 2011, asunto T-259/10, *Ax c. Consejo*, II-00176.

3. LEGISLACIÓN Y DOCUMENTOS OFICIALES DE LA UNIÓN EUROPEA

- Acuerdo de Servicio de Préstamo entre los siguientes Estados miembros cuya moneda es el euro: el Reino de Bélgica, Irlanda, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República de Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Eslovenia, la República Eslovaca y la República de Finlandia y KfW, actuando en interés público, con sujeción a las instrucciones y acogiéndose a la garantía de la República Federal de Alemania, como Prestamistas, y la República Helénica como Prestatario y el Banco de Grecia como Agente del Prestatario, hecho en Bruselas y Atenas el 8 de mayo de 2010, *Boletín Oficial del Estado*, 13 de mayo de 2010, 117, pp. 42155-42178.
- Acuerdo entre Acreedores suscrito por el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, Irlanda, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República de Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Eslovenia, la República Eslovaca y la República de Finlandia, hecho en Bruselas el 8 de mayo de 2010, *Boletín Oficial del Estado*, 13 de mayo de 2010, 117, pp. 42179-42194.

Acuerdo Marco de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera entre el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, Irlanda, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República de Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Eslovenia, la República Eslovaca, la República de Finlandia, la República Helénica y la Facilidad Europea de Estabilización Financiera, firmado en Bruselas el 05-07-2010, en Berlín el 16-06-2010, en Dublín el 10-06-2010, en Madrid el 10-06-2010, en París el 25-06-2010, en Roma el 16-06-2010, en Nicosia el 16-06-2010, en Luxemburgo el 11-06-2010, en la Valeta el 05-07-2010, en la Haya el 10-06-2010, en Viena el 09-06-2010, en Lisboa el 15-06-2010, en Liubiana el 11-06-2010, en Bratislava 15-07-2010, en Helsinki el 10-06-2010, en Atenas el 16-06-2010 y en Luxemburgo el 11-06-2010, *Boletín Oficial del Estado*, 11 de julio de 2010, 164, 76137-76158.

BANCO CENTRAL EUROPEO, “Boletín Mensual 03/2011: La reforma de la gobernanza económica de la zona euro: elementos esenciales”, Fráncfort, 2011, pp. 107-128.. Disponible en www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesBCE/BoletinMensualBCE/11/Fich/bm1103.pdf [Fecha de consulta: 2 de enero de 2016].

COM (2014) 130 final, “Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Balance de la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, Bruselas, 05.03.2014, pp. 1-25, disponible en http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/europe2020stocktaking_es.pdf [Fecha de consulta: 1 de diciembre de 2015].

COM (2012) 777 final, “Un Plan director para una Unión Económica y Monetaria profunda y auténtica”, Bruselas, 28.11.2012, pp. 1-50, disponible en http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:6ed5f706-fda6-492c-895b-4b5e8a25648a.0015.03/DOC_1&format=PDF [Fecha de consulta 1 de diciembre de 2015].

COM (2010) 2020, “EUROPE 2020 A strategy for smart, sustainable and inclusive growth.”, Bruselas, 3.3.2010, p.1-32, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:EN:PDF> [Fecha de consulta: 1 de diciembre de 2015]

COM (2005) 24 final, “Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo. Relanzamiento de la estrategia de Lisboa”, Bruselas, 3.3.2010, pp. 1-32, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0024&from=ES> [Fecha de consulta: 1 de diciembre de 2015]

COMISIÓN EUROPEA, “Pacto por el Crecimiento y el Empleo: un año después. Informe para el Consejo Europeo del 27 y 28 de junio de 2013”, Bruselas, 2013, pp. 1-18, disponible en http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/compact_es.pdf [Fecha de consulta: 2 de enero de 2016].

CONSEJO DE EUROPA, Conclusiones del 28 y 29 de junio de 2012, disponibles en www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/131399.pdf [Fecha de consulta: 1 de diciembre de 2015].

- CONSEJO DE EUROPA, Conclusiones del 24 y 25 de marzo de 2011, disponibles en <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=ES&f=ST%2010%202011%20REV%201.pdf> [Fecha de consulta: 1 de diciembre de 2015].
- CONSEJO DE EUROPA, Decisión 2011/199/UE de 25 de marzo de 2011, que modifica el artículo 136 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro, DO L 91, 06.04.2011, pp. 1-2.
- CONSEJO DE EUROPA, Directiva 2011/85/UE de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros, DO L 306, 23.11.2010, pp. 41-47.
- CONSEJO DE EUROPA, Reglamento (UE) N° 1177/2011 de 8 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) N° 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo, DO L 306, 23.11.2010, pp. 33-40.
- CONSEJO DE EUROPA, Reglamento (CE) N° 1466/97 de 7 de julio de 1997, sobre el fortalecimiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y la supervisión y coordinación de las políticas económicas, DO L 209, 2,8.97, pp. 1-5.
- CONSEJO DE EUROPA, Reglamento (CE) N° 1467/97 de 7 de julio de 1997, relativo a la aceleración y clarificación de la aplicación del procedimiento de déficit excesivo, DO L 209, 2,8.97, pp. 6-11.
- CONSEJO DE EUROPA, Resolución de 17 de diciembre de 1997 sobre el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:l25021> [Fecha de consulta: 2 de enero de 2016]
- Conclusiones de los Jefes de Estado o de Gobierno de la zona euro de 11 de marzo de 2011, disponibles en http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ecofin/119813.pdf [Fecha de consulta: 1 de Diciembre de 2015].
- Declaración de los Jefes de Estado o de Gobierno de la zona euro de 21 de julio de 2011, Disponible en www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/123978.pdf, [Fecha de consulta: 1 de diciembre de 2015].
- Declaración de los Jefes de Estado o de Gobierno de la zona euro 25 de marzo de 2010, Disponible en www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/113563.pdf, [Fecha de última consulta: 1 de diciembre de 2015].
- EUROGRUPO, *Work programme for the Eurogroup for the first half of 2015*, Bruselas, 8 de diciembre de 2014, disponible en www.consilium.europa.eu/es/council-eu/eurogroup/ [Fecha de consulta: 1 de diciembre de 2015].
- PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE EUROPA, Reglamento (UE) N° 472/2013 de 21 de mayo de 2013, sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona del euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades, DO L 140, 27.05.2013, pp. 1-10.
- PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE EUROPA, Reglamento (UE) N° 473/2013 de 21 de mayo de 2013, sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la

evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro, DO L 140, 27.05.2013, pp. 11-23.

PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE EUROPA, Reglamento (UE) N° 1173/2011 de 16 de noviembre de 2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro, DO L 306, 23.11.2010, pp. 1-7.

PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE EUROPA, Reglamento (UE) N° 1174-2011 de 16 de noviembre de 2011, relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona del euro, DO L 306, 23.11.2010, pp. 8-11.

PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE EUROPA, Reglamento (UE) N° 1175/2011 de 16 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) N° 1466/97 del Consejo, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas, DO L 306, 23.11.2010, pp. 12-24.

PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE EUROPA, Reglamento (UE) N° 1176/2011 de 16 de noviembre de 2011, relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos, DO L 306, 23.11.2010, pp. 25-32.

PARLAMENTO EUROPEO, Resolución de 18 de enero de 2012, sobre las conclusiones del Consejo Europeo de los días 8 y 9 de diciembre de 2011 acerca de un proyecto de acuerdo internacional relativo a una unión para la estabilidad presupuestaria, disponible en www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2012-0002&language=ES&ring=B7-2012-0003. [Fecha de consulta: 2 de enero de 2016].

TRATADO DE ESTABILIDAD, COORDINACIÓN Y GOBERNANZA EN LA UNIÓN ECONÓMICA Y MONETARIA entre el Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República de Estonia, Irlanda, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, el Gran Ducado de Luxemburgo, Hungría, Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República de Polonia, la República Portuguesa, Rumanía, la República de Eslovenia, la República Eslovaca, la República de Finlandia y el Reino de Suecia, hecho en Bruselas el 2 de marzo de 2012, *Boletín Oficial del Estado*, 2 de febrero de 2013, N° 29, pp. 9078-9090.

Estudios sobre derecho administrativo

LA POTESTAD INSPECTIVA
V/S LA AUDITORÍA PÚBLICA.
OJEADA HISTÓRICA DENTRO
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO
AMBIENTAL CUBANO

AUTHORITY INSPECTIVA
AND THE PUBLIC AUDIT.
HISTORIC GLANCE WITHIN
THE ADMINISTRATIVE ENVIRONMENTAL
RIGHT CUBAN

*Alcides Antúnez Sánchez**
*Amed Ramírez Sánchez***

Resumen

El artículo realiza un examen sobre la labor de las Administraciones Públicas, hoy estas están adquiriendo una nueva dimensión como Estado Vigilante, a partir de la tradicionalidad de la doctrina jurídica clásica que las dividió en actividad de policía, de fomento y de servicio público. Es un hecho que en las últimas décadas el Derecho Ambiental se perfecciona, pero su aplicación sigue teniendo resultados no adecuados, necesiéndose de un mayor control a través de la función inspectora, la que concluye con la ejecución de la auditoría pública en las formas de gestión, en pos de conformar empresas amigables con el ambiente para alcanzar el desarrollo sostenible y transformar el escenario actual. A partir del proceso de reforma que se realiza por el Estado cubano en la economía, para ello

* Máster en Asesoría Jurídica de la Universidad de Oriente. Profesor de Derecho Ambiental y Mercantil de la Universidad de Granma, Cuba. El trabajo es parte de una investigación vinculada al control ambiental a través de la Auditoría Pública dentro de las formas de gestión por su vínculo con la Función Inspectiva en la República de Cuba, resultado de la Tesis Doctoral sobre la materia. Artículo recibido el 16 de enero de 2016 y aceptado para su publicación el 3 de marzo de 2016. Correo electrónico: aantunez@udg.co.cu

** Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y el CEPC, España. Máster en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad de Oriente. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Granma, Cuba.

se analiza la inspección ambiental y la auditoría ambiental como técnicas de control para coadyuvar a la protección del bien público ambiental.

Palabras claves: intervención pública, desarrollo social, control público, potestad inspectora, auditoría pública.

Abstrac

The article accomplishes an exam on the work of the Regional Government Bodies, today these are acquiring a new dimension like Alert State, as from the tradicionalidad of the juridical classical doctrine that divided them into policeman's activity, of fomentation and of public utility. It is a fact than The Environmental right gets perfect in last decades, but his application keeps on having not made suitable results, necesitándose of a bigger control through the show inspector the one that comes to an end with the execution of the public audit in the forms of step, in pursuit of conforming friendly companies with the environment to attain the sustainable development and to transform the present-day scene. The environmental inspection and the environmental auditing like techniques of control to collaborate to the protection of the environmental public property are examined as from the process of reform that comes true for the Been Cuban in economy, for it.

Key words: Public intervention, social development, public control, authority inspector, public audit.

I. A manera de prólogo

El desarrollo social de las últimas décadas ha sido un factor determinante en la definición del rol de lo público como mecanismo de dirección y control social. Esta situación se debe en buena medida a que el contenido de la actividad administrativa y la propia concepción de la Administración Pública han sido dos conceptos variables y no uniformes, consustanciales con el tiempo, el escenario geográfico, el régimen sociopolítico y en especial referencia dentro de este, a la intervención del Estado en las relaciones sociales en sus distintas modalidades.

Sin embargo, a pesar de las mutaciones genéticas de lo público, pervive la eficacia de aquellas palabras Forsttofh:

“La Administración está llamada a hacer realidad los cometidos del Estado. Estos cometidos se determinan de acuerdo con la realidad social básica

y las ideas políticas que individualizan el Estado; es decir, de acuerdo con el contenido sustancial de la Constitución. A este contenido tiene que estar orientada toda su actividad. La Administración necesita, por ello, una instancia directiva, la cual tiene su lugar estructural dentro de la Constitución. Con ello quedan diseñados la posición especial y el cometido del Gobierno del Estado...¹.

Dos fenómenos distintos al contexto de estas palabras como el de la integración europea y la globalización hacen del Derecho Público un grupo de cánones cada vez menos distantes desde los diversos sistemas de Derecho². Y con ello, se ha replanteado una y otra vez el rol del Estado y concretamente, de las Administraciones Públicas, quienes en los marcos de la exigencia de eficiencia económica³ han visto venir desplazados sus actividades tradicionales enfocadas en la prestación de servicios públicos para ser instancias de regulación, garantía y control⁴, con independencia de que mantengan bajo su abrigo competencial el desarrollo de actividades que revisten un marcado interés general o tiene naturaleza de servicio público⁵.

Es en esa dirección, que la menor intervención en la gestión directa de la actividad administrativa impuesta por lo grandes procesos liberalizadores se han volcado en torno a un necesario equilibrio, en pos de la regulación y el control de las crecientes modalidades de colaboración público privada, asegurando así la necesaria garantía que representa el cumplimiento de la juridicidad en las relaciones jurídicas administrativas⁶.

Como contrabalance, la retirada en la gestión directa de actividades de naturaleza administrativa, ha exigido la aplicación más coherente de las técnicas contenidas en la actividad de limitación o policía, de tradicional construcción desde la doctrina europea⁷, que ha evolucionado

¹ Ernst FORSTHOFF, "Tratado de Derecho Administrativo", p. 30.

² Eberhard SCHMIDT- ASSMANN, *La teoría General del Derecho Administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistémica*, pp. 40 y ss.; Emilio GUICHOT, "Globalización Jurídica y Derecho Público. Recientes aportaciones en la doctrina europea", pp. 305-326.

³ Marcos VAQUER CABALLERÍA, "El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo", pp. 91-135

⁴ Wolf SAUTER, "Public Services in EU Law", pp. 29 y ss.,

⁵ Luciano PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Administrativo*, pp. 32 y ss.

⁶ Oriol MIR PUIGPELAT, "El Derecho Administrativo Español en el Actual Espacio Jurídico Europeo", pp. 219-228; CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, "A vueltas con el ejercicio de potestades públicas y su ejercicio por los particulares. Nuevos retos para el derecho", pp. 37-45.

⁷ Roger BONNARD, "Précis de Droit Administratif", pp. 413 y ss.; Maurice HAURIUO, "Précis de Droit Administratif et Droit Public Generale", pp. 585 y ss 533 y ss.; Jean RIVERO, "Droit Administratif", p. 538; Georges VEDEL, *Derecho Administrativo*, pp. 661-687, 74; Otto MAYER, "Derecho Administrativo Alemán", pp. 3-36.

hacia la ordenación y el control. Con ello se ha pretendido alcanzar una articulación de técnicas de intervención desarrolladas desde las potestades administrativas que se configuran a partir de la autotutela organizadora. De tal modo, a pesar que la ecuación de la fórmula de gestión se haya modificado, el resultado final de garantía y realización de los derechos fundamentales que tiene aparejado la realización del interés público, mantiene el ámbito de actuación, pero desde otro ámbito de incidencia, estableciendo límites y estándares en los niveles de actividad, por un lado, y controlando su cumplimiento, por el otro.

El artículo tiene como objetivo demostrar la distinción y semejanzas entre la función inspectiva y la auditoría pública dirigidas a la protección del bien jurídico ambiental, actividades de control ejecutadas por la Administración Pública como sujeto activo dirigidas a las formas de gestión estatal, privadas y a los ciudadanos. Para ello se realiza un análisis de la potestad inspectora a partir de los criterios doctrinales, de la actividad de la auditoría pública, sus criterios doctrinales desde la dimensión económica y ambiental, los elementos que la distinguen y los puntos de coincidencia de ambas instituciones jurídicas. Que culmina con el análisis de lo que concurre en el proceso de reforma del modelo económico cubano en pos de lograr conformar la empresa amigable con el ambiente para alcanzar la meta del desarrollo sostenible.

1. La potestad inspectora de la Administración Pública. Un acercamiento a sus criterios doctrinales

La inspección deviene en una técnica de intervención sobre la actividad administrativa de creciente utilidad. Su presencia ha desbordado los tradicionales ámbitos de actividades de gestión financiera, prestacionales de sanidad, higiene y educación, para ganar presencia en sectores más emergentes como la economía (pesca, agricultura) y la industria, los servicios de interés general (recursos hídricos, electricidad y energía, telecomunicaciones, transporte), consumo, medio ambiente y urbanismo.

A ello debe sumarse el hecho de que su contenido vincula a las más importantes instituciones del Derecho Administrativo, desde la actividad administrativa propiamente, pasando por organización y función pública, hasta procedimientos y actos administrativos, potestad sancionadora, control administrativo, responsabilidad, entre otros.

Pero ello no indica que la inspección contenga una categoría jurídica de novedosa introducción en el Derecho Administrativo, todo lo contra-

rio, su arraigo en la práctica de las Administraciones es en buena medida, consustancial al propio desarrollo de esta ciencia. Sin embargo, ha sido una “Cenicienta”, pues los estudios teóricos en este campo no resultan abundantes en comparación con otras instituciones y no es hasta décadas recientes que se encuentran artículos y monográficos vinculados al tema, hecho que habla de sistematización doctrinal de su contenido en proceso de construcción.

Conjuntamente, en materia de regulación jurídica se asiste a una dispersión normativa ocasionada por una creciente reglamentación sectorial en término muchas veces no compatibles, que se agudiza con la carencia de una regulación general sistematizadora de sus elementos⁸. Tal referente se aprecia inclusive en los pronunciamientos de los máximos intérpretes y controladores de la Convencionalidad, Constitucionalidad y legalidad; tendencias comparadas que en Cuba tienen plena constatación.

Es por ello que como bien sostiene Rebollo Puig desde la realidad Española, pero aplicable a disímiles contextos,

“(…) una regulación de la inspección administrativa es especialmente necesaria por la elemental razón de que aquí el ámbito cubierto por la actuación administrativa sancionadora es más amplio que en otros países y que, en consecuencia, donde en éstos basta una regulación de la investigación judicial de los delitos, entre nosotros es muchísimo lo que depende de la inspección administrativa de las infracciones”⁹.

Conviene por ello valorar los elementos de las más importantes posiciones teóricas sostenidas al respecto. En tal sentido, un primer grupo identifica la inspección como actividad, con referencias a los vínculos de la actividad sancionadora y la de control preventivo o represivo.

En esta vertiente destacan los criterios de Sánchez Morón, para quien la inspección es

“(…) una actividad formalizada que tiene por finalidad verificar, igualmente con carácter preventivo o represivo, el cumplimiento de deberes u obligaciones, prohibiciones o limitaciones impuestas por la legislación vigente”¹⁰. Aquí destacan los elementos de la formalización de la actividad, su carácter preventivo o represivo y la comprobación del cumplimiento de la legalidad, sea cual sea la intervención.

⁸ Manuel REBOLLO PUIG, “Propuesta de Regulación General y Básica de la Inspección y de las Infracciones y Sanciones Administrativas”, p. 449.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Miguel SÁNCHEZ MORÓN, “Derecho Administrativo”, p. 660.

Siguiendo esa línea, García Ureta la califica como

“una actividad administrativa ordinaria de intervención, de carácter ejecutivo para la comprobación del ejercicio de derechos y obligaciones por parte de un particular, con el fin de determinar su adecuación al ordenamiento jurídico. Esta actividad incluye la recopilación de datos, la vigilancia, la investigación y, en especial, la verificación del desarrollo ordenado de la actividad de la que el particular sea titular”¹¹.

Esta construcción para, como las anteriores, del criterio de los derechos y obligaciones impuestos por la legalidad al particular, destacando los elementos de las fases de los procedimientos administrativos, y su carácter ejecutivo por encima del formal señalado por Sánchez Morón, con la cualificación del cumplimiento del principio de legalidad como adaptación al ordenamiento jurídico.

Un segundo grupo, suele encuadrarla como mecanismo de control posterior puramente. Así, pueden ser identificados *los criterios* de Bermejo Vera, quien fundamenta el criterio de que:

“(…) se habla de actividad, función o potestad de inspección, sin excesiva precisión en este momento, para identificar unas actuaciones, más o menos genéricamente previstas en el ordenamiento jurídico, que habilitan a las Administraciones Públicas para llevar acabo funciones de comprobación o constatación del cumplimiento de la normativa vigente, en su sentido más amplio, esto es, incluidas muy especialmente las condiciones y requisitos de orden técnico, consecuencia inherente de la imposición que a determinadas personas, actividades, instalaciones, objetos y productos hacen ciertas normas jurídicas. El motivo principal de la dotación y ejercicio de estas funciones de inspección y control es, en cualquier plano, la seguridad...”¹².

Esta resulta una de las definiciones más acabadas en la doctrina, que introduce un aspecto importante: las múltiples miradas de la inspección como potestad, actividad o función, aspecto que ha tomado diversos caminos, como veremos luego. En igual sentido, la caracterización técnica de la actividad inspectora se conjuga con la legalidad para configurarse como un control de legalidad técnica.

En tercer lugar, se distingue una posición que la asocia como actividad auxiliar a otras. Desde esa línea, al decir de Rebollo Puig,

¹¹ Agustín GARCÍA URETA, “La potestad inspectora de las administraciones públicas”, p. 29.

¹² José BERMEJO VERA, *La Administración Inspectora*, pp. 40-41.

“La inspección es una actividad administrativa auxiliar de otras porque siempre tiene por finalidad detectar hechos que deben dar origen al ejercicio de otras potestades administrativas: no sólo la sancionadora, como simplistamente puede pensarse, sino a otras muchas de intervención de entidades de crédito, de reintegro de subvenciones, de restablecimiento de la legalidad, etc. Aun así, ella misma cumple por sí sola una función de prevención general que refuerza la observancia de los deberes. Y, en cualquier caso, aunque auxiliar de otras, se presenta formalmente al margen de esas otras”¹³.

De tales posiciones emanan algunas características relevantes que precisan ser sistematizadas.

- 1) La inspección administrativa ha sido vislumbrada desde una óptica tripartita, bien como potestad reconocida en el ordenamiento jurídico a la Administración Pública, bien como función pública desarrollada por inspectores (funcionarios), bien como técnica de intervención de actividad material de control o policía, que no resultan incompatibles, sino resultan diversas posiciones jurídicas del ciclo de la actividad inspectora (ente administrativo atribuido de potestades exorbitantes en régimen reglado, funcionario público habilitado competencialmente y actividad investigativa de hechos, documentación de información y comprobación).

Como potestad puede ser entendida como una técnica de atribución de poder, propia de la teoría general del Derecho y expresión del principio de legalidad (juridicidad), que emana directamente del ordenamiento jurídico, para el reconocimiento de una situación de poder de incidencia de los órganos de inspección hacia una actividad o sector de la actividad administrativa o particular, con el objetivo de producir efectos jurídicos derivados de la comprobación de la actividad con los criterios técnico legales, sin que ello genere de facto relaciones jurídicas, derechos o deberes; sino una sujeción al ordenamiento jurídico, a partir de posiciones pasivas¹⁴.

¹³ Manuel REBOLLO PUIG, “La actividad de inspección”, p. 55.

¹⁴ Se sigue en este sentido el criterio de la doctrina italiana sistematizado por García de Enterría y Rodríguez Fernández y extendido a parte importante de la doctrina española, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, y Tomás FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Curso de Derecho Administrativo”, pp. 466 y ss.; Guido ZANOBINI, “Curso de Derecho Administrativo”, pp. 227 y ss.; Massimo SEVERO GIANNINI, “Derecho Administrativo”, pp. 171 y ss.; Mariano BACIGALUPO SEGGESE, “Las potestades Administrativas”; Enrique LINDE PANIAGUA, “Fundamentos de Derecho Administrativo. Del Derecho del poder al Derecho de los ciudadanos”, pp. 267 y ss.; Eduardo GAMERO CASADO y Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, “Manual Básico de Derecho Administrativo”, pp. 58-59.

Como parte del criterio función del Derecho Administrativo, matizado por la arista subjetiva de la organización administrativa, se entiende como la acción administrativa desplegada por un funcionario (inspector), inserto en el tejido administrativo de forma estable, bajo las formas de ingreso y permanencia establecidas legamente para el cuerpo de inspección, que en ejercicio de las competencias profesionales aparejadas a su formación, eficacia y experiencia, realiza con objetividad y proporcionalidad un análisis de conformidad de las manifestaciones de la actividad inspeccionada con los requerimientos establecidos en normas generales y reglamentarias de carácter técnico que ordenen el desarrollo de la actividad¹⁵.

Como técnica de intervención de actividad material de control, tiene como fin la aludida verificación de cumplimiento de la actividad inspeccionada con el contenido de deberes u obligaciones, prohibiciones y limitaciones reconocidas desde el orden legal o reglamentario para el desarrollo de la actividad, bien con carácter preventivo o posterior¹⁶.

- 2) Es de *naturaleza individual*, no depende ni requiere de la voluntad o del concierto del administrado ni de otros sujetos (en principio) para su plena eficacia y puesta en ejecución, incluso en aquellos casos en los que el título habilitante para el ejercicio de la potestad inspectora provenga o esté conectado con la participación voluntaria del administrado en una determinada relación jurídica de naturaleza administrativa (relación contractual de servicios públicos).
- 3) En relación al ámbito de inspección, la actividad puede desarrollarse hacia lo interno de la organización administrativa, como hacia lo externo, en la actividad de otras Administraciones o particulares¹⁷.
- 4) Resulta una actividad de comprobación de legalidad (juridicidad) en la actividad de los particulares conforme a las reglas

¹⁵ En este sentido se siguen los criterios básicos de la función administrativa establecidos por Sabino CASSESE, "Las Bases del Derecho Administrativo", pp. 106-116; Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, "Principios de Derecho Administrativo General", pp. 641 y ss.; Luciano PAREJO ALFONSO, "Lecciones de Derecho Administrativo. Tercera edición revisada y actualizada", pp. 755 y ss.; Ramón PARADA, "Derecho Administrativo. Organización y empleo público", pp. 381 y ss.; David BLANQUER, "Curso de Derecho Administrativo I. Los sujetos y la actividad", pp. 358-359.

¹⁶ SÁNCHEZ MORÓN, *op. cit.*, p. 660.

¹⁷ REBOLLO PUIG, *op. cit.* ult., p. 57.

establecidas, bien desde disposiciones generales habilitadas con preferencia mediante Reserva de Ley, bien desde normas reglamentarias para el desarrollo de la actividad inspeccionada¹⁸.

- 5) Sus efectos tienen un carácter instrumental al ejercicio de otras potestades administrativas como la sancionadora o la procedimental, en una actividad en concreto desarrollada por la Administración, con independencia de la fórmula de gestión, lo mismo en el procedimiento autorizatorio, tributario o sancionador, inmobiliario, o de otra administración sectorial.

Sin embargo, debemos afirmar que posee una autonomía propia que las diferencia de aquellas como mera fase o instrumento, pues obedece a fines y funciones propias que, aunque coadyuvan a aquellas, desbordan el contenido de aquellas, pues en reiterados casos se desarrolla para obtener una actualización del estado de funcionamiento de la actividad inspeccionada y en consecuencia planificar una actividad tendente a la mejor progresiva de la calidad y eficiencia del servicio.

De ahí que la potestad de inspección tenga como fin la comprobación de la certeza de juridicidad; expresando el resultado de la intervención de control, mediante evidencia documental certificante del estado de compatibilidad de la actividad administrativa con sus parámetros de ordenación¹⁹.

- 6) Es una función de carácter técnico. El ejercicio de la función requiere un alto nivel de cualificación y habilitación técnica para el desempeño, de ahí que su desarrollo atienda a factores como la competencia, formación del inspector, conocimientos y aptitudes demostradas en la actividad. Ha sido precisamente ese carácter tecnocrático, el que ha influenciado en los años recientes la externalización en el desarrollo de esta actividad desde formas de gestión indirecta, a partir de mecanismos de colaboración público-privada²⁰.
- 7) Es una potestad de ejercicio reglado, no cabe discrecionalidad en su aplicación. Debe ajustarse a un canon de objetividad, eficiencia, transparencia y responsabilidad, que permitan asegurar, desde la planificación y control de su ejercicio, la debida

¹⁸ BLANQUER, *op. cit.*, p. 358. Ricardo RIVERO ORTEGA, "Derecho Administrativo Económico", p. 162.

¹⁹ BLANQUER, *op. cit.*, p. 360.

²⁰ *Op. cit.*, pp. 360-361; Cfr. Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad administrativa de inspección: el régimen jurídico general de la función inspectora*, pp. 54-55.

neutralidad, probidad y cumplimiento estricto de la juridicidad por parte del inspector²¹.

- 8) Tiene un efecto fedatario sobre la actividad inspeccionada. Esta facultad reconocida a los notarios públicos, se desarrollada en la inspección mediante las Actas de inspección, verdaderos informes que certifican el estado de compatibilidad de la práctica administrativa en relación con la ordenación jurídica de la actividad, a las que el ordenamiento procesal les atribuye el carácter vinculante y directo en la fase probatoria, por la certeza y veracidad que la competencia del inspector aporta en el Acta²².
- 9) En algunos supuestos, sobre todo en casos de gestión indirecta, pueden resultar una actividad de carácter oneroso para el inspeccionado, porque así lo requiera para la certificación de hechos o circunstancias relativas a su actividad o por un tercero con interés procesal o técnico, creado en virtud de una relación orgánica. A ello se debe agregar la posible preferencia de un cuerpo de inspectores ajenos a la actividad inspeccionada que brinde un mayor nivel de neutralidad en las valoraciones técnicas que puedan ser emitidas en el Acta²³.

Sentadas tales características, resultaría conveniente referirnos a los principios que informan la actividad inspectora. En primer lugar, el principio de legalidad (juridicidad) deviene en eje estructural de esta potestad, pues la comprobación de conformidad se realiza desde los criterios técnicos establecidos para la actividad inspeccionada. Su desarrollo, atendido a los criterios reglamentarios y legales, impone por un lado una verificación de lo normado en el desarrollo de la actividad inspeccionada, y por otro, una función inspectora acorde al canon de legalidad, de vinculación positiva, mediante el cual se asegura la sujeción de la actividad a la norma jurídica administrativa.

De igual forma, debe destacarse uno de los principios de mayor invocación en el Derecho Público, el de proporcionalidad. Según la aplicación de este principio debe establecerse un justo balance de ponderación entre la calidad e intensidad de la función inspectora en relación a la eficiencia de la actividad inspeccionada, de modo tal que esta no resulte inoperativa o en estado de inactividad como consecuencia de la intervención de la función inspectora²⁴.

²¹ *Ibid.*, p. 362.

²² BLANQUER, *op. cit.*, p. 359.

²³ *Op. cit.*, p. 361.

²⁴ RIVERO ORTEGA, *op. cit.*, p. 162.

En igual sentido, vinculado al ámbito subjetivo de la función inspectora, el principio de objetividad o imparcialidad impone una actitud y desempeño inmaculado del inspector, ajeno a favoritismos, parcializaciones de índole políticas, administrativas o motivadas por dádivas económicas monetarias o en especie. La función inspectora debe ser desarrollada de modo independiente, incluso, sin predisposiciones o indicaciones de superiores jerárquicos de fuerzas políticas o administrativas externas. En resumen, debe deberse solo al estricto deber de comprobación de compatibilidad de la legalidad con la actividad inspeccionada.

Por último, nos referimos al principio de confidencialidad de la información obtenida y deber de secreto y discreción de los inspectores. Bajo la égida de este principio de actuación de la función inspectora, se destaca una de las exigencias fundamentales para los funcionarios que desarrollan la actividad, la del manejo adecuado y exclusivo de la información obtenida conforme a los resultados de la inspección. Así ha de exigirse que esta no sea manejada con terceros ajenos a la relación de inspección o con los beneficiarios directos de sus resultados, caso en contrario podrían generarse lesiones incidentales directas a la actividad inspeccionada e imputables a la inspección por la violación de algún derecho reconocido a personas naturales o jurídicas.

Pero no basta la ordenación de principios rectores de la actividad, resulta preciso para su desarrollo una adecuada ordenación de las facultades derivadas de la potestad de inspección. Siguiendo a Muñoz Machado, entre las normas sectoriales, como tendencia, son reconocidas las potestades de

“(...) requerir información, la exhibición de documentos, la comparencia de los inspeccionados ante las oficinas públicas, la facultad de entrada en fincas, instalaciones o recintos de propiedad particular, la toma y análisis de muestras, las visitas de inspección, etc. Inclusive se prevé la facultad de requerir aquellos datos necesarios para las finalidades de la inspección que sobre un sujeto puedan estar en poder de terceros o de otras Administraciones públicas”²⁵.

Pero estas potestades deben ser ejecutadas desde un prisma de proporcionalidad, de forma tal que no afecten de modo irrazonable el ejercicio y disfrute de derechos fundamentales de los inspeccionados, como por ejemplo el derecho a la intimidad, que, al decir de Rivero Ortega,

“(...) es el derecho que más seriamente puede verse afectado por técnicas consistentes sobre todo en la recopilación de datos e informaciones.

²⁵ SÁNCHEZ MORÓN, *op. cit.*, p. 661.

Pero también la igualdad, no siendo aceptable la focalización de las intervenciones inspectoras en sujeto determinado, de forma arbitraria o discriminatoria”²⁶.

Pero no agota su posible incidencia negativa en el derecho a la intimidad, sino que puede generar estados lesivos a los derechos desde el resultado de la actuación como la inviolabilidad del domicilio, del secreto de las comunicaciones, o la protección de los datos de carácter personal. Por otro lado, puede generar fricciones con los derechos de toda persona a no declarar contra sí mismo y del derecho a obtener información sobre sus derechos, cuestión de la que data una doctrina jurisprudencial importante²⁷.

Los autores valoran como la inspección constituye una actividad material de la Administración, esta tiene lugar a través de un despliegue de medios personales y materiales para realizar las comprobaciones que correspondan. Es una actividad técnica, realizada por funcionarios públicos cualificados y bajo ciertos procedimientos y estándares de actuación. Constituye en sí misma un acto trámite, dado que su realización sirve a decisiones administrativas ulteriores. Es una auténtica potestad de la Administración. Su titularidad es completamente pública. Como técnica de intervención administrativa, responde al mecanismo o medio que se emplea para lograr determinados fines. Es, por tanto, una actividad esencialmente instrumental. La particularidad de la inspección radica en que resulta ser una técnica doblemente instrumental, al servicio de la eficacia del ordenamiento jurídico y de ciertos actos administrativos (su finalidad inmediata) y al servicio de la protección de los intereses generales de la comunidad (su finalidad mediata).

El ejercicio concreto de la potestad de inspección implica la formación de una relación jurídica entre la Administración y el ciudadano. La relación jurídica de inspección es aquella que se da entre un órgano de la Administración que tenga atribuido el ejercicio de dicha potestad y un particular que se relaciona de alguna manera con el objeto de la inspección. El sujeto activo de la relación jurídica de inspección corresponde a un órgano de la Administración del Estado que ostente potestad para ejercer funciones inspectivas o fiscalizadoras.

Al ser la inspección una función pública, su ejercicio debe quedar reservado, en primer lugar, a los funcionarios públicos. Con todo, las crecientes necesidades experimentadas por la Administración en el control de la técnica y sus riesgos han planteado nuevos dilemas en torno a la

²⁶ RIVERO ORTEGA, *op. cit.*, p. 162; SÁNCHEZ MORÓN, *op. cit.*, p. 662.

²⁷ SÁNCHEZ MORÓN, *op. cit.* p. 662.

forma de organización de la inspección y a los recursos con que cuenta para ser ejecutada eficazmente.

Los inspectores pueden llegar a tener un conocimiento elevado respecto de la aplicación y cumplimiento de las normas jurídicas y de los actos administrativos que regulan a un determinado sector. Por lo mismo, son portadores de información valiosa para la configuración de nuevas modalidades, planes o programas de inspección, que tengan en consideración las particularidades propias de la realidad frente a la cual ellos se enfrentan en el ejercicio de sus funciones.

Se aprecia como el principio de prevención no sólo está asociado a la inspección como técnica de intervención, sino que, en general, resulta predicable de innumerables otras técnicas relacionadas con la ordenación de diversas actividades económicas y sociales. Es un principio general que rige la actividad de la Administración. Con la inspección, primordialmente, se pretende evitar o rechazar los peligros que pudieran afectar al orden público. Así, el tradicional binomio ordenación-sanción contempla un nuevo matiz –intermedio, si se quiere– protagonizado por la prevención. En este sentido, la inspección es útil por dos razones. Primero, porque otorga una herramienta– el conocimiento al legislador y a la Administración para el diseño de nuevos mecanismos que eviten la producción de daños en el actual contexto de la sociedad del riesgo. Segundo, porque produce un efecto intimidatorio sobre los ciudadanos que no son sujetos directos de ella, pero que sí pueden serlo en un futuro próximo. La inspección es, como advierten algunos, “una advertencia de control permanente del cumplimiento de obligaciones y deberes”.

Sus dos funciones primordiales se constatan a través de la comprobación o verificación y la tutela de los intereses generales. Por ello en la doctrina más actual se ha caracterizado a la potestad de inspección como una actividad unilateral desarrollada por la Administración para la comprobación del ejercicio de derechos y obligaciones por parte de un particular, con el fin de determinar su adecuación al ordenamiento jurídico. Ella incluye la recopilación de datos, la vigilancia, la investigación y, en especial, la verificación del desarrollo ordenado de la actividad de que el particular sea titular.

La potestad de inspección es una forma de intervención administrativa, unilateral, de carácter material e interlocutoria de decisiones administrativas ulteriores, realizada con la finalidad de comprobar la adecuación del ejercicio de derechos y obligaciones de los particulares al ordenamiento jurídico y a los actos administrativos que los rigen. Al ser una potestad pública, su atribución debe realizarse por ley. Sus características son: la atribución que hace la ley de una potestad a la Administración puede ser

reglada o discrecional, la potestad fiduciaria o potestad-función, esto es, que debe ejercerse en función de un interés distinto al de su titular, la potestad preventiva y correctora y la potestad autónoma de la potestad sancionadora.

Los principios que informan a la potestad inspectora son el de legalidad, responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, oficialidad, impugnabilidad, control, probidad, transparencia y publicidad en el desarrollo de esta función.

Son sujetos pasivos de la relación jurídica de inspección todas las personas naturales o jurídicas que resulten obligadas al cumplimiento de las normas y de los actos de la Administración que rigen a la actividad inspeccionada. El objeto de la relación jurídica de inspección puede consistir en cualquier actividad, objeto o entidad regulada por el Derecho, esto es, sometida al cumplimiento de ciertos requisitos o condiciones para su correcto ejercicio, ya sea que tales requisitos y condiciones estén establecidos en leyes, reglamentos o en los concretos títulos habilitantes con los cuales deba contar la actividad. El objeto de la inspección nunca recae directamente en personas, puesto que estas sólo son titulares o responsables de las actividades inspeccionadas. El prestar testimonio o declaración en torno al desarrollo de una actividad no las transforma en objeto mismo de la inspección.

Es frecuente que una misma actividad pueda ser objeto de inspecciones múltiples. Ello ocurre en las actividades agrícolas, turísticas, educacionales, recreativas, de transporte, entre otras, las cuales están sujetas a la actividad de inspección realizada por diversos órganos administrativos. Por ejemplo, el transporte interurbano está sujeto a la inspección técnica vehicular, a la inspección sobre los impuestos que deben pagar, a la inspección sobre las normas de seguridad que debe cumplir el transporte de pasajeros, a la inspección laboral sobre las horas que cada conductor puede trabajar, entre otros controles. En el caso de la inspección ambiental, se han ideado mecanismos que coordinan la acción fiscalizadora de la Superintendencia del ramo y los organismos sectoriales, para que sus inspecciones no signifiquen una duplicación de funciones administrativas y no afecten el normal desarrollo de las actividades inspeccionadas.

2. La auditoría pública.

Crterios doctrinales dentro del Derecho Administrativo Económico y el Ambiental

Abordar la Auditoría Pública como temática poco tratada en el Derecho Público y en especial en Cuba por parte del gremio de juristas dedicados a

la investigación en los temas administrativos, económicos y ambientales por la importancia que reviste la aplicación de manera adecuada de la función inspectiva y la auditoría dentro del proceso de reforma del modelo económico cubano, en pos de alcanzar el desarrollo sostenible que contribuya a una mejor calidad de vida y al bienestar social. Esta actividad de control por ser una de las actividades más importantes que ejercita la Administración Pública, sus destinatarios serían las formas de gestión sujetas a acciones de control por la norma legal que la regule, estando obligados a mantener sistemas de control interno conforme a sus características, competencias y atribuciones institucionales. Su fin es mantener, controlar y evaluar la efectividad del sistema en las instancias de dirección, señalado por autores de la talla de Gordillo²⁸, Dromi²⁹ y Muñoz Machado³⁰. Su importancia, se aprecia en la comprobación de las políticas del Estado en la preservación de las finanzas públicas y el control económico administrativo, incorporándose la dimensión ambiental en la década de los 90 del siglo XX, ponderada en el siglo XXI ante las consecuencias negativas generadas por el cambio climático, analizadas en el último conclave internacional en París de 2015³¹.

Su íter histórico se enmarca a partir de ser reconocida por las EFS en el año 1995 del siglo pasado como una herramienta de gestión, otros estudios contables consideran su génesis vinculada a la Contabilidad y a la Auditoría Social, relacionada a la Responsabilidad Social Empresarial. De igual forma, la práctica de la auditoría, reconocida como una actividad de control y como una herramienta técnica de gestión, de amplia aplicación por parte de las EFS, al reconocerse ambas denominaciones para su ejecución por los auditores, su evolución se materializa en correspondencia a las áreas geográficas donde se aplica, y al nivel de desarrollo tecnológico de la industria. Al analizarse los conceptos de los Organismos Internacionales que intervienen en las regulaciones en materia contable, como la Asociación Americana de Contabilidad, la define como:

...“proceso sistemático para obtener y evaluar de manera objetiva las evidencias relacionadas con informes sobre actividades económicas y otros hechos relacionados. Su finalidad consiste en determinar el grado de correspondencia del contenido informativo con las evidencias que le dieron origen, para determinar si en dichos informes se han elaborado observando los principios establecidos para el caso”...

²⁸ Agustín GORDILLO, “Tratado de Derecho Administrativo”, pp. 353-363.

²⁹ José DROMI, “Tratado de Derecho Administrativo”, p. 887.

³⁰ Santiago MUÑOZ MACHADO, “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General”.

³¹ CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE PARÍS DEL CAMBIO CLIMÁTICO, Francia, 2015.

La Cámara Internacional de Comercio la reconoce como:

...“herramienta de gestión que comprende una evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva del funcionamiento de la organización ambiental. Prevé la implantación de gestión, así como los equipos de control necesarios con objeto de facilitar el control de gestión de las prácticas medioambientales y declarar la observancia de la política de la Compañía de acuerdo con la normativa medioambiental. Es el examen metódico que implica análisis y comprobaciones de las prácticas y procedimientos ambientales de una empresa o parte de ella. Este término de auditoría es sinónimo de revisión y verificación de diversos aspectos de una empresa”...

La Entidad Fiscalizadora Superior la identifica como: la herramienta técnica de gestión para realizar la evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva de la efectividad de la organización auditada; la gerencia y los equipos ambientales para proteger el medio ambiente con un mejor control de las prácticas ambientales y la evaluación. Para cumplir las políticas ambientales de la empresa y las normativas legales, a partir de la institucionalización de la tutela ambiental en el desarrollo normativo que ha tenido.

2.1 ¿ES CONSIDERADA COMO UNA ACTIVIDAD DE CONTROL, DE SERVICIO PÚBLICO, DE FOMENTO O DE GESTIÓN ECONÓMICA?

Al responder estas interrogantes, lo iniciaremos analizándola como actividad de control, al ser esta una de las actividades más importantes de la Administración Pública, sus destinatarios serían los órganos, organismos, organizaciones y entidades sujetos a las acciones de control que por ley se establecen. En materia de protección ambiental este tipo de control ha mutado, se valora la aplicación de otros mecanismos de control que se le han incorporado en el transcurso de estos años, conocidos como técnicas de tutela ambiental, realizadas a través de la aplicación del control interno, la fiscalización, la inspección, la auditoría, el ordenamiento ambiental, la información y educación ambiental. Pueden ser preventivos, para esto se establece la aplicación de instrumentos de control como: autorizaciones, aprobaciones, permisos, licencias, concesiones y otros. Los de control ambiental se establecen a través de la auditoría ambiental, la policía ambiental, la supervisión ambiental y otros. Son aplicados para mejorar la conciencia ambiental e identificar los riesgos dentro de estas empresas para el desarrollo sostenible.

Todos estos conceptos, principios y elementos establecidos desde la doctrina administrativa relacionada con otras ramas del Derecho, este tipo de actividad de control deberá estar sustentada en ellos; en los or-

denamientos jurídicos revisados se reconoce como actividad de control y de servicio público. Como servicio público conlleva en sí acciones de control para medir su eficacia y eficiencia de las actividades auditables ambientales en las formas de gestión, como elementos de actividad pública visibles en la empresa estatal. Dentro de esta materia medioambiental, pudiera ser conformado a través del ordenamiento ambiental como parte del desarrollo urbanístico, la licencia ambiental, la Evaluación de Impacto Ambiental, el Sistema de Inspección Ambiental y la recogida de desechos sólidos, todos tributan a la ejecución de la auditoría ambiental por su vínculo administrativo-ambiental. La Administración Pública al practicarla para preservar el bien jurídico ambiental como bien de utilidad pública, la realiza de forma obligatoria a través de un plan, se valora su vínculo con la inspección y la potestad sancionadora que posee esta Administración Pública de sus funcionarios ante sus faltas por cometer daños a los recursos naturales del Estado. Culmina todo este proceso con la entrega del resultado del informe final de la auditoría, si cumple con las regulaciones y exigencias para ser reconocida como una empresa responsable con el ambiente, le certifican con la ecoetiqueta-certificación ambiental.

Como actividad de gestión económica, analiza el uso de los instrumentos económicos considerados por el Derecho Administrativo Ambiental como alternativa para atenuar los efectos de la problemática ambiental al modificar las conductas de producción y de consumo al concebirlas como empresas sostenibles. Aparece en este escenario la alternativa jurídico-económica con el uso e implementación del tributo ambiental, elemento utilizado para obtener un desarrollo limpio en relación con el principio de quien contamina paga desde el Derecho Ambiental. Su vínculo con la actividad de control practicada a las formas de gestión, es implementada y controlada por el Fisco en normas tributarias afines al vertido ambiental generado en la actividad productiva, abren el camino al utilizar nuevos instrumentos de protección con el impuesto ambiental con la promoción de la INVESTIGACIÓN + DESARROLLO, la etiqueta-certificación ambiental y a la auditoría ambiental como el control de todo este proceso³².

Como fomento ambiental, estímulo este promovido por la Administración Pública para que las empresas sean menos contaminadoras, es regulado en normas jurídicas a través de Leyes de Fomento en los ordenamientos jurídicos. En los países de Hispanoamérica se constata el reconocimiento de estímulos fiscales por la doctrina ambiental a través de impuestos o reformas fiscales ambientales, como se citó. Son utilizados

³² Alcides ANTÚNEZ SÁNCHEZ, *Actualización del modelo económico cubano para el ordenamiento jurídico en el desarrollo del Derecho Ambiental patrio*, pp. 1-27.

como instrumentos de mercado aplicados al transporte híbrido o eléctrico, en el reciclaje del plástico, en el control de la deforestación boscosa, en el tratamiento al agua potable y los desechos sólidos, en la conservación de la biodiversidad y en el uso de combustibles fósiles para modificar la matriz energética. Se vincula con la reingeniería de procesos en la industria a través de las tecnologías al final del tubo y con los encadenamientos productivos, señalado por autores como Ríos Gual³³ y Ospina Duque³⁴. Ello ha permitido desde la doctrina ambiental consultada por los autores, apreciar dos variables, una a través de la competitividad empresarial y otra en la protección ambiental con la entrega de instrumentos de acreditación ambiental al decir de Mora Ruiz³⁵, Martín Mateo³⁶ y Sanz Rubials³⁷, permiten distinguir el tránsito desde la actividad de limitación u ordenación –policía– hacia la de fomento en este siglo XXI, fortalecida con la aparición en todo este escenario de las normas EMAS y la ISO 26000 en su dimensión ambiental al fomentarse la empresa amigable con el ambiente.

Los autores aprecian que la función inspectiva se configura dentro de las acciones de control que ejecuta la Administración Pública; empero la auditoría pública se configura como una actividad de control ejecutada por el Estado, es también reconocida como una actividad de servicio al ejecutarla de forma indirecta a través de sociedades mercantiles que ejercitan el servicio de la auditoría, es considerada como una actividad de gestión económica y de fomento, toda vez que es un instrumento de mercado para que las empresas sean más competitivas al obtener la etiqueta-certificación ambiental.

Aunque en las nuevas tendencias de la función inspectiva esta se está ejercitando por sujetos privados, requeridos de títulos habilitantes, y por profesionales, en pos de abarcar otros escenarios que la Administración Pública no controlaba.

2.2 ELEMENTOS QUE DISTINGUEN LA FUNCIÓN INSPECTIVA DE LA AUDITORÍA PÚBLICA EN MATERIA AMBIENTAL

Con la aplicación de instrumentos contables e incentivos fiscales se ha desarrollado como una institución jurídica, ha permitido con ello la confi-

³³ Josep RÍOS GUAL, *La reingeniería aplicada al mundo empresarial del siglo XXI*.

³⁴ Rodrigo OSPINA DUQUE, *La reingeniería de procesos: una herramienta gerencial para la innovación y mejora de la calidad en las organizaciones*, pp. 3-34.

³⁵ Manuela MORA RUIZ, *La gestión ambiental compartida: función pública y mercado*, pp. 1-29.

³⁶ Ramón MARTÍN MATEO, “La ecoauditoría”.

³⁷ Iñigo SANZ RUBIAL, “El mercado de derechos a contaminar”.

guración del trinomio de la contabilidad como instrumento de las ciencias contables, del derecho desde su dimensión socio-económica al mutar hacia la auditoría ambiental, necesitada de una adecuada y necesaria ordenación jurídica, en razón de su importancia para proteger el medio ambiente y la economía; la que considera este autor no podrá estar divorciada como herramienta de gestión de la potestad inspectora por ser más integradora, debido a la información que le aportan otros saberes, como es el caso de la ciencia contables que tributan hacia la configuración del Derecho Ambiental Administrativo. Los elementos analizados *up supra*, permiten a los autores considerar que la Auditoría se distingue de la actividad inspectiva como potestades de la Administración Pública, toda vez que la función de Inspección tiene como objeto proteger la legalidad, la vigilancia y la fiscalización al revisar el nivel de observancia por parte de los sujetos obligados a su obediencia, coinciden en que ambas solicitan títulos habilitantes para su ejercicio. Son ejecutadas a través de un plan anual con procedimientos específicos, en el caso de la ambiental está dirigida a los ecosistemas de interés de la autoridad ambiental, se inspecciona el resultado de las medidas dejadas en la licencia ambiental otorgada como respuesta de la Evaluación de Impacto Ambiental practicada o por las denuncias públicas recibidas por la autoridad ambiental, su alcance es limitado, posición asumida por autores como Rebollo Puig³⁸, Fernández Ramos³⁹ y Miranda Hernández⁴⁰.

La doctrina consultada desde las ciencias jurídicas en el Derecho Administrativo por los autores define la función inspectora como la actividad ejercida de forma directa por la propia Administración *in situ*, con carácter aleatorio, discrecional y esencial; ligada al ejercicio de la potestad sancionadora. Es una función de control configurada a una entidad por la complejidad de los riesgos que deben afrontarse por la sociedad actual. Esta potestad inspectora reconocida como policía administrativa es ejercitada de forma directa por la Administración Pública como una función de control, se configura a una entidad por la complejidad de los riesgos que deberá afrontar al tener un alcance horizontal. Empero, la auditoría es más abarcadora como evaluación a los bienes públicos que la inspección por ser integral, ella le permite a los empresarios obtener una evaluación como empresa amigable con el ambiente al evaluar la eficacia y eficiencia del SGA como un primer elemento y contrapartida de la

³⁸ Manuel REBOLLO PUIG, "La actividad inspectora", pp. 1-57.

³⁹ Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *La inspección ambiental*, pp. 133-158.

⁴⁰ Gloria MIRANDA HERNÁNDEZ, *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*, pp. 1-22.

actividad inspectora. Esta revisa la implementación dentro de las formas de gestión la aplicación y ejecución del presupuesto contable en materia ambiental dentro del sistema contable establecido en el ordenamiento jurídico, es ejecutada por auditores habilitados por el órgano de control, en su práctica se aplican los procesos y procedimientos de auditoría pública, se evalúa la observancia de la legalidad, el cumplimiento y la aplicación de las normas y los principios contables del Derecho Ambiental⁴¹ y los de Auditoría Pública regulados en los ordenamientos jurídicos y por la INTOSAI⁴², posiciones concebidas como resultado de la producción científica de autores como Gordillo⁴³, Sanz Rubials⁴⁴, Nogueira López⁴⁵ y Fernández de Gatta Sánchez⁴⁶.

Es ejecutada conforme al plan anual conformado por la EFS, comprende los lugares ambientales o áreas críticas con problemas de contaminación generados por las diferentes actividades desarrolladas en áreas rurales, cuencas, bahías, áreas naturales protegidas. Permite a los auditores identificar los diversos sectores que tengan competencias ambientales. Las actividades dentro de la evaluación incluyen las que se realizan en la empresa auditada, asociadas con el manejo o contención de sustancias peligrosas, el control a los materiales y residuos con propiedades corrosivas, explosivas, tóxicas, inflamables o de algún modo contaminadoras y en los procesos o instalaciones que generen otras formas de contaminación ambiental. Como auditoría, en su proceso de ejecución revisa la observancia de la legislación y de la normativa ambiental por parte del sujeto auditado. Verifica variados aspectos como el uso del agua, la contaminación del aire, la disposición y el manejo de los residuos peligrosos y no peligrosos, la contaminación del suelo y del subsuelo; las descargas de agua residual, los procesos y los servicios industriales, el almacenaje de las materias primas y los residuos peligrosos, como las fuentes de emisión a la atmósfera.

La auditoría evalúa la información relativa a la región donde está ubicada la industria auditada. Los mapas de localización de las instalaciones, otras industrias y colindancias, los planos de edificios e instalaciones, el tipo de construcción y el drenaje utilizado; se valora también por los auditores

⁴¹ Alcides ANTÚNEZ SÁNCHEZ, *The principles of Environmental Law that inform environmental audit, the role of the SAI in the environmental area*, p. 57.

⁴² Alcides ANTÚNEZ SÁNCHEZ, *La auditoría ambiental: Una revisión y propuestas en clave de su función pública y dimensión empresarial*, pp. 3-27.

⁴³ Agustín GORDILLO, "Tratado de Derecho Administrativo".

⁴⁴ Iñigo SANZ RUBIALS, "El mercado de derechos a contaminar".

⁴⁵ Alba NOGUEIRA LÓPEZ, "Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial".

⁴⁶ Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, "Las auditorías ambientales".

la participación ciudadana en la práctica de la evaluación ambiental como causas lógicas entre las problemáticas detectadas y la evaluación realizada se aprecia cómo esta institución jurídica es introducida por los países a partir de la firma de Convenios y Acuerdos internacionales con la INTOSAI⁴⁷. Luego es introducida en los derechos internos a través de leyes orgánicas ambientales, de la auditoría y de la propia auditoría ambiental. Su aplicación se vincula a otras normativas jurídicas en materias como las de Administración Pública ambiental, orgánicas de la administración, de gestión ambiental, de responsabilidad ambiental, de control de la contaminación ambiental, de la salud, del agua, de la vida silvestre, de los parques nacionales, de los corredores marinos, agrarias; en ordenanzas municipales, de ordenamiento ecológico territorial, de regulaciones ambientales de los asentamientos humanos, de metrología y normalización, de instrumentos económicos ambientales, de fomento ambiental, en la investigación y en la educación ambiental.

La auditoría ambiental es complementada en su aplicación por el equipo auditor que la realiza con la aplicación de las normas ISO 14000 y 19011. En conjunto podrá ser exigible la responsabilidad a los auditados al ser formulada la denuncia en las Fiscalías ambientales con el informe de la auditoría practicada ante la inobservancia de las políticas ambientales. La solución final del conflicto se realizará en sede judicial por parte de los Tribunales Ambientales. Los autores se incorporan a la postura de reconocer a la auditoría ambiental como la actividad de control que responde a las necesidades sociales. Es la herramienta susceptible de integrarse en la realización de las revisiones clásicas que se establecen por otras ramas de la economía industrial, esto le ha permitido integrarse a otras tipologías de auditorías como son las de legalidad, la financiera, la de cumplimiento y la de gestión, las que revisan en sus programas auditores aspectos vinculados con la protección ambiental, al brindar a los empresarios una mejor información en la materia ambiental y responden a las necesidades sociales como meta hacia la sostenibilidad para el desarrollo de la empresa. Al ser realizada en base a criterios como al nivel de importancia y de urgencia de los problemas ambientales detectados, al alcance y complejidad de las actividades que realizan las formas de gestión, la influencia en el ambiente, al volumen de las emisiones de contaminación y al historial de los problemas ambientales. Identifica los elementos que enmarcan a la auditoría ambiental, al ser practicada en dependencia de las condiciones que la enmarquen, de los objetivos específicos que la motivan y del nivel de desarrollo de la organización empresarial a auditarse. Comparte un

⁴⁷ INTOSAI, *Evolución y tendencias de las auditorías ambientales en el mundo*.

objetivo común, entregar información documentada y validada sobre diferentes aspectos de la situación ambiental de la entidad auditada al identificarse los riesgos e impactos asociados, el examen y la evaluación de las prácticas existentes para mejorar el desempeño ambiental, permitirá comprobar el respeto a la legislación y los estándares ambientales de relevancia. La evaluación de la gestión ambiental realizada a las formas de gestión en razón de los principios básicos que la comunidad internacional ha reconocido para lograr una gestión ambiental eficaz y eficiente, al contar con módulos y herramientas que permitan a las sociedades proteger el derecho de las personas a disfrutar de un ambiente sano para su desarrollo, salud y bienestar social, a través de dispositivos que permitan a cualquier persona tener acceso a la justicia ambiental, como lo es el proceso de la auditoría ambiental⁴⁸.

Se aprecia que las reformas energéticas y de los recursos naturales realizadas en América Latina en los sectores de la economía, la salud, la ciudadanía y el ambiente tributan a la ejecución de políticas sostenibles, permitirán conocer al equipo auditor el grado de economía, eficiencia y eficacia, la calidad e impacto en la planificación, el control y el uso de los recursos naturales, la conservación y la protección ambiental como características fundamentales en todo este proceso de planeación y práctica de esta actividad de control. Permitirá con ello el acceso a los empresarios a coberturas financieras mediante la póliza ambiental, al decir de autores de la talla de Viguri Perea⁴⁹, Cabeza Ares⁵⁰, Antúnez Sánchez⁵¹ y Lorenzetti⁵².

Los elementos subjetivos que se distinguen en esta relación jurídica administrativa serían el auditor –auditores certificados que pertenecen a las EFS, a las sociedades mercantiles– y los auditados –formas de gestión estatal y no estatal– integrado por técnicos, juristas y científicos, no identificados de manera adecuada dentro de la normativa jurídica vinculada a la actividad de la auditoría ambiental. Esta actividad de control evalúa el SGA, si el mismo satisface los criterios del control contable y de la ingeniería ambiental, el cumplimiento de la norma en relación a las actividades

⁴⁸ Alcides ANTÚNEZ SÁNCHEZ, *Disquisiciones teóricas, doctrinales y exegeticas sobre la praxis de la auditoría como función pública, dirigida a la protección del bien público ambiental para la empresa ecológica*, pp. 17-52.

⁴⁹ Alberto VIGURI PEREA, “La responsabilidad en materia medio ambiental, la auditoría ambiental y el seguro”, pp. 21-43.

⁵⁰ Alberto CABEZA ARES, “Los seguros de responsabilidad civil medio ambiental en la obligación de reponer y restaurar el medio ambiente alterado”, p. 67.

⁵¹ Alcides ANTÚNEZ SÁNCHEZ, “La auditoría pública con enfoque ambiental y el tributo ambiental. Aplicación e implementación en Cuba”, pp. 110-143.

⁵² Ricardo LORENZETTI, *Teoría del Derecho Ambiental*, pp. 1-37.

que ejecuta. Evaluación que permitirá identificar y analizar los riesgos para alcanzar los objetivos, las metas propuestas y las posibles alternativas para darle solución. El SGA es uno de los elementos que se certifica en las empresas en el área tecnológica, recoge los requisitos relativos a la implementación de un sistema de protección ambiental al capacitar a la organización y permitir con ello formular la política y los objetivos de mejoras continuas como elemento clave, necesita un presupuesto financiero que permita su mantenimiento y reparación programada. Los requisitos legales y la información sobre los impactos ambientales generados por las formas de gestión en el desarrollo de su política ambiental. Los elementos objetivos que recoge el informe de la auditoría luego de formalizado el contrato de servicio público son: el cumplimiento de los parámetros de las tecnologías limpias, la implementación de las normas ISO 14000, 19011, 26000 y las EMAS, el uso del SGA, el impacto ambiental generado al medio ambiente, y la implementación de la contabilidad ambiental, el que se informa al sujeto auditado al concluir. En su ejecución por el equipo auditor aplica un programa de auditoría ambiental (transversalidad) en relación con el escenario a auditarse, concluye con la entrega del informe conforme a las etapas evaluadas y se entrega de la etiqueta-certificado ambiental, vinculada con las normas sustantivas en materia de metrología y normalización. En su ejecución, la auditoría ambiental tiene en cuenta las formalidades acorde a la forma de gestión en que se realiza y al sujeto activo que la ejecuta, la realizada por la Administración como actividad de control inicia con la notificación inicial al auditado. La ejecutada por sociedades mercantiles de auditoría como servicio público requerirá del contrato como servicio público. Los elementos formales a incorporarse en el informe final serían: la identificación de los sujetos, el contenido a auditar, el resultado de las acciones de control ambiental en torno a ejes como el de la tecnología, la contabilidad, la responsabilidad empresarial -ambiental-, la situación legal, el plan de acciones de control y la certificación ambiental. El equipo auditor implementa en su ejecución las directrices para la auditoría ambiental de la EFS, las normas ISO 14000, 19011, 26000 y las EMAS, los parámetros de las tecnologías limpias, la implementación del SGA, las normas y los principios de contabilidad y de la auditoría pública⁵³. Todo esto permitirá hacer un paneo del comportamiento que ha tenido la dimensión ambiental dentro del proceso de reforma del modelo económico por la Administración Pública, al utilizar la función inspectiva y la de auditoría ambiental.

⁵³ Alcides ANTÚNEZ SÁNCHEZ, "El tratamiento jurídico de la etiqueta-certificación ambiental. Regulación en el Derecho Cubano", pp. 1-25.

| Función Inspectiva | Auditoría Pública |
|---|--|
| Objeto proteger el bien jurídico ambiental | Objeto proteger el bien jurídico ambiental |
| Naturaleza jurídica es preventiva, afin al principio de prevención desde el Derecho Ambiental | Naturaleza jurídica es preventiva, afin al principio de prevención desde el Derecho Ambiental |
| Características, requiere título habilitante, designación como funcionario público por la Autoridad Ambiental con esta facultad. Es concebida como una herramienta de gestión. Es transversal y multidisciplinaria. Se ejecuta a través de un Plan de Inspección, de forma obligatoria. Tiene vínculo con la Evaluación de Impacto Ambiental y la Licencia Ambiental. Se vincula a los principios del Derecho Ambiental, es pluridisciplinaria. | Características, requiere un título habilitante. Designación como funcionario público por la Contraloría de la República, el ejecutante como auditor debe estar inscripto en el Registro Público de Auditores de la nación. Está concebida como una herramienta de gestión. Es transversal, multidisciplinaria y multidimensional. En sí, evalúa la Contabilidad Ambiental y los Sistemas de Gestión Ambiental en las formas de gestión auditadas. Se aprecia la gestión directa por las Contralorías, Procuradurías, Tribunales de Cuentas, y Oficinas de Auditoría. La gestión indirecta es ejecutada por Sociedades Mercantiles, requerida de una concesión administrativa. Se ejecuta través de un Plan de Auditorías, de forma voluntaria u obligatoria. Se realiza a través de un proceso, procedimiento. Para su ejecución, media la suscripción de un contrato de servicios. Tiene vínculo con la Evaluación de Impacto Ambiental, la Inspección Ambiental Estatal y la Licencia Ambiental. Se vincula a los principios del Derecho Ambiental, al tributo ambiental (ver-tido) y al fomento ambiental (producciones limpias). Es pluridisciplinaria. |
| Elementos objetivos | Elementos objetivos, subjetivos y formales |
| Reconocimiento como institución jurídica a través de la Constitución, desarrollada en el ordenamiento jurídico | Reconocimiento como institución jurídica a través de la Constitución, desarrollada en el ordenamiento jurídico |
| Cumplimiento del mandato legal en materia ambiental | Cumplimiento del mandato legal en materia ambiental |
| Se vincula con la Responsabilidad en la materia ambiental | Se vincula con la Responsabilidad en la materia ambiental |

| | |
|--|--|
| Actividad de Control –policía administrativa– o también denominada como policía ambiental | Actividad de Control y de Servicio Público, forma de gestión mixta |
| Como actividad de control se ejecuta a los ecosistemas de interés, a través de un plan, por quejas o por denuncia pública. Es realizada y asegurada de manera continua, regular y uniforme, tutelada por la Administración Pública | Tiene vínculo con la Responsabilidad Social Empresarial –dimensión ambiental– Se ejecuta a través de un plan. Ha trascendido del control de las formas de gestión hacia la naturaleza en el siglo XXI. Como categoría rectora de interés público, es realizada y asegurada de manera continua, regular y uniforme, tutelada por la Administración Pública |
| La ejecuta la Administración Pública y personas privadas habilitadas para ejecutar esta función inspectora | La ejecutan las Entidades Fiscalizadoras de Control y las Sociedades Mercantiles |

3. La Administración Pública como ente vigilante en la dimensión ambiental, una mirada en el proceso de reforma del modelo económico cubano en la segunda década del siglo XXI

En la nación cubana, luego de constatado cómo es el tratamiento doctrinal en Hispanoamérica, se aprecia que su reconocimiento parte de los postulados constitucionales establecidos en los artículos 10, 27 y 69; a partir de que el 27 consagra la protección ambiental como una función pública del Estado. Toda vez que técnicamente, a la vez que se habilitaron los órganos competentes para que intervengan en la protección ambiental inspirados en el desarrollo sostenible, se ordenó la aplicación de dicha habilitación con el objetivo de “hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras” con lo que la solidaridad en términos de equidad inter e intrageneracional, la racionalidad y la sostenibilidad al trascender al texto constitucional cubano⁵⁴.

No obstante el primer referente a partir de la institucionalización en la nación cubana aparece la Ley N° 1323 de 1976, de Organización de la Administración Central del Estado, atribuyó al Comité Estatal de Ciencia y Técnica por el Decreto-Ley N° 31 de 1980 el establecimiento, la dirección y el control del Sistema Nacional de Protección del Medio

⁵⁴ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE CUBA. G.O. Extraordinaria N° 3 de fecha 31 de enero de 2003.

Ambiente y el Uso Racional de los Recursos Naturales y por el Acuerdo del Consejo de Ministros de igual fecha, se creó la Comisión Nacional de Protección del Medio Ambiente y Conservación de los Recursos Naturales. Esquema institucional que se mantuvo hasta la promulgación del Decreto-Ley N° 118 de 1990 con apego a la Ley N° 33 de 1981, el que dispuso la creación del Sistema Nacional de Protección del Medio Ambiente y del Uso Racional de los Recursos Naturales y de una Comisión Nacional como la instancia coordinadora de la gestión ambiental con la participación de todos los órganos y organismos estatales, empresas, cooperativas, organizaciones políticas, sociales y de masas y de la ciudadanía en general.

Coexistiendo con la distribución de competencias previas respecto a los recursos naturales y subsistemas ambientales. Empero la autoridad ambiental a través de la potestad inspectora controló los ecosistemas de interés del país dando cumplimiento a las políticas públicas para proteger el medio ambiente. Con posterioridad, con la creación del Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente, como organismo de la Administración Pública, con su sustento legal en el Decreto Ley N° 147 de 1994 y en la Ley N° 81 de 1997, este tiene el encargo público de garantizar la adecuada obediencia de las políticas y la normativa ambiental “ecuación para la vida” para comprobar y evaluar el cumplimiento del mandato legal. Para ello fueron creadas instituciones que han permitido incorporar nuevas funciones, muchas de ellas con un fuerte peso específico en la protección de la diversidad biológica y en la aplicación de las herramientas de gestión, ejecutada por inspectores estatales designados como funcionarios públicos por la Autoridad Ambiental, requeridos del título habilitante para el ejercicio de la potestad inspectora (técnicos de nivel medio y superior, juristas y científicos), con una identificación oficial y numeración a cada inspector. Ello permite ponderar que hay un Estado Vigilante en la materia ambiental en el país.

Los autores aprecian como fue el Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente el que ha ejecutado a través de la función inspectora regulada en la Ley N° 81 de 1997 en todo el país. Existen otros organismos dentro del entramado de la Administración Pública patria que en este mismo íter ejercitan la función inspectiva en la protección ambiental por su interdisciplinariedad y transdisciplinariedad, realizada a través de la inspección sanitaria ejecutada por el Ministerio de Salud Pública, el que evalúa el componente ambiental y el respeto de las ordenanzas sanitarias⁵⁵;

⁵⁵ Amed RAMÍREZ SHÁNCHEZ, Alcides ANTÚNEZ SÁNCHEZ, “La responsabilidad administrativa derivada de la inspección estatal sanitaria en Cuba. Una mirada a su régimen jurídico sancionador desde la lucha contra el dengue”, pp. 2-27.

el Ministerio del Interior en relación a la obediencia de la seguridad laboral; el Ministerio de Economía y Planificación para el control de la política pública y el desarrollo urbanístico; el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para el control de la seguridad y la política laboral (ambiente laboral); el Ministerio de la Agricultura en relación a la política forestal, agraria, la medicina veterinaria, el Ministerio de Transporte para el control del transporte automotor (contaminación atmosférica, acústica y lumínica); uno de los últimos cuerpos de inspección en crearse ha sido el de los Consejos de la Administración Local en los municipios dedicados al control administrativo. En el desarrollo normativo patrio tiene su soporte jurídico en el Decreto Ley N° 100, de la Inspección Estatal y cada organismo establece sus regulaciones internas a través de actos administrativos, por ello el artículo 1 señala que la inspección estatal consiste en la fiscalización del cumplimiento de las disposiciones y normas jurídicas vigentes llevadas a cabo por los organismos centrales de la Administración del Estado dentro de su propio sistema o en el ejercicio de su función rectora, o por los órganos locales del Poder Popular a través de sus dependencias administrativas sobre las actividades administrativas, de producción y de servicios. Ello permite señalar el vínculo que esta potestad inspectiva posee con la exigencia de la responsabilidad administrativa, y la multiplicidad de disposiciones jurídicas que coexisten en este sentido, que permiten ponderar la necesidad de que se promulgue un Código Contravencional a futuro y que sea actualizada la Ley Ambiental en consecuencia, toda vez que es considerado que el marco regulatorio complementario no garantiza la adopción de enfoques preventivos adecuados aparejados a la indisciplina tecnológica que impera en la mayoría de las formas de gestión del sector estatal cubano al ser esta la mayoritaria, aspectos que deberán ser tenidos en cuenta en la futura actualización normativa. Su sustento se establece en la Resolución N° 103 del 2008 del Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente, esta se constriñe para la protección de los ecosistemas de interés del país.

También se aprecia como interviene en todo este control ambiental la Fiscalía General de la República, a tenor del artículo 27 constitucional y el artículo 42 de la Ley N° 81 de 1997, regulan la función especial que posee este órgano en relación a la actuación fiscal para la tutela ambiental y el cumplimiento de la legalidad comprobado con la acción de la Verificación Fiscal. Los autores consideran que los otros organismos de la Administración Pública que ejercitan la potestad inspectora en la nación no la ejecutan de manera adecuada en su mayoría con apego a la norma; a pesar de que en los medios de comunicación de forma periódica se divulgan los temas ambientales y las acciones a tomar para protegerlo y preservarlo, empero no hay percepción del riesgo de una manera adecuada.

Los autores también aprecian irregularidades en relación con la función inspectora que tributa a la contaminación ambiental generada por las formas de gestión, por ausencia de Sistemas de Gestión o por inadecuados tratamientos de estos donde los hay, lo que ocasiona vertido industrial visible en los procesos en las industrias, hospitales, empresas y otras instalaciones del sector estatal. Se aprecia también que en las formas de gestión no hay un uso adecuado de los medios de protección y en muchas de estas hay ausencia de estos ante la falta de presupuesto. Es también visible en el transporte automotor por los años de explotación no acorde con la norma internacional como potenciales contaminadores al ambiente al expeler gases producto de la combustión del combustible que utilizan, hay también una apreciada obsolescencia tecnológica de más de 55 años de explotación en las industrias, y que en muchas no son implementadas tecnologías limpias. Pero se reitera que la propia norma ambiental establece que la prioridad en la nación de la función inspectiva en materia ambiental es a los ecosistemas de interés.

En la materia de Auditoría Pública, valoramos que en la reforma del modelo económico los estudios realizados a partir de la primera década del siglo XXI permitieron conocer la nueva decisión a nivel de Estado para crear la CGR, como el nuevo órgano de control supremo, sustentado en la Ley N° 107 de 2009, al amparo de los artículos 9 y 75 constitucionales; es así que a este órgano le corresponderá ejercitar el más alto control estatal ambiental en cumplimiento del mandato legal. No obstante, es el Reglamento de la CGR del 2010, complementada en las directrices del 2013 de este órgano, el que regula la auditoría ambiental como proceso y procedimiento para evaluar la actuación de las formas de gestión, las que hoy no se corresponden de manera adecuada en su mayoría con los problemas ambientales declarados en la Estrategia Nacional Ambiental, en el Programa Nacional de lucha contra la contaminación del medio ambiente y en el informe presentado por la Oficina Nacional de Estadísticas e Información sobre el Panorama Ambiental cubano, ante las conductas no proporcionales de las respuestas dadas por los actores competentes al realizarse la función inspectora, el control, la fiscalización y la auditoría.

Es así, que al analizar la Ley N° 107 se señala en su artículo 11, donde se refiere que la auditoría es un proceso sistemático, realizado de conformidad con normas y procedimientos técnicos establecidos, consistente en obtener y evaluar objetivamente las evidencias sobre las afirmaciones contenidas en actos jurídicos o de carácter técnico, económico, administrativo u otros, con el fin de determinar el grado de correspondencia entre esas afirmaciones, las disposiciones legales vigentes y los criterios establecidos. El Control es definido como el conjunto de acciones que

se ejecutan para comprobar la aplicación de las políticas del Estado, así como del cumplimiento del plan de la economía y su presupuesto, y la Supervisión es el acto de inspección, investigación y comprobación que se realiza con la finalidad de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales vinculadas con la actividad económico-financiera, preservar la disciplina y la integridad administrativa, así como prevenir y detectar actos de corrupción administrativa; sobre la base de intereses estatales y a partir de las informaciones que se reciban por cualquier vía, en especial las provenientes del pueblo, vinculadas con la ilegalidad en el control y uso de los recursos del Estado y actos de corrupción administrativa.

Se considera como los funcionarios designados para ejercer esta función pública requieren de una habilitación oficial, esta se obtiene al realizar un examen de suficiencia académica en este órgano de control, el que le permite obtener *a posteriori* la inscripción en el Registro de Auditores de la nación, al obtenerse la certificación que los acredita para esta potestad (técnicos, juristas y científicos). Ello también permite señalar que las causales que han conllevado al país para que tenga acumulado todas las situaciones ambientales adversas han sido los patrones de producción utilizados, el consumo y el uso de los recursos aplicados inciden en la contaminación, la degradación de los suelos, la pérdida de diversidad biológica, la carencia, disponibilidad y calidad del agua potable, y la afectación de la cobertura forestal, de ahí la necesidad de transformarlos y orientarlos hacia modelos de sostenibilidad ambiental adecuados. Son identificados entre los principales problemas en relación con la eficiencia en el uso de los recursos: la sostenibilidad de la producción y el consumo en el ámbito nacional, el difícil acceso a las tecnologías de avanzada, la insuficiente comprensión y aplicación del concepto de sostenibilidad, la atención dirigida a los procesos vinculados a la problemática ambiental de los productos y servicios, la poca aplicación de las herramientas de gestión por los empresarios, la no implementación de la contabilidad ambiental, no ejecutar compras públicas sostenibles con un diseño sostenible y responsable a todos los productores de las formas de gestión.

Elementos estos que a criterio de los autores con la función inspectiva y la auditoría aplicada a las formas de gestión en la nación, permitirán influir en la construcción de la empresa responsable con el ambiente, ante una cultura empresarial caracterizada en su mayoría por la no adecuada utilización de los instrumentos financieros, no evaluadora de la dinámica del mercado interno y el foráneo, donde no se analizan los niveles de información de cómo opera la competencia empresarial con el empleo de técnicas comerciales, las tecnologías y la innovación para su desarrollo futuro, señalado desde el pasado siglo por autores de la talla de Triana

Cordoví⁵⁶ y Fernández-Companioni⁵⁷, solo utilizadas por las autorizadas a operar en las actividades del comercio exterior como causales endógenas que permitan evolucionar a las formas de gestión del sector estatal cubano al aplicarse la fórmula económica de la: INVESTIGACIÓN + DESARROLLO + INNOVACIÓN + ETIQUETA-CERTIFICACIÓN AMBIENTAL= EMPRESA AMIGABLE CON EL AMBIENTE⁵⁸, como la propuesta que permita insertarse a la nación en mercados más exigentes para contribuir a incrementar la productividad y con ello el Producto Interno Bruto.

Hoy ambas funciones se aprecia por parte de los autores como una sigue constreñida a los ecosistemas de interés (función inspectiva) y la auditoría si está dirigida a controlar las formas de gestión, desde la arista ambiental hasta la contable, lo que la hace más integral. Siendo solo la función inspectora que ejecutan otros organismos de la Administración Pública la que sí ejercita el control a las formas de gestión, de manera mayoritaria al sector estatal.

4. A manera de conclusiones

La Inspección Ambiental es una actividad de control ejecutada por la Administración Pública, pero es menos integral que la Auditoría Ambiental, ya que se constriñe al control de los ecosistemas de interés, por denuncia pública, o por interés estatal, realizada a través de un plan. En Cuba es ejecutada por el Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente, pero se reconoce en el desarrollo de la normativa jurídica que hay otros organismos que controlan aspectos ambientales en relación con el Derecho Urbanístico, el Derecho Agrario, el Derecho Mercantil, el Derecho del Transporte, el Derecho Forestal, y el Derecho Tributario.

La etiqueta-certificación ambiental en el ordenamiento jurídico cubano es un acto administrativo cuya potestad recae en el Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente, organismo de la Administración Pública quien al amparo de la potestad inspectora hace la entrega a las formas de gestión estatal del país consideradas como sujetos estratégicos para el desarrollo del comercio internacional en la nación a través de este reconocimiento. Su naturaleza jurídica es reglada. Se sustenta en la Ley

⁵⁶ Juan TRIANA CORDOVÍ, *La economía cubana frente al desarrollo sostenible*

⁵⁷ Andrés FERNÁNDEZ-COMPANIONI, “La empresa cubana, la competitividad, el perfeccionamiento empresarial y la calidad”.

⁵⁸ Alcides ANTÚNEZ SÁNCHEZ, y Elena POLO MACEIRAS, “La auditoría ambiental, la industria amigable con el ambiente y el desarrollo sostenible”, pp. 135-141.

Nº 81 de 1997 y en la Resolución Nº 103 de 2008, como en las normas complementarias ISO. El interés creciente de los consumidores para adquirir productos respetuosos con el ambiente permite la oportunidad de su presencia en los mercados para que las formas de gestión ejecución su certificación como empresa amigable con el ambiente para ser más competitivas, ejecutada a través de la auditoría ambiental. Siendo el objetivo primordial obtener beneficios económicos, pero con regulación y control, que permita reforzar la imagen de la marca dentro del marketing ecológico.

La Auditoría Ambiental emergió debido a la contaminación empresarial y su enfrentamiento por el Estado, su génesis fue la auditoría social. Se consolida posteriormente como acción de control practicada por las Entidades Fiscalizadoras Superiores y las Sociedades Mercantiles, posee una construcción jurídica a partir de estar reconocida en Convenios Internacionales, es introducida en los derechos internos mediante los textos constitucionales, las leyes ambientales y de contralorías, brindan solidez y sustento para el desarrollo de políticas ambientales como la herramienta de gestión ambiental. Puede ser voluntaria u obligatoria y manifestarse como una actividad policía, un servicio público u actividad de fomento acorde a su ejecución y consecuencias. Tiene carácter multidimensional, integral y transdisciplinario, su finalidad es la evaluación de la gestión ambiental de la empresa y la certificación de producciones limpias. Para realizarla las entidades auditadas deben implementar la contabilidad ambiental y el tratamiento de los residuales de la producción de la empresa. Es un proceso integrado por fases (preparación-ejecución-conclusión) cuyo procedimiento fundamental está regulado en normas ISO y las EMAS. Aparece regulada dentro de los ordenamientos jurídicos como una actividad de control o de servicio público dirigida a las formas de gestión, es ejecutada a través de normativas jurídicas ambientales y procedimientos.

La Administración Pública en el país deberá valorar la necesidad de intensificar los estudios de Derecho Administrativo por la interrelación que posee con el Derecho Ambiental, en especial sobre la actividad de policía, fomento y servicios públicos en la esfera de los particulares y las personas jurídicas, en función de la protección del medio ambiente en los estudios de pregrado y posgrado en la formación en Ciencias Ambientales, que permita configurar y reconocerse a futuro el Derecho Administrativo Ambiental.

5. Referencias bibliográficas

- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, “Disquisiciones teóricas, doctrinales y exegéticas sobre la praxis de la auditoría como función pública, dirigida a la protección del bien público ambiental para la empresa ecológica”, en *Revista Dos Tribunais Thomson Reuters*, N° 951, Brasil, 2015, pp. 17-52.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, “La auditoría ambiental: Una revisión y propuestas en clave de su función pública y dimensión empresarial”, en *Revista Iberoamericana de Contabilidad de Gestión*, N° 26, España, 2015, pp. 3-27.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, “La auditoría pública con enfoque ambiental y el tributo ambiental. Aplicación e implementación en Cuba”, en *Revista Internacional Legis de Impuestos*, Colombia, 2015, pp. 110-143.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, “El tratamiento jurídico de la etiqueta-certificación ambiental. Regulación en el Derecho Cubano”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y los Recursos Naturales*, N° 18, Argentina, 2015, pp. 1-25.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, “Actualización del modelo económico cubano para el ordenamiento jurídico en el desarrollo del Derecho Ambiental patrio”, en *Revista Multiciencias*, N° 3, Venezuela, 2015, p. 1-27.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, “The principles of Environmental Law that inform environmental audit, the role of the SAI in the environmental área”, en *Revista del Tribunal de Cuentas de la Unión*, N° 132, Brasil, 2015, pp. 16-27.
- ALENZA GARCÍA, José Francisco, “Potestad de inspección”, en *Revista Actualidad Jurídica Ambiental, España*, p. 1894.
- AMENÓS ÁLAMOS, Juan, *La inspección urbanística: concepto y régimen jurídico*, Editorial Cedecs, Barcelona, 1999.
- ARAUJO JUAREZ, José, *Derecho Administrativo General. Servicios Públicos*, Editorial Paredes, Caracas, 2010.
- BASURTO GONZÁLEZ, Daniel, “Responsabilidad Social y Ambiental en las Empresas”, en *Revista Política y Gestión Empresarial*, México D. F., 2012, pp. 33-35.
- BERMEJO VERA, José, “La Administración Inspectoral”, en *Revista de Administración Pública*, N° 147, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 1998, pp. 1-20.
- BELLORIO CLABOT, Dino, *Tratado de Derecho Ambiental*, tomo III, 1ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Instituciones de Derecho Ambiental*, Editorial La Ley, Madrid, 2001.
- CAFFERATA, Néstor, *Naturaleza jurídica del Derecho Ambiental*, Editorial INE-Semarnat, México, 2008.
- CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar, *Licencia ambiental y sistemas de responsabilidad*, en *El Derecho Público en Cuba a comienzos del siglo XXI. Libro homenaje a Fernando Álvarez Tabío*, obra coordinada por Ana María ÁLVAREZ TABÍO-ALBO y Andry MATILLA CORREA, Editorial de la Universidad de La Habana, 2010.

- COSCULLUELA MONTANER, Luis y LÓPEZ BENITEZ, Mariano, *Derecho Público Económico*, Editorial Iustel, Madrid, 2007.
- CHAMORRO GONZÁLEZ, Jesús María, *Los principios del Derecho Administrativo Sancionador y su incidencia en el ámbito de la disciplina urbanística*, Revista Fundación Democrática y Gobierno Local, número 5, España, 2010.
- DE LUCA, Javier, *Introducción al Derecho*, 3ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, España, 1997.
- DIEZ SÁNCHEZ, José, *Función inspectora*, 1ª edición, Editorial Instituto de Administración Pública, España, 2013.
- DROMI, José, *Tratado de Derecho Administrativo*, 7ª edición, Editorial Ciudad, Argentina, 1998.
- ESTEVE PARDO, José, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Editorial Marcial Pons, España, 2011.
- ESTEVE PARDO, José, “De la policía administrativa a la gestión de riesgos”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 119, España, 2003, pp. 323-346.
- ESTEVE PARDO, José, *Derecho del medio ambiente*, 2ª edición, Editorial Marcial Pons, España, 2008.
- EMBIID, Antonio, *Precaución y Derecho*, Editorial Iustel, Madrid, 2010.
- HIDALGO CUADRA, Ronald, “La terminación convencional del procedimiento y las facultades de inspección en el derecho de la competencia”, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 137, España, 2015, pp. 77-98.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *La actividad administrativa inspectora. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Editorial Comares, Granada, 2002.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, “La inspección en el marco del control de la aplicación del Derecho Ambiental”, en *Revista Derecho Ambiental*, N° 24, España, 2000, pp. 9-48.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, “La inspección ambiental”, en *Revista Medio Ambiente y Administración Local*, España, 2012, pp. 1-26.
- FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*, traducción de LEGAZ GAMBRA, GARRIDO FALLA y HERNÁNDEZ MEZA, Lourdes, Inspección y vigilancia, medidas de seguridad y sanciones administrativas, Editorial Lex, España, 2010.
- GARRIDO FALLA, Fernando, *Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa*, Editorial Instituto de Estudios Políticos, España, 1958.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo, *Derecho Administrativo sancionador*, Parte general. Editorial Aranzadi Thomson Reuters, 2ª edición, España, 2010.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomos I y II, 10ª edición, Editorial Thompson-Civitas, España, 2006.
- GARCINI GUERRA, Héctor, *Derecho Administrativo*, Editorial Pueblo y Educación, 2ª edición, La Habana, 1986.
- GARCÍA URETA, Agustín, *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2006.

- GARCÍA URETA, Agustín, *La potestad inspectora en el Derecho Comunitario. Fundamentos, sectores de actuación y límites*, Editorial Iustel, Madrid, 2008.
- GARCÍA URETA, Agustín, “Potestad inspectora y medio ambiente: Derecho de la Unión Europea y algunos datos sobre las Comunidades Autónomas”, en *Revista Actualidad Jurídica Ambiental*, N° 54, España, 2016, pp. 1-36.
- GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 8ª edición, Editorial Macchi, Argentina, 2006.
- GEZZE, Gastón, *Principios generales del Derecho Administrativo*, 1ª parte, Editorial de Palma, Buenos Aires, 1956.
- GUILLÉN CARAMÈS, Javier, *Régimen jurídico de la inspección en Derecho de la competencia*, Editorial Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- JORDANA DE POZAS, Luis, “El problema de los fines de la actividad administrativa”, en *Revista de Administración Pública*, N° 4, España, 1951, pp. 11-28.
- JORDANA DE POZAS, Luis, “Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 5, España, 1942, pp. 41-54.
- JORDANO FRAGA, Jesús, “La Administración en el Estado Ambiental de Derecho”, en *Revista de Administración Pública*, N° 173, España, 2007, pp. 101-141.
- KLOEPFER, Michael, *En torno a las nuevas formas de actuación medio ambientales del Estado*, artículo traducido por Luciano PAREJO ALFONSO, en *Documentación Administrativa*, N° 235-236, 1993, pp. 33-53.
- LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio, *Derecho Administrativo: la actividad administrativa y sus manifestaciones*, Editorial Cultural S.A., 3ª edición, La Habana, 1952.
- LÓPEZ MENUDO, E. GUICHOT REINA y J. A. CARRILLO DONAIRE, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2005.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría del Derecho Ambiental*, 1ª edición, Editorial Porrúa, México, 2008.
- MACERA, Bernard Franck, *El deber industrial de respetar el ambiente*, Editorial Marcial Pons, España, 1998.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *Derechos fundamentales y medio ambiente*, Universidad Complutense de Madrid, 2006.
- MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, volumen 1, Editorial Trivium, S.A., Madrid, 2ª edición, 1998.
- MARTÍN MATEO, Ramón, *Derecho Administrativo Ambiental*, 6ª edición, Editorial Trivium, España, 1997.
- MARTINS, Daniel, *Introducción al Derecho Administrativo*, partes 1ª y 2ª, Editorial Fundación Cultura Universitaria, España, 2004.
- MAUER, Harmut, *Derecho Administrativo alemán*, Universidad Autónoma de México, México D.F., 2012.
- MATILLA CORREA, Andry, “Derecho Administrativo y servicio público. Trazos inconclusos desde una perspectiva histórica”, en *Revista Jurídica*, México D.F., 2014, pp. 383-449.

- MIRANDA HERNÁNDEZ, Gloria, "La potestad inspectora de las Administraciones Públicas", en *Revista Cuadernos de Inspección del Territorio*, España, 2012, pp. 1-21
- MUÑOZ MACHADO, Manuel, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Editorial Iustel, España, 2011.
- NIETO, Alejandro, "Algunas precisiones sobre el concepto de policía", en *Revista de Administración Pública*, N° 81, España, 1976, pp. 35-75.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, "El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos", en *Revista de Administración Pública*, N° 153, España, 2000, pp. 217-249.
- PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, tomo 1, 9ª edición, Editorial Marcial Pons, España, 1997.
- PEÑA SOLIS, José, *La actividad de la Administración Pública: de policía administrativa, de servicio público, de fomento y de gestión económica*, Manual de Derecho Administrativo, volumen 3º, Editorial Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo, Caracas, 2003.
- PEREIRA BASANTA, Jolene, Tesis de Maestría: *La autorización ambiental en el marco del procedimiento de evaluación de impacto ambiental: introducción a su régimen jurídico en Cuba*, Universidad de La Habana, 2011.
- RAMÍREZ SÁNCHEZ, Amed, ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, "La responsabilidad administrativa derivada de la inspección estatal sanitaria en Cuba. Una mirada a su régimen jurídico sancionador desde la lucha contra el dengue", en *Revista Derecho y Cambio Social*, Perú, 2015, pp. 1-27.
- REBOLLO PUIG, Manuel, "La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad", en *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 54, España, 1999, pp. 91-146.
- REBOLLO PUIG, Manuel, "Policía administrativa y sanciones administrativas", en *Revista Ius Publicum*, España, 2010, pp. 1-30.
- REBOLLO PUIG, Manuel, *La actividad inspectora*, Editorial Iustel, España, 2011.
- ROMÁN CORDERO, Cristian, "El castigo en el Derecho Administrativo", en *Revista Derecho y Humanidades*, N° 16, Chile, 2010.
- RIVERO ORTEGA, Ramón, *El Estado vigilante*, Editorial Tecnos, Madrid, 2000.
- RINALDI, Gustavo, "Seguro ambiental, ejes", en *Revista Derecho Integral*, Argentina, 2012, pp. 1-3.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo*, 6ª edición, Editorial Tecnos, España, 2010.
- VAN LEEUWEN, S. "El desarrollo de la auditoría ambiental dentro de la INTOSAI", en *Revista Internacional de Auditoría Gubernamental*, N° 1, Estados Unidos de América, 2013, pp. 13-15.
- VILLEGAS MORENO, José Luis, *Derecho Administrativo Ambiental*, Editorial Sin Límite, San Cristóbal, 2009.
- VILLAR PALASI, José, "Poder de Policía y Precio Justo. El problema de las tasas del mercado", en *Revista de Derecho Público*, N° 48, 1991, pp. 11-83.

LA COLABORACIÓN DE ENTIDADES PRIVADAS EN MATERIA DE INSPECCIÓN Y CONTROL DE RIESGOS: APROXIMACIONES A LA REALIDAD CHILENA

COLLABORATION BETWEEN PRIVATE ENTITIES AND PUBLIC ADMINISTRATION IN INSPECTIONS AND RISKS CONTROL ISSUES: APPROACHES TO CHILEAN REALITY

*Brigitte Leal Vásquez**

Resumen

El presente artículo aborda el desarrollo que en Chile ha tenido la colaboración de entidades privadas con la Administración en materias propias de inspección y control de riesgos. Se analiza el contexto en que ella surge, sus fundamentos, su naturaleza jurídica y las diversas técnicas de intervención utilizadas por el ordenamiento para su consagración en diversos sectores de referencia.

Palabras claves: Entidades Colaboradoras, Inspección, Fiscalización, Administración Pública.

Abstract

This article discusses the development of cooperation between private entities and Public Administration in Chile, especially in the field of inspection and risk control issues. It analyzes the context in which it arises, its foundations, its legal structure and the different techniques used for the legal system to embed it in some reference areas.

Keywords: Collaborating Entities, Inspection, Supervision, Public Administration.

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Abogada asistente del Tribunal Constitucional de Chile. Artículo recibido el 24 de enero de 2016 y aceptado para su publicación el 4 de marzo de 2016. Correo electrónico: bleal@tcchile.cl.

La inspección administrativa, como una de las modalidades más paradigmáticas de fiscalización, ha tenido un aumento exponencial en las últimas décadas. Progresivamente, innumerables ordenamientos sectoriales la han contemplado, en virtud de las importantes ventajas que ella posee como mecanismo de comprobación directa del cumplimiento de determinados ordenamientos normativos.

Aun cuando, tradicionalmente, la potestad de inspección ha sido asociada al ejercicio de una función pública soberana, se observa un nuevo fenómeno en la puesta en práctica de esta actividad. Hoy en día, no sólo los tradicionales inspectores o fiscalizadores realizan este tipo de actividades, sino también algunas entidades privadas que, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, colaboran con la Administración en la realización de dichas labores. Dicha colaboración adquiere un verdadero protagonismo en áreas donde la técnica y el desarrollo tecnológico son criterios imperantes en la evaluación y en la toma de decisiones públicas.

Dado lo anterior, en el presente artículo se abordarán los elementos que contextualizan al fenómeno de la colaboración privada en materia de control e inspección, realizando además un análisis normativo de cómo éste ha sido incorporado a nuestro ordenamiento jurídico. Para ello, se hará especial referencia a la naturaleza jurídica que ha asumido esta colaboración, en sus diversas variantes. Finalmente, y a modo ilustrativo, se hará referencia a algunos casos presentes dentro del ordenamiento jurídico nacional y que dan cuenta del alcance de este fenómeno en la actualidad.

1. El fenómeno de la colaboración privada en materia de inspección y control de riesgos

El punto de partida para el análisis de este fenómeno se sitúa en la pregunta por la titularidad y el ejercicio de ciertas funciones tenidas por intrínsecamente estatales. Desde sus inicios, la configuración dogmática y normativa de la potestad de inspección de la Administración permitía sostener, sin mayor discusión al respecto, su completa titularidad y ejercicio estatal¹. Así, la potestad inspectora no podía ser delegada en particulares, puesto que se entendía como una función pública soberana e integrante del núcleo duro de potestades estatales. Los particulares poco o nada se

¹ Ricardo RIVERO ORTEGA, *El Estado Vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, p. 149.

relacionaban con el ejercicio de esta potestad, quedando muchas veces relegados solamente a la figura del denunciante o del informante².

Sin embargo, durante las últimas décadas, los factores que inicialmente justificaban la completa titularidad y ejercicio de labores de inspección, han cambiado. Desde luego, los cambios en la economía, en la configuración de las industrias y en la proliferación de importantes regulaciones administrativas sobre estas actividades son los factores más importantes que explican este cambio. El ostensible aumento de la participación privada en la economía ha traído como correlato el incremento de la necesidad por comprobar, en general, el grado de cumplimiento del ordenamiento jurídico. De ahí que haya aumentado considerablemente el número de inspecciones y que estas sean realizadas principalmente por la Administración con algunos grados de participación por parte de sujetos privados. Lo anterior se ha ido configurando como una alternativa que ha perdurado durante las últimas tres décadas³.

Por otra parte, el imperio de la técnica y del desarrollo tecnológico en ciertos ámbitos de la sociedad también han contribuido a explicar, en gran medida, el aumento de la colaboración de entidades privadas en ciertas funciones administrativas. La sociedad postindustrial requiere un gran espectro de conocimientos técnicos, muchos de los cuales la Administración no está en condiciones de gestionar satisfactoriamente. Por tanto, es aquí donde resulta útil y relevante el aporte de los particulares, con el despliegue de medios personales y materiales que ellos poseen, para coadyuvar a la Administración en el ejercicio de sus funciones⁴.

Finalmente, otro importante factor que explica el presente fenómeno viene dado por una cierta definición de prioridades por parte de los gobiernos frente al nuevo escenario global. Con medios materiales y personales naturalmente limitados, es inevitable que el ejercicio de funciones públicas por órganos administrativos sea más fuerte en algunos ámbitos que en otros. En estos últimos, en la medida que se cumplan determinados requisitos, se ha tornado razonable y justificada la colaboración de los privados en el ejercicio de labores de inspección, como lo veremos a lo largo de este trabajo.

² Sin ir más lejos, en España, y en un área paradigmática como lo es la inspección laboral, la Inspección del Trabajo fue concebida como una función propia de la soberanía del Estado, exclusiva e indelegable a los particulares. Véase Severiano FERNÁNDEZ, *La Actividad Administrativa de Inspección*, p. 501.

³ Véase Dolores CANALS, *El Ejercicio por Particulares de Funciones de Autoridad (control, inspección y certificación)* p. 282.

⁴ Dolores CANALS, "El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración", p. 25.

En síntesis, el aumento de la actividad de los privados en los diversos sectores económicos que han sido regulados por el Derecho ha traído como necesidad un aumento de la actividad de inspección; además, la limitación estructural de medios materiales y personales obliga a buscar diferentes soluciones para dar cumplimiento a los objetivos de interés público que tiene encomendados la Administración. Así, hoy en día, parte importante de la actividad de fiscalización y control que realiza la Administración no es concebida como una actividad puramente administrativa, sino que permite la incorporación de actividad privada colaborativa, supeditada en su conducción a las directrices generales que la Administración establezca para su ejercicio.

El tratamiento sistemático de este fenómeno ha tenido mayor fuerza en el extranjero. Así, por ejemplo, en España, el fenómeno de la colaboración privada en materia de inspección se ha dado con fuerza en ciertos sectores donde el riesgo que generan ciertas actividades humanas es significativo, tales como la inspección técnica vehicular, la seguridad y calidad industrial, el riesgo sanitario y ambiental, entre otros⁵. En dicho país, además de ser una realidad normativa, ha poseído un reconocimiento a nivel jurisprudencial⁶.

Ahora bien, en cuanto a los fundamentos jurídicos que explican la colaboración prestada por particulares en materia de inspección y control de riesgos son variados⁷.

En primer lugar, existen argumentos basados en la configuración de la propia actividad de control de los riesgos. Al tratarse de una actividad desbordante, existe una mayor necesidad en ejecutarla. Dadas las actuales circunstancias y la limitada disponibilidad de bienes materiales y personales con que cuenta la Administración, se debe acudir a un cierto apoyo, brindado por los privados, para la ejecución de este tipo de actividades. Ello, podría sostenerse, otorga eficiencia al actuar de la Administración, al permitir focalizar el uso de sus recursos en áreas de mayor sensibilidad

⁵ Véase en Severiano FERNÁNDEZ, *La Actividad Administrativa de Inspección*, pp. 503-507.

⁶ Así, el Tribunal Supremo Español ha señalado que “el orden público se encuentra en proceso de privatización *ante la impotencia* de [la Administración] *para una gestión eficaz de las funciones de soberanía*, acudiendo con frecuencia a la colaboración de la empresa privada”. Con ello, la más alta magistratura española ha recogido el argumento de la mayor eficacia en la gestión de la Administración para hacer frente al aumento de los riesgos propios asociados a la técnica, todo lo cual justificaría la colaboración de los particulares en las labores de inspección y, genéricamente, en la verificación del cumplimiento de las normas. Véase en Agustín GARCÍA, *La Potestad Inspectoral de la Administración del Estado*, p. 250.

⁷ En esa materia se sigue a Severiano FERNÁNDEZ, *La Actividad Administrativa de Inspección*, pp. 510-517.

social, encargando a los privados la realización de controles en otras esferas de riesgos, donde existe un mayor consenso en la legitimidad de la participación de entidades privadas.

A este respecto, cabe hacer presente que el argumento de la mayor eficiencia posible en el ejercicio de estas funciones no debe interpretarse solamente desde el tradicional enfoque con el cual se aprecia, es decir, desde el mero reduccionismo económico de la disminución de costos, sino en que ella también implica un juicio sobre el cumplimiento efectivo de los intereses públicos cuya satisfacción ha sido encomendada previamente y de manera permanente a la Administración⁸.

En segundo lugar, existen otro tipo de fundamentos, amparados más bien en el grado de amplitud que posee el principio de legalidad para otorgar competencias a entidades colaboradoras privadas en el ejercicio de actividades de fiscalización, inspección y control de riesgos. Estos argumentos, más bien, fundamentan la posibilidad de colaboración privada en estas materias analizando directamente las disposiciones constitucionales o legales atinentes en la materia y que puedan servir de base para otorgar un título habilitante a los privados para el ejercicio de estas actividades.

Al tratarse este último de un fundamento jurídico positivo, sólo resulta aplicable en aquellos ordenamientos donde existan disposiciones que se pronuncian sobre el tema. Nuestro país no posee cláusulas normativas que de manera directa se pronuncien sobre la gestión de funciones públicas por particulares. Tampoco existe alguna norma que las prohíba en algún sentido. Sin embargo, otros ordenamientos, que han experimentado la existencia este fenómeno, han establecido algunas directrices normativas para ello. El caso de España vuelve a ser ilustrativo: la ley excluye de la gestión indirecta de los servicios públicos por parte de particulares a todas aquellas actividades que impliquen el ejercicio de autoridad de los poderes públicos⁹. Lo anterior permite concluir que los particulares no podrían realizar actividades que impliquen el ejercicio de potestades públicas. Sin embargo, en tal ordenamiento, tanto la ley como el reglamento han contemplado excepciones, habilitando a particulares para el ejercicio de estas potestades en ciertos contextos específicos¹⁰.

⁸ Véase en Severiano FERNÁNDEZ, *La Actividad Administrativa de Inspección*, p. 512.

⁹ Se trata de lo establecido en el artículo 156.1 de la LCAP y del artículo 85.2 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

¹⁰ Esta cobertura legal posee algunas atenuaciones en el caso de los municipios, ya que podría admitirse la existencia de ordenanzas municipales de inspección técnica de edificios, por ejemplo, fundada en normas generales de leyes de suelo o urbanismo. Véase en Severiano FERNÁNDEZ, *La Actividad Administrativa de Inspección*, pp. 515-517.

En síntesis, la colaboración privada en materia de fiscalización, inspección y control de riesgos resulta interesante de analizar por diversas razones. Desde luego, por el auge que en las últimas décadas ha tomado, pero además porque se trata de un caso donde los particulares se mueven, con distintos grados de intensidad, dentro de la esfera de las potestades públicas concedidas originalmente a la Administración. Así, dar cuenta de este fenómeno, analizando su configuración teórica y normativa, permite comprender de mejor manera los lineamientos que la misma asume y el alcance que hacia el futuro tenga en nuestra realidad nacional.

2. *Naturaleza jurídica de las entidades colaboradoras*

En torno a la naturaleza jurídica de las entidades privadas colaboradoras, han sido examinados dos puntos de vista: el primero, relativo a su forma jurídica y, el segundo, en torno al tipo de funciones que realizan y las consecuencias que de ello se derivan.

Respecto a la forma jurídica, se trata de entidades que se organizan bajo normas propias de Derecho privado. Además, suelen poseer un campo de especialización determinado. Ello se demuestra en la existencia de personal altamente técnico para el desarrollo de sus funciones y la disposición de medios tecnológicos apropiados para analizar el grado de cumplimiento de ciertos parámetros objetivos. Evidentemente, quien evalúa la idoneidad técnica y profesional de la entidad, en su conjunto, es un tercero: una entidad acreditadora. Esta entidad puede ser privada o pública¹¹.

Luego, la siguiente pregunta sobre la naturaleza jurídica de estas entidades gira en torno a la determinación de las funciones que ellas realizan en concreto. A este respecto, en el Derecho comparado se han presentado interesantes discusiones en torno a las diferencias de fondo que existen entre una mera actividad de control y la actividad de inspección propiamente tal.

Así, la actividad de colaboración de las entidades privadas puede ser entendida solamente como una de mero control, esto es, de chequeo objetivo (y a veces automático) del cumplimiento de ciertos parámetros, los cuales son comunicados posteriormente a la Administración para

¹¹ Dolors CANALS, “El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración”, p. 40.

que sea ella quien evalúe los resultados de la actividad de comprobación realizada por las entidades privadas¹². Bajo este prisma, los particulares sólo comprueban hechos, pero no pueden ejercer la inspección, ya que esta actividad se reserva sólo para el ejercicio de una potestad administrativa conducente a la dictación de específicos actos administrativos¹³. Así, ciertos autores destacan las limitaciones estructurales que posee este tipo de actividad en relación al ejercicio de la potestad administrativa de inspección¹⁴.

Por el otro lado, existe otra visión, más amplia si se quiere, respecto de las funciones que desarrollan estas entidades. Bajo la misma, se ha sostenido que debido al desarrollo histórico de fenómenos extrajurídicos, como el avance tecnológico y el aumento del riesgo de la vida en sociedad, es posible sostener que ciertas entidades privadas, bajo específicas circunstancias normativas, pueden contribuir de manera directa con la Administración en el ejercicio de la potestad administrativa de inspección.

¹² Véase Agustín GARCÍA, *La Potestad Inspectora de la Administración del Estado*, p. 251.

¹³ Dicho argumento tiene base en lo dispuesto en el artículo 15.5 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Así, el abandono del ejercicio de ciertas potestades públicas, como la inspectora, encomendándolas a su vez a los particulares, afectaría a los principios que rigen el Estado de Derecho, fundamentalmente la seguridad pública. Los particulares sólo podrían realizar actividades de asistencia, pero no de sustitución de la Administración en esta área. Véase Agustín GARCÍA, *La Potestad Inspectora de la Administración del Estado*, p. 249.

¹⁴ A este respecto, Agustín García ha sostenido que: “La potestad inspectora presenta algunas peculiaridades que, en principio, podrían impedir una transferencia al ámbito privado. En el debate sobre la huida del Derecho administrativo se ha observado que deben quedar al margen lo que tradicionalmente son funciones que han girado y giran en torno a la idea “tan polémica – y revisada – como es la soberanía”. Se trata de aquellas potestades que responden a la esencia de lo público, los cometidos básicos de la Administración y que definirían su razón de ser. En términos generales, la inspección respondería a este esquema. El control del cumplimiento de las normas y su vigilancia implica que sean los propios poderes públicos, bajo formas de Derecho administrativo, los encargados de éstas. Además, la potestad inspectora tiene como fundamento la objetividad. Esto implica que deba ser la Administración la que pueda controlar las actividades sujetas a su potestad, sin que la inspección quede radicada en los particulares y sin una posible renuncia a la aplicación de normas de Derecho administrativo”. Además, agrega: “La potestad de inspección supone una intervención en la esfera del individuo. Ésta se produce para calibrar el cumplimiento, en el sector de que se trate, con las normas reguladoras del mismo y con los actos que en su aplicación haya dictado la propia Administración. Esta correspondencia entre las disposiciones [de] sus actos de ejecución y la carga que se impone al ciudadano, explican que la potestad inspectora presente algunas dificultades para su traslado al ámbito privado”. Agustín GARCÍA, *La Potestad Inspectora de la Administración del Estado*, pp. 242-243.

Los autores que comparten dicha visión¹⁵ señalan que las funciones que realizan las entidades privadas corresponden a auténticas funciones públicas, las cuales implican el ejercicio de autoridad y de todas sus prerrogativas, teniendo capacidad para tomar decisiones que sean vinculantes para los sujetos pasivos de la inspección¹⁶. Así lo ha afirmado la más reciente doctrina que se ha ocupado del estudio de la labor que realizan estas entidades. De acuerdo a Canals, estas entidades ejercen la potestad administrativa de decidir de forma unilateral, por medio de actos administrativos. Por tanto, dichas entidades no se limitan a realizar una labor técnica o material de mera comprobación sino que realizan, en definitiva, una actividad jurídico-administrativa¹⁷.

Por otra parte, se ha puntualizado qué significa el término “colaborar”. Para Fernández, el término “colaborar” ha alcanzado una dimensión bastante más extensa que su sentido originario puesto que, en los hechos, la actividad de inspección de la Administración ha pasado a un segundo plano, teniendo ella lugar cuando surge desacuerdo entre los sujetos fiscalizados y las entidades colaboradoras o cuando es necesario supervisar la actividad de control de las mismas, de tal modo de constituir una “segunda línea defensiva de la legalidad”¹⁸. Por ello, aunque se sigue manteniendo

¹⁵ Fernández detalla las atribuciones que estas entidades podrían llegar a tener, de la siguiente manera: “Asimismo, en el desarrollo de sus actuaciones, por lo general, las entidades colaboradoras en el ejercicio de las funciones de inspección acceden a las instalaciones y locales de las empresas inspeccionadas, a sus equipos y materiales, e, incluso, a información sensible acerca de sus procesos de producción y cuya divulgación podría afectar a su competitividad. Además estas entidades colaboradoras están facultadas para requerir la colaboración activa de los responsables de las empresas y, en su caso, de terceros, así como para adoptar, en determinados supuestos –tal como se verá–, medidas que inciden sobre el libre ejercicio de la actividad inspeccionada”. Por lo demás, agrega lo siguiente: “consideramos artificial una neta distinción entre una actividad de inspección a cargo de la Administración y una mera actividad de control a cargo de entidades privadas, sobre todo si se repara en el hecho de que, a menudo, el ordenamiento contempla la colaboración privada –tal como se ha visto en modelo concesional– como una alternativa que se ofrece a la Administración, en el sentido de que éste puede optar por ejercerla directamente por sí misma o mediante una entidad o agente delegado”. Severiano FERNÁNDEZ, *La Actividad Administrativa de Inspección*, pp. 531-532.

¹⁶ Si la inspección se concibe completamente como una función pública, sólo cabría la delegación. En España, hay casos de delegación de funciones entre la Administración y los particulares. La técnica de la delegación conlleva que los actos del delegado se consideran como dictados por la autoridad que haya conferido la delegación. Véase en Severiano FERNÁNDEZ, *La Actividad Administrativa de Inspección*, pp. 534-535. En Chile, no existe una normativa que autorice aquello.

¹⁷ Véase Dolores CANALS, *El Ejercicio por Particulares de Funciones de Autoridad (control, inspección y certificación)*, p. 282.

¹⁸ Véase Severiano FERNÁNDEZ, *La Actividad Administrativa de Inspección*, p. 508.

el término “colaboración”, lo que alude a un auxilio con respecto a una actividad principal, en estricto sentido, estamos ante un verdadero ejercicio directo y principal por parte de los sujetos privados de las actividades de inspección y control. De esta manera, aun cuando reconoce la verdadera extensión de este fenómeno, opta por mantener la expresión “colaboración”, ya que de todas formas se trata de una actividad ajena, estando siempre subordinada a las directrices que a este respecto brinda la Administración¹⁹.

En síntesis, si bien hoy en día no existe una postura doctrinaria mayoritaria al respecto, pareciera ser que, por el actual contexto en el cual se enfrenta la actividad de inspección, la colaboración de las entidades resulta necesaria en determinados sectores en los cuales la Administración no es capaz por sí sola de cubrir todos los espectros de fiscalización necesarios para velar el cumplimiento de las normas. Por ello, para ahondar más sobre la concreta naturaleza jurídica de estas entidades, se requiere observar de manera directa los ordenamientos sectoriales correspondientes, cuestión que revisaremos a continuación.

3. El régimen jurídico de las entidades colaboradoras en el Derecho nacional

Como señalamos anteriormente, el auge de la colaboración privada en materia de inspección y control de los riesgos ha comenzado a cobrar fuerza durante los últimos años, lo cual se ha traducido en una relativa consagración legal de dichos mecanismos. Lo anterior se demuestra en la diversidad de técnicas empleadas para permitir que estas entidades privadas entren en la escena de los procedimientos de fiscalización, de acuerdo a los parámetros que en las leyes y reglamentos se determinan.

En nuestro país, es posible observar algunos ejemplos de colaboración en diversos ordenamientos sectoriales. Usando diversos títulos habilitantes, el Legislador ha permitido que ellas interactúen con la Administración y con los particulares fiscalizados, atendiendo a las complejidades que el objeto de la fiscalización plantea en cada área específica.

A continuación, revisaremos a modo ejemplar algunos casos presentes dentro del ordenamiento jurídico nacional en donde se emplean técnicas de intervención administrativa para habilitar a entidades particulares en el ejercicio de funciones de inspección y control de riesgos. La primera de ellas es la concesión, técnica ampliamente utilizada en nuestro or-

¹⁹ *Ibid.*

denamiento en el ámbito del servicio público, pero que también tiene aplicación en materia de fiscalización. La segunda corresponde a la contratación, asociada largamente al suministro de bienes y servicios para el Estado. Finalmente, analizaremos la técnica de la autorización como título habilitante usado frecuentemente para habilitar a privados a ejercer estas labores, sobre todo en el ámbito de la certificación técnica.

A) LA CONCESIÓN COMO TÍTULO HABILITANTE

La concesión como técnica de intervención posee una larga tradición histórica en el Derecho Administrativo, siendo latamente estudiada por la doctrina. En nuestro ordenamiento, ella se ha entendido como una técnica de intervención en que la Administración le encarga a una persona privada la tarea de ejercer una actividad esencialmente pública, bajo los parámetros que la propia Administración determine. Esta modalidad puede ser otorgada al particular mediante un acto o contrato de concesión. El acto de concesión se reserva para los casos en que se gestionan bienes nacionales de uso público y el contrato para la gestión de un servicio público en particular²⁰.

Cuando el Legislador ha optado por otorgar concesiones a entidades colaboradoras para el ejercicio de actividades de inspección y control, se entiende que la función de inspección sigue siendo de exclusiva titularidad estatal, motivo por el cual la Administración se reserva las potestades de supervigilancia, control y dirección sobre dichas entidades colaboradoras²¹.

En términos generales, la facultad de conceder una concesión es, en su mayoría, discrecional, dado que su otorgamiento está sujeto, generalmente, a consideraciones de oportunidad y conveniencia para el interés público.

En nuestro país, la técnica de la concesión para habilitar a entidades privadas en el ámbito de la fiscalización ha sido usada en el caso de las plantas de revisión técnica, sector que en la actualidad gestiona el control sobre el riesgo vehicular. Hoy, dicho sector es operado en su totalidad por concesionarios, dando lugar a un verdadero sistema control y certificación, sujeto a fuertes regulaciones que garantizan a los usuarios el acceso universal e igualitario al mismo.

Hasta el año 1985, la revisión técnica de vehículos estaba consagrada en la Ordenanza General de Tránsito²². En ese entonces, correspondía a los

²⁰ Jorge BERMÚDEZ, *Derecho Administrativo General*, p. 172.

²¹ En lo sucesivo, se sigue a Severiano FERNÁNDEZ, *La Actividad Administrativa de Inspección*, pp. 518-528.

²² DFL N° 3.068, Ministerio de Justicia, de 27 de octubre de 1964. Publicado en el *Diario Oficial* el 31 de octubre de ese mismo año.

municipios revisar el estado mecánico de la generalidad de los vehículos, mientras que la Subsecretaría de Transportes de la época debía realizarla respecto de los vehículos de locomoción colectiva y de carga. En ambos casos se contemplaba la opción de realizar esta revisión por establecimientos particulares, abiertos al público, con patente municipal para realizar este tipo de trabajos y que contaran con los medios y elementos necesarios para hacerlo. Estos establecimientos constituyen el primer antecedente de entidades privadas con competencias para inspeccionar y certificar las condiciones técnicas y de seguridad de los vehículos. La técnica utilizada, en este caso, era la autorización.

Con la entrada en vigencia de la Ley de Tránsito, en 1985, que derogó a la referida Ordenanza, se mantuvo el anterior régimen, explicitando que tanto el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones como ciertas municipalidades tendrían las facultades necesarias para autorizar el funcionamiento de los establecimientos particulares de revisión técnica de vehículos.

Posteriormente, la Ley N° 19.495, de 1997, introdujo importantes modificaciones a la Ley del Tránsito en esta materia, concentrando la facultad de otorgar concesiones a los establecimientos de revisión técnica sólo en el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, órgano que quedó facultado –de acuerdo al artículo 95 de la Ley de Tránsito– para licitar esta función de homologación de vehículos entre empresas que persiguieran fines de lucro, de acuerdo a las exigencias que se plantearan en las respectivas bases de licitación. De esta manera, se consagra a la licitación pública como sistema de elección de las empresas concesionarias que inspeccionan y certifican las condiciones de los vehículos motorizados en el país.

La Ley N° 18.696, de 1988, atribuyó al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones la posibilidad de fijar por regiones, provincias o comunas del país, los establecimientos que podrán realizar revisiones técnicas vehiculares, aludiendo que la concesión de las mismas se hará mediante un procedimiento de licitación pública. El uso de la concesión, en este sector de referencia, viene dado por dos consideraciones: primero, porque implica la utilización de bienes nacionales de uso público, de manera distribuida a lo largo de todo el país para garantizar su acceso a la población; segundo, porque resulta necesario utilizar el procedimiento de licitación pública para asegurar que los limitados puntos de inspección y control sean ocupados por entidades privadas que cumplan rigurosamente con los criterios técnicos y económicos que la Administración previamente define. Desde este momento en adelante, se habla de “plantas revisoras”, las que en la actualidad son reguladas por dicha ley, por el Título VII de la Ley del Tránsito y por el Decreto Supremo N° 156, de 16 de octubre

de 1990, publicado en el *Diario Oficial* el 29 de noviembre de 1990. En esta última normativa se contienen todos los requisitos para obtener la concesión, reglamentándose además el procedimiento de selección y el funcionamiento general de la concesión.

Cabe hacer presente que, en España, el caso de la ITV ha sido tratado como un ejemplo de colaboración privada que sólo se limita a realizar labores de mero control y no de actividades que impliquen el ejercicio de una potestad pública²³. En Chile, por el contrario, no se ha planteado una discusión semejante al respecto. Sin embargo, estas entidades son los únicos actores encargados de certificar el buen estado de los vehículos que transitan por las calles, no existiendo un órgano público que realice dichas funciones de manera concurrente. En la actualidad, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones se limita a fiscalizar el correcto desempeño de estas plantas de revisión técnica, pero no realiza labores materiales de inspección a privados.

B) LA CONTRATACIÓN COMO TÍTULO HABILITANTE

En segundo lugar, la contratación también ha sido utilizada por la Administración como una vía para habilitar a entidades privadas en el ejercicio de actividades de fiscalización. La mayor utilización de esta técnica durante las últimas décadas se inserta en el fenómeno largamente conocido como la huida del Derecho Administrativo²⁴.

Dentro de nuestro ordenamiento, entendemos por contrato administrativo el acuerdo de voluntades que existe entre un órgano de la Administración, que actúa dentro de sus competencias, y un particular u otro organismo público actuando como particular, que tiene por finalidad la satisfacción de ciertas necesidades públicas, generando entre ambas partes derechos y obligaciones²⁵.

La técnica de la contratación suele ser usada para proveer al Estado de ciertos bienes, que requiere para el desempeño diario de las actividades

²³ Así, se ha sostenido que “la mal llamada ‘inspección técnica de vehículos’ no constituye propiamente una actividad de inspección tal y como la hemos definido, sino simplemente una actividad de comprobación y control. Si el vehículo que ha sido objeto de control no supera los datos objetivos que se comprueban, simplemente no se emite el certificado de conformidad, pero eso no tiene más consecuencia jurídica externa. Hasta que el vehículo no sea detenido y sometido a una actividad propia de inspección por parte de los agentes de la autoridad, no puede decretarse, por ejemplo, la inmovilización del mismo”. Carlos PADRÓS REIG, *Actividad administrativa y entidades colaboradoras*, p. 23.

²⁴ Véase Eva DESDENTADO, *La Crisis de Identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, p. 87.

²⁵ Véase Jorge BERMÚDEZ, *Derecho Administrativo General*, p. 141.

administrativas. Sin embargo, también es usada para proveer de ciertos servicios, siendo este el contexto donde se aplica a la contratación de entidades técnicas que colaboren con la Administración en labores de inspección y control. A este respecto, nuestro ordenamiento contempla la colaboración de privados en el ámbito de la fiscalización sanitaria, donde resulta de vital importancia gestionar y controlar los innumerables focos de riesgos que inciden en la salud pública.

Este tipo de fiscalización, de radical importancia en el desarrollo de diversas actividades empresariales en nuestro país, constituye un ámbito en el cual confluyen las competencias de diversos órganos de la Administración del Estado. Ello se explica en virtud de la amplitud de intereses públicos que con este tipo de fiscalización se protegen, comprendiendo tanto la protección directa de la salud humana (ámbito sanitario propiamente tal) como la protección del ambiente en cuanto afecte a la salud de la población, abarcando el tratamiento de las aguas, el aire, el suelo, entre otros elementos y componentes ambientales (ámbito sanitario-ambiental). De esta manera, se da cumplimiento al mandato constitucional de asegurar el derecho a la protección de la salud, garantizando el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo²⁶.

De acuerdo al artículo 4°, N°s 3 y 4, del DFL N° 1, Ministerio de Salud, de 2005, corresponde al Ministerio de Salud velar por el debido cumplimiento de las normas de salud. Además, a dicho Ministerio le corresponde efectuar la vigilancia en el área de la salud pública y evaluar la situación de salud de la población. Así, el órgano fiscalizador en materia sanitaria es la SEREMI de Salud respectiva, la cual ejerce sus competencias de acuerdo a lo dispuesto en la ley orgánica que las rige y a las competencias que les otorga el Código Sanitario.

En este ámbito, la labor de inspección que realiza la SEREMI de Salud suele tener una gran presencia a nivel nacional²⁷. Sin embargo, la ley la habilita a encomendar estas labores a terceros debidamente certificados, cuando falten funcionarios públicos idóneos para realizarla, posibilidad que se encuentra consagrada en el artículo 4° N° 3, inciso tercero, del mencionado DFL. La norma aludida señala lo siguiente:

²⁶ Véase Brigitte LEAL, *La Potestad de Inspección de la Administración del Estado*, pp. 230 y ss.

²⁷ De hecho, se trata de un tipo de fiscalización fácilmente reconocible por los ciudadanos. Muchos de estos casos han terminado con la imposición de sanciones administrativas, además de adquirir una fuerte connotación pública. Así, por ejemplo, la fiscalización de locales de comida rápida ha sido tratada incluso por el Tribunal Constitucional, en la STC rol 2495, de 31 de julio de 2014.

“[I]a labor de inspección o verificación del cumplimiento de las normas podrá ser encomendada a terceros idóneos debidamente certificados conforme al reglamento, sólo en aquellas materias que éste señale y siempre que falte personal para desarrollar esas tareas y que razones fundadas ameriten el encargo. La contratación se regirá por lo dispuesto en la ley N° 19.886, debiendo cumplir la entidad, al menos, los siguientes requisitos: experiencia calificada en materias relacionadas, de a lo menos tres años; personal idóneo, e infraestructura suficiente para desempeñar las labores. En caso de que estas actividades puedan ser desarrolladas por universidades, las bases de la licitación deberán considerar esta condición con un mayor factor de ponderación”.

Como puede observarse, el Legislador establece los parámetros básicos en que la colaboración de los privados debe realizarse en el ámbito de la fiscalización sanitaria. En primer lugar, señala que ella sólo tiene lugar cuando falte personal y cuando existan razones fundadas que ameriten contar con dicha colaboración. Además, señala que dichos terceros deben ser idóneos y estar debidamente certificados conforme a las normas que contiene el reglamento que regula la materia. Finalmente, el Legislador optó por hacer aplicables a este respecto las prescripciones contenidas en Ley N° 19.886, Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Mediante su aplicación sería posible, entonces, lograr que se cumplan los dos requisitos necesarios para ser entidad colaboradora:

- a) poseer una experiencia cualificada en la materia;
- b) tener medios personales y materiales suficientes. Por último, señala que las universidades poseen una ponderación mayor en el proceso de licitación, probablemente por estimar la ley que ellas cumplen de mejor manera los dos requisitos recientemente señalados.

En este caso, y al contrario de lo que ocurre con las plantas de revisión técnica, la Administración realiza de manera protagónica las labores de inspección. Muchas de ellas terminan con el establecimiento de diversas medidas correctivas, tales como la clausura o la prohibición temporal de funcionamiento, o bien con el inicio e instrucción de sendos procedimientos sancionatorios. Los particulares, por tanto, tienen un rol secundario, el cual viene dado por la determinación previa que realiza la autoridad sanitaria de si se cuentan o no con los recursos necesarios para hacer frente al gran volumen de fiscalización que la protección efectiva de la salud pública demande en un momento determinado.

C) LA AUTORIZACIÓN COMO TÍTULO HABILITANTE

Finalmente, la autorización administrativa es otra de las técnicas que ha utilizado el Legislador para habilitar a ciertas entidades particulares a colaborar con la Administración en el ejercicio de las funciones fiscalizadoras. Es, por otro lado, la técnica más usada en el Derecho comparado para este mismo propósito²⁸.

De la misma manera, es una de las técnicas de intervención más utilizadas por la Administración para controlar el desarrollo de ciertas actividades privadas, motivo por el cual ha adquirido una importancia trascendental en materia económica y social. Ella permite el despliegue legítimo de innumerables actividades privadas, buscando hacer consonantes objetivos particulares con aquellos propios de la sociedad en su conjunto.

En cuanto a su definición, ella puede ser entendida como un acto administrativo de contenido favorable en el cual se constata la existencia de un derecho, mediante la comprobación de ciertos requisitos exigidos para realizar una actividad específica²⁹. Tanto la doctrina como la normativa que la trata se refieren a ella de diversas maneras, usando el término licencia, dispensa o permiso. Sin embargo, se trata de una misma técnica de intervención administrativa.

Para entender el funcionamiento de esta técnica, resulta ilustrativa la distinción que dos destacados administrativistas hicieron en torno a ella décadas atrás. De acuerdo a Mayer, a través de la autorización, la Administración levanta una prohibición relativa recaída sobre una actividad privada, concediendo al particular el derecho de ejercerla, pero conservando el control sobre la misma para proteger los intereses públicos. Casi paralelamente, y de manera opuesta a tal lógica, Ranelletti destacó en la autorización su capacidad para remover impedimentos en el ejercicio de un derecho preexistente. Ambas tesis han encauzado el estudio de la autorización administrativa y la forma en que ella opera en los diversos sectores en que es contemplada³⁰.

En general, el contenido de la autorización es variado. En este trabajo, se hará un análisis de las autorizaciones que se otorgan a entidades que

²⁸ A este respecto, la utilización de la autorización administrativa ha experimentado un aumento significativo en Europa y, en especial, en España, en virtud de la transposición de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativo a los servicios en el mercado interior, conocida en general como Directiva de Servicios. Este tema es tratado por Julio GONZÁLEZ, "Autorizaciones, Comunicaciones Previas y Declaraciones Responsables en la Transposición de la Directiva de Servicios", pp. 255-293.

²⁹ Véase Jorge BERMÚDEZ, *Derecho Administrativo General*, p. 177.

³⁰ Véase Juan Carlos LAGUNA DE PAZ, *La Autorización Administrativa*, p. 31.

colaboran con la Administración en las funciones de control e inspección, motivo por el cual nos referimos al caso de estas últimas. Para ilustrar este punto, usaremos como sector de referencia el ambiental, dada la profusa utilización que ha tenido esta técnica en el ámbito de las fiscalizaciones lideradas por la Superintendencia del Medio Ambiente y la reciente regulación que se ha establecido al respecto.

La Ley N° 20.417, Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, señala las atribuciones que tiene este órgano en materia de fiscalización. En especial, el artículo 3 letra c), se le habilita para contratar

“las labores de inspección, verificación, mediciones y análisis del cumplimiento de las normas, condiciones y medidas de las Resoluciones de Calificación Ambiental, Planes de Prevención y o de Descontaminación Ambiental, de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, cuando correspondan, y de los Planes de Manejo, cuando procedan, a terceros idóneos debidamente certificados”.

Así, respecto de ciertos instrumentos de gestión ambiental, y dentro del contexto de la nueva institucionalidad, la Administración puede contratar a entidades colaboradoras, debidamente certificadas en cuanto a su idoneidad técnica, para complementar las labores de fiscalización.

La referida disposición legal encarga a normas reglamentarias la determinación del procedimiento para la certificación (acreditación de la idoneidad técnica), autorización (habilitación jurídica para ejercer válidamente sus actividades) y control (supervigilancia del ejercicio de sus labores) de estas entidades y de sus inspectores. El Reglamento de Entidades Técnicas de Fiscalización Ambiental fue dictado por Decreto Supremo N° 38, Ministerio del Medio Ambiente, de 15 de octubre de 2013 y publicado en el *Diario Oficial* el 18 de marzo de 2014.

En tal reglamento se regulan los aspectos esenciales que cubren en desarrollo de esta actividad: la autorización entregada a tales entidades, los requisitos establecidos para ello, el control al cual quedan sujetas y la forma de proceder en el ejercicio de las labores de fiscalización y de certificación.

En primer lugar, los artículos 3° y 4° del reglamento definen quiénes pueden ser entidades técnicas fiscalizadoras: personas jurídicas de derecho privado o bien personas naturales, llamadas inspectores ambientales, que cumplan con los requisitos que allí se establecen. Para el primer caso, se requiere, entre otros aspectos, tener personal idóneo, disponer de infraestructura y equipamiento suficiente para asegurar el desarrollo de estas labores y no estar afecto a conflictos de intereses con las actividades fiscalizadas. Por otro lado, para el caso de las personas naturales, se requiere contar con los conocimientos y experiencia calificada de al menos tres

años en la materia, poseer un perfil idóneo y, de nuevo, no estar afecto a conflictos de intereses de acuerdo a la forma en que ello es tratado en el mismo reglamento.

En segundo lugar, el artículo 5° regula el procedimiento para obtener la autorización, el cual se inicia por una solicitud de la parte interesada, debiendo acreditar esta última ante la autoridad el cumplimiento de todos los requisitos que exige el reglamento para ser entidad técnica o inspector ambiental. Para ello se contemplan planes de auditoría y exámenes de conocimiento, respectivamente. Al comprobarse los requisitos por la unidad encargada, el Superintendente dicta una resolución fundada, autorizando a la entidad o inspector a realizar las labores de fiscalización. Esta autorización dura dos años, contemplando la posibilidad de ser renovada. Además, el reglamento contempla expresas y taxativas causales de caducidad y revocación de las autorizaciones. Finalmente, de acuerdo al artículo 14, las entidades autorizadas se deben incluir en un registro, disponible para consulta pública.

En tercer lugar, las entidades privadas fiscalizadoras están sujetas a un permanente control por parte de la Administración. De acuerdo al artículo 15, deben cumplir con una serie de deberes de información hacia la Superintendencia, mantener confidencialidad de sus actividades, actuar con la debida imparcialidad y cumplir con toda otra determinación que dicho órgano establezca. Luego, el artículo 17 señala que dichas entidades estarán bajo la fiscalización permanente de la Superintendencia, como una manera de velar por el cumplimiento de los requisitos, exigencias y obligaciones que en la ley y en dicho reglamento se establecen.

En cuarto lugar, el artículo 21 regula las actividades del procedimiento de fiscalización que pueden realizar estas entidades. A este respecto, las entidades colaboradoras pueden actuar en tres casos: cuando la Superintendencia especialmente lo requiera; cuando un sujeto fiscalizado requiera realizar mediciones o análisis para cumplir con la normativa aplicable a su actividad; y cuando sea necesario enviar alguno de los reportes periódicos que el sujeto fiscalizado debe remitir a la Superintendencia.

Finalmente, el reglamento regula la forma y oportunidad en que las entidades privadas fiscalizadores emiten certificados de conformidad a los sujetos fiscalizados. El artículo 22, a este respecto, establece que se deberán indicar en él las normas, condiciones y medidas del instrumento de carácter ambiental que fue objeto de fiscalización, señalando además los resultados de dicha actividad.

En el ámbito de la fiscalización ambiental, es importante destacar que la labor de las entidades colaboradoras tiene carácter subsidiario, toda vez que el artículo 24 señala que la Superintendencia deberá acudir a las mis-

mas solamente cuando los programas o subprogramas de fiscalización no puedan ser cumplidos de manera suficiente por los organismos sectoriales.

Ahora bien, luego de haber dado revisión a este modelo de autorización administrativa, corresponde plantear la pregunta en torno a sus ventajas y desventajas, sobre todo en contraste con la técnica concesional. Una de las grandes ventajas del sistema autorizatorio es el mayor énfasis existente en los deberes de información tanto hacia el órgano administrativo con el cual se relacionan, como hacia los sujetos fiscalizados. Ello se refleja, por ejemplo, en el sistema de registro como medio de publicidad de la existencia de estas entidades. Por otra parte, uno de los más frecuentes inconvenientes es que al ser generalmente mayor el número de entidades colaboradoras autorizadas en comparación con aquellas habilitadas en virtud de una concesión –naturalmente más restringida en su uso– se difuminan en mayor medida los estándares de control, aumentando el riesgo de captura de las entidades autorizadas con el sujeto fiscalizado³¹.

Más allá de las ventajas y desventajas de cada técnica mencionada, ambas son lo suficientemente moldeables para ser utilizadas en los diversos sectores donde deben llevarse a cabo actividades de inspección y control de riesgos. En ambas, la Administración se preocupa de la solvencia técnica, financiera e imparcialidad de la entidad colaboradora. Además, en ambas se trata de una relación de tracto sucesivo entre la entidad particular y la Administración, motivo por el cual pueden determinarse detalladamente cuáles son las condiciones para el ejercicio de las labores de inspección por parte de los particulares, siendo una relación de sujeción especial³².

4. *Balances finales*

La actividad de fiscalización, tradicionalmente, ha sido catalogada como una actividad intrínsecamente estatal. Sin embargo, con el paso de los años, ha debido abrirse a nuevas realidades. La complejidad de la sociedad moder-

³¹ El riesgo de captura de las entidades colaboradoras pondría en tela de juicio de imparcialidad técnicas que estas debieran tener. Por ello, en su regulación debieran contemplarse fuertes mecanismos de prevención o resolución de eventuales conflictos de intereses. La doctrina, por su parte, ha señalado que la necesidad de garantizar la objetividad de estas entidades es doble: por un lado, se debe evitar un juicio tendencioso realizado por una entidad que esté vinculada con el sujeto fiscalizado y, por el otro, se debe evitar de igual manera un trato injusto entre entidades colaboradoras que realizan sus actividad en un contexto de competitividad. Véase Severiano FERNÁNDEZ, *La Actividad Administrativa de Inspección*, p. 544.

³² *Op. cit.*, p 537.

na, el desarrollo constante de la tecnología y el aumento de los riesgos han provocado que el escenario frente al cual se despliega la Administración sea cada vez más técnico, sofisticado y difícil de abordar. Frente a ello, la colaboración de los privados en materia de control e inspección de los riesgos se ha instalado como una opción válida para ejercer efectivamente una de las potestades más importantes que ostenta la Administración en la actualidad.

Los tres casos analizados en este trabajo dan cuenta de las innumerables variables que contempla la regulación de estas entidades. Desde el concreto título habilitante que inicialmente requieren para tener participación válida en los procesos de fiscalización, hasta la forma en que deben desarrollarse sus relaciones con los sujetos fiscalizados, toda la regulación se ha establecido desde nuestras tradicionales prácticas administrativas, puesto que si bien se trata de un fenómeno más o menos incipiente, el Legislador ha utilizado los instrumentos clásicos de habilitación a privados para darles participación en estas actividades³³.

En nuestro ordenamiento, pareciera no haber resistencia por parte del Legislador a la colaboración privada en ciertas actividades de inspección y control de riesgos. Desde luego, porque no existen cláusulas generales que así lo prohíban. Además, porque como se desprende de todos los casos analizados, la Administración siempre conserva facultades para ejercer la supervigilancia sobre la labor que realizan las entidades colaboradoras. En el caso de las concesiones y de las autorizaciones, esta supervisión viene dada por la especial relación de sujeción que se crea con la Administración. Por otro lado, en el caso de la contratación, ella se establece en las normas legales y cláusulas contractuales que confieren determinadas potestades exorbitantes a la Administración para velar por el cumplimiento de los objetos propuestos para dicha actividad. Además, aun cuando existan casos en que los actores preponderantes o bien exclusivos en el control e inspección de riesgos sean agentes privados, la Administración puede, en virtud de su potestad general de inspección, realizar un control directo de las actividades privadas sujetas a fiscalización, si es que las circunstancias del caso así lo requirieran, siendo ello la manifestación más explícita de que la colaboración de privados se da con respecto a una actividad que sigue siendo de titularidad esencialmente estatal.

33 En el Derecho Comunitario Europeo, en virtud de los cambios que introdujo la Directiva de Servicios, de 2006, se ha tornado necesario crear y/o fortalecer nuevos títulos habilitantes para el ejercicio de actividades privadas, dentro de las que incluimos a las entidades colaboradoras. Han tenido especial protagonismo, en España, la comunicación previa y la declaración responsable. Véase Mariola RODRÍGUEZ FONT, “*Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local*”, pp. 261-300.

Bibliografía

- BERMÚDEZ, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Santiago, LegalPublishing, 2010.
- CANALS, Dolors, *El Ejercicio por Particulares de Funciones de Autoridad (control, inspección y certificación)*, Granada, Comares, 2003.
- CANALS, Dolors, El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración, en A. GALÁN GALÁN (coord.), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Barcelona, Huygens, 2010, pp. 21-52.
- DARNACULLETA, Mercé, La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía, en MUÑOZ, Santiago; ESTEVE, José (coord.), *Derecho de la Regulación Económica*, Tomo I, Madrid, Iustel, 2009, pp. 631-667.
- DESDENTADO, Eva, *La Crisis de Identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Madrid, Tirant lo Blanch, 1999.
- FERNÁNDEZ, Severiano, *La Actividad Administrativa de Inspección*, Granada, Comares, 2002.
- GARCÍA, Agustín, *La Potestad Inspectoral de la Administración del Estado*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- GONZÁLEZ, Julio, “Autorizaciones, Comunicaciones Previas y Declaraciones Responsables en la Transposición de la Directiva de Servicios”, en *Revista de Estudios Autonómicos*, N° 11, Madrid, 2010, pp. 255-293.
- LAGUNA DE PAZ, Juan Carlos, *La Autorización Administrativa*, Madrid, Civitas, 2006.
- LEAL, Brigitte, *La potestad de Inspección de la Administración del Estado*, Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 56, 2015.
- PADRÓS REIG, Carlos, *Actividad administrativa y entidades colaboradoras*, Madrid, Tecnos, 2001.
- RIVERO, Ricardo, *El Estado Vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Madrid, Tecnos, 1999.
- RODRÍGUEZ FONT, Mariola, “Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local”, en *Anuario del Gobierno Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Instituto de Derecho Público, Madrid, 2009, pp. 261-300.

Estudios sobre derechos fundamentales

PROYECTO DE LEY QUE REGULA
LA DESPENALIZACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN
VOLUNTARIA DEL EMBARAZO
EN TRES CAUSALES.
ANÁLISIS CRÍTICO

DRAFT LAW THAT REGULATES
THE DECRIMINALIZATION OF THE VOLUNTARY
INTERRUPTION OF PREGNANCY
IN THREE GROUNDS.
CRITICAL ANALYSIS

*Ruggero Cozzi Elzo**
*Cristóbal Aguilera Medina***

Resumen

Los autores abordan cuatro aspectos vinculados al proyecto de ley. En primer lugar, contextualizan la discusión mostrando la realidad social (por qué abortan las mujeres en Chile), la realidad sanitaria (cómo abortan y con qué consecuencias) y la realidad criminal del aborto (quiénes son condenados y privados de libertad). En segundo lugar, se realiza un breve análisis de las tres causales que el proyecto propone despenalizar, resaltando las contradicciones más evidentes que se levantan. En tercer lugar, se hace un sumario de lo que dispone el derecho internacional y regional de los derechos humanos en esta materia. Finalmente, los autores comentan la impunidad criminal que eventualmente generará el proyecto en análisis, el cual despenalizará *de facto* el aborto a libre demanda.

Palabras clave: aborto, despenalización del aborto, realidad social del aborto, realidad penal del aborto, realidad sanitaria del aborto, interrupción voluntaria del embarazo, derecho al aborto.

* Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Director Ejecutivo de Comunidad y Justicia. Artículo recibido el 6 de noviembre de 2015 y aceptado para su publicación el 2 de marzo del 2016. Correo electrónico: rcozzi@comunidadyjusticia.cl.

** Licenciado en Derecho de la Universidad de Los Andes. Coordinador Legislativo de Comunidad y Justicia.

Summary

The authors examine four aspects of the legislative proposal being discussed by the Chilean Congress. First, they contextualize the debate by showing the facts of the social reality in which it is being held (empirical data on why Chilean women undergo abortions), the sanitary conditions that currently exist (how the procedure is performed under prohibition conditions and its consequences on women's health) and the data on criminalization (statistics of actual convictions and effective penalties). Second, the authors undertake a brief analysis of the three causes for abortion that the proposal seeks to legalize, highlighting the most evident contradictions arising thereof. Third, the authors summarize the controlling rules of international human rights law applicable to the matter. Finally, the authors highlight the criminal impunity that will arise as a consequence of the enactment of the proposal, which will lead to a *de facto* legalization of all forms of abortion.

Keywords: abortion, legalization of abortion, social reality of abortion, criminal reality of abortion, sanitation reality of abortion, voluntary interruption of pregnancy, right to abortion.

I. Realidad del aborto en Chile

1) REALIDAD SOCIAL:

COERCIÓN A ABORTAR Y VIOLENCIA CONTRA LA MUJER.

Existe consenso a nivel internacional que el aborto debe ser prevenido¹. Sin embargo, poco se sabe sobre las causas sociales del aborto y cómo prevenirlo efectivamente. Antes de abordar el fondo del asunto cabe preguntarse por qué abortan las chilenas y si el proyecto en comento ofrece alguna solución al respecto.

Una reciente investigación del Instituto Melisa arroja ciertas luces al respecto². El estudio analizó el caso de 3.134 mujeres con embarazos no planificados. Ellas fueron divididas en dos grupos con diferentes patrones de riesgo y vulnerabilidad:

- i) las que manifestaban explícitamente su decisión de terminar con el embarazo (n = 486 en grupo de *alto riesgo*); y

¹ La Presidente Michelle Bachelet ha declarado que: "cada aborto en el país, es una señal que como sociedad estamos llegando tarde, porque la prevención no tuvo los resultados esperados" (Mensaje Presidencial 21 mayo 2014).

² Elard KOCH, "Impact of Reproductive Laws on Maternal Mortality: Recent Scientific Evidence from Natural Experiments On Different Populations. Lecture at the Life & Family event in the United Nations", 80 (2), pp. 151-60.

- ii) las que no manifestaban verbalmente su intención (n = 2.648 en grupo de *riesgo leve a moderado*).

El estudio distinguió diferentes factores de vulnerabilidad del embarazo en ambos grupos de riesgo, los que podrían incidir en la decisión de abortar. Las situaciones de vulnerabilidad raíz o causal del aborto en Chile pueden clasificarse en:

- i) *factores psicosociales*, como abandono de la pareja, coerción, violencia, expectativas de vida, expulsión del hogar, entre otros; y
- ii) *factores de vulnerabilidad propios del embarazo*, como el riesgo vital de la madre o malformaciones congénitas letales del feto, entre otros. En la siguiente tabla se exponen los principales factores según el grupo de riesgo³:

| Grupo de mujeres con alto riesgo de aborto (n=486) | Grupo de mujeres con riesgo leve a moderado (n=2648) |
|---|--|
| 44,4% Fue coerción para abortar por parte de los padres (uno o ambos) o la pareja con o sin la presencia de violencia doméstica. | 36,9% Necesidad de apoyo psicológico o emocional |
| 22,8% Por factores asociados a expectativas de vida incluyendo continuar estudios, proyecto de vida, situación socioeconómica y temor a ser madre soltera | 20,1% Situación de abandono con pérdida de hogar (ya sea por abandono o expulsión) |
| 20,4% Ocultar embarazo por temor a la reacción de la pareja o de los padres | 12,9% Ocultar embarazo por temor a la reacción de la pareja o de los padres |
| 2,1% Por abuso sexual (violación, incesto y abuso sexual reiterado) | 9,1% Posibilidad de dar en adopción |
| 1,9% Por abandono de la pareja | 7,9% Por abandono de la pareja |
| Total: 91,6% de los casos | 3,7% Por coerción o violencia doméstica |
| | 1,8% Por abuso sexual |
| | Total: 92,4% de los casos |

Revisados los factores causantes del aborto en Chile, sorprende negativamente que más de un 65% de las mujeres con *alto riesgo* de aborto sufre coerción para abortar: ya sea directamente, si proviene de la pareja o padres (44,4%); o indirectamente, si la coerción es fruto del temor a la reacción de su pareja o padres (20,4%), o del abandono de la pareja y familia (1,9%)⁴.

La coerción, en estos casos, significa que existe presión ejercida sobre la embarazada para forzar su voluntad o su conducta con la finalidad de

³ COMUNIDAD Y JUSTICIA - CORPORACIÓN IDEA PAÍS, “Embarazo Vulnerable, Realidad y Propuestas”, 2014. Disponible en www.comunidadjusticia.cl/documentos [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015].

⁴ FUNDACIÓN CHILE UNIDO, “Argumentos desde la experiencia. Fundación Chile Unido frente a la despenalización del aborto en Chile”, 2015. Disponible en www.chileunido.cl [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015].

que ella aborte. En lenguaje de derechos humanos ello califica como una forma de violencia contra la mujer. Aunque se trata de un instrumento no vinculante, Naciones Unidas ofrece una definición de violencia contra la mujer entendiéndose como

“todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en la vida pública como en la vida privada”⁵.

Según un informe del Secretario General de Naciones Unidas,

“[I]a forma más común de violencia experimentada por las mujeres en todo el mundo es la violencia dentro de la pareja (...) La violencia dentro de la pareja comprende toda una gama de actos sexual, psicológica y físicamente coercitivos practicados contra mujeres adultas y adolescentes por una pareja actual o anterior, sin el consentimiento de la mujer”⁶.

Es claro, entonces, que la coerción a abortar –especialmente si proviene de la pareja– constituye un acto de violencia contra la mujer que la coloca en riesgo de sufrir graves secuelas psicológicas y físicas asociadas al aborto inducido (como se explica más adelante)⁷. El proyecto de ley no colabora en superar esta cruda realidad.

2) REALIDAD SANITARIA:

MAL USO DE MEDICAMENTOS PARA FINES ABORTIVOS Y CON GRAVE RIESGO PARA LA SALUD DE LAS EMBARAZADAS.

La segunda pregunta que corresponde responder para abordar seriamente la realidad del aborto es cómo abortan las chilenas. Aunque no se conocen cifras oficiales –atendida la clandestinidad de la conducta– es bastante aceptado que la mayoría de los abortos se realizan a través del mal uso de un fármaco denominado misoprostol o misotrol.

⁵ NACIONES UNIDAS, “Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer”, Resolución 48/104 de la Asamblea General, 20 diciembre 1993.

⁶ SECRETARÍA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, “Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer” presentado a la Asamblea General de Naciones Unidas, 6 de julio de 2006, párrafos 112 y ss. Disponible en www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/61/122/Add.1 [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015].

⁷ El carácter delictual de la coerción a abortar se confirma en la Ley 20.357 que llega a calificar como crimen de lesa humanidad la conducta que “constrinere mediante violencia o amenaza a una mujer a practicarse un aborto o permitir que le sea practicado”, si se reúnen los requisitos del artículo 1° de la misma ley.

Una primera razón para afirmar que aquel medicamento es la vía más utilizada para abortar en Chile es que el fármaco se puede adquirir en el mercado negro por bajo precio –desde \$40.000 las cuatro pastillas–, siendo accesible a cualquier grupo económico en comparación con el aborto quirúrgico, cuyo monto puede llegar hasta \$2.000.000 dependiendo de quién y dónde se realice⁸.

En segundo lugar, que el misoprostol sea la forma más frecuente para abortar ha sido reconocido por nuestras autoridades sanitarias. El misoprostol es un medicamento utilizado para la prevención y tratamiento de las úlceras gástricas; en Chile, ese es el único uso sanitario autorizado del medicamento⁹, aunque también está clínicamente aceptado su uso para inducir partos con supervisión médica. El año 2000 el ISP emitió una resolución sanitaria que declara que

“existen antecedentes de mal uso y un riesgo considerable de muerte fetal y maternal al usar el misoprostol en indicaciones no autorizadas”;

considerando lo anterior, el ISP sólo permite la venta al público de misoprostol bajo receta médica retenida, y además, dispone que en los envases o rotulados del medicamento deberá utilizarse siempre la siguiente advertencia:

“Se han reportado efectos adversos serios, que incluyen perforación del útero, hiperestimulación uterina, hemorragia vaginal severa, muerte maternal y/o fetal al usar este producto como inductor del parto o abortivo (Med Watch, FDA, agosto 2000)”¹⁰.

Un tercer elemento que permite afirmar que el mal uso de misoprostol es la manera más frecuente de abortar en Chile, son los hechos consignados en las sentencias condenatorias por el delito de aborto consentido que se han dictado desde la implementación de la Reforma Procesal Penal¹¹. De los 18 casos de aborto consentido que llegaron a sentencia definitiva entre el 2003 y 2014 en la Región Metropolitana,

⁸ A modo de ejemplo, en la sentencia N°3902-2007, un médico fue condenado por efectuar abortos quirúrgicos en su clínica privada cobrando entre \$1.500.000 y \$2.000.000 por intervención.

⁹ INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA, Registro N° F-9507/11, de 29 septiembre 1994, vigente hasta 2016. El registro señala como indicación que se trata de un medicamento inhibidor de la secreción ácida gástrica; como contraindicación, el registro señala claramente: “No administrar a mujeres embarazadas o en edad fértil”.

¹⁰ INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA, Resolución N° 10.216, de 26 de diciembre de 2000.

¹¹ Ver *ad infra*, n. 15.

se registraron 11 casos donde las madres abortaron con el medicamento misoprostol (61%). De aquel segmento, en 6 ocasiones (55%) se constató que las mujeres sufrieron graves complicaciones a su salud, debiendo ser llevadas de urgencia a un hospital¹². En el resto del país, de un total de 45 sentencias de aborto consentido, se encontraron 23 casos de aborto realizados con misoprostol. De éstos, 17 casos (74%) culminaron con serias complicaciones médicas por el mal uso del medicamento¹³. En suma, de los casos de aborto consentido judicializados el 53,9 % fueron realizados con mal uso de misoprostol.

Es sabido que el aborto inducido provoca graves secuelas psicológicas para la mujer¹⁴, y que desde el punto de vista de su salud física el aborto

¹² Las sentencias son: 3° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 7039-2011; 3° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 3689-2006; 9° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 14220-2007; 10° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 2589-2009; 14° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 6447-2011; 15° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 2317-2009. Entre las complicaciones destacan: fuertes dolores abdominales, hemorragia aguda, entre otros.

¹³ Las sentencias son: JUZGADO DE GARANTÍA DE ANTOFAGASTA, sentencia N° 5824-2012; JUZGADO DE GARANTÍA DE ANTOFAGASTA, sentencia N° 11410-2011; JUZGADO DE GARANTÍA DE VALPARAÍSO, sentencia N° 7831-2011; JUZGADO DE GARANTÍA DE RANCAGUA, sentencia N° 13.021-2012; JUZGADO DE GARANTÍA DE VILLARRICA, sentencia N° 588-2011; JUZGADO DE GARANTÍA DE VICTORIA, sentencia N° 1009-2011; JUZGADO DE GARANTÍA DE RIO NEGRO, sentencia N° 1108-2011; TRIBUNAL ORAL PENAL DE OSORNO, sentencia N° 58-2009; JUZGADO DE GARANTÍA DE PUNTA ARENAS, sentencia N° 20-2010; JUZGADO DE GARANTÍA DE ARICA, sentencia N° 5427-2013; JUZGADO DE GARANTÍA DE TOCOPILLA, sentencia N° 189-2009; JUZGADO DE GARANTÍA DE CALAMA, sentencia N° 4293-2012; JUZGADO DE GARANTÍA DE ANTOFAGASTA, sentencia N° 3841-2012; JUZGADO DE GARANTÍA DE DIEGO DE ALMAGRO, sentencia N° 586-2013; TRIBUNAL ORAL PENAL DE OVALLE, sentencia N° 86-2011; JUZGADO DE GARANTÍA DE QUILLOTA, sentencia N° 500-2009; JUZGADO DE GARANTÍA DE SAN VICENTE DE TAGUA-TAGUA, sentencia N° 1560-2010. Las principales complicaciones descritas son: hemorragia aguda, infección por restos placentarios en el útero, metrorragia, fuertes dolores abdominales, entre otros.

¹⁴ En un estudio realizado en 2008 por la American Psychological Association, se demostró que el aborto inducido predispone a las mujeres a un trastorno de estrés post traumático ("Post Traumatic Stress Disorder") y de Trastorno de estrés agudo ("Acute Stress Disorder"). AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, "Abortion and Mental Health: evaluating the evidence" (2009). www.apa.org/pubs/journals/features/amp-64-9-863.pdf [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015]. La doctora Priscila Coleman (que analiza 22 estudios y un total de 877.181 pacientes) concluye que el 81% de las mujeres que abortaron tienen mayor riesgo de sufrir problemas de salud mental, como de tener conductas suicidas, depresión o ansiedad. Priscila COLEMAN, "Abortion and mental health: quantitative synthesis and analysis of research published 1995-2009", in *The British Journal of Psychiatry*, 2011, 199 (3), pp. 180-186. Otro estudio realizado el año 2005 en Estados Unidos y Finlandia indica que el aborto incrementa el riesgo de suicidio en 2 a 3 veces después de un año de haberse practicado el aborto. GISSLER M., (2005) *et al.*, "Injury deaths, suicides and homicides associated with pregnancy, Finland 1987-2000", in European

inducido podría contribuir como factor de riesgo de embarazo subsecuente prematuro¹⁵, la prevalencia a padecer problemas de placenta previa, aumento de aborto espontáneo y rotura prematura de membrana¹⁶. El proyecto de ley en discusión tampoco aborda esta realidad ni propone una política sanitaria y criminal efectiva frente a la promoción del mal uso de misoprostol.

3) REALIDAD PENAL:

CIFRAS DE CRIMINALIZACIÓN DEL ABORTO (2003-2014)

El Estado de Chile se encuentra obligado constitucional e internacionalmente a proteger la vida del que está por nacer. Como consecuencia de dicha protección, el Código Penal chileno sanciona tanto a la *mujer* que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause (art. 344), como al *tercero* (art. 342 N° 3) o al *facultativo* (art. 345) que maliciosamente causen un aborto, sea éste hombre o mujer.

Aunque suele decirse que el aborto es un delito que criminaliza a la mujer, hasta ahora no hemos encontrado estudios criminológicos sobre el delito de aborto en Chile. Por lo mismo, y a pesar de sus limitaciones, la presente investigación aparece como inédita en el rubro. Para saber quiénes son condenados por el delito de aborto, cuántas mujeres y qué pena se les aplica, se solicitó al Poder Judicial por vía de transparencia el registro de las sentencias absolutorias y condenatorias dictadas en la Región Metropolitana y en Regiones desde la implementación de la Reforma Procesal Penal hasta la fecha (2003-2014). De las 150 sentencias informadas por el Poder Judicial, se pudo revisar materialmente el contenido de un total de 70 sentencias condenatorias y 2 absolutorias. El resto son sentencias mal ingresadas al sistema y otras que no pudimos acceder a su contenido¹⁷.

journal of Public Health, 2005, www.eurpub.oxfordjournals.org/content/15/5/459#. [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015].

¹⁵ V. WHITEMAN *et al.* (2014), "Preterm birth in th first pregnancy and risk of neonatal death in the second pregnancy: A propensitty core-weigthed matching approach", *J Obstet-Gynaecol*, 24, pp. 1-7.

¹⁶ M. MAKHLOUF *et al.* (2013), "Adverse Pregnancy Outcomes among Women with Prior Spontaneous or Induced Abortions". *Am J. Perinatol.* 2013 Dec 17. www.europepmc.org/rcticles/pmc4061262 [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015].

¹⁷ Poder Judicial, Respuesta a Solicitud de Transparencia N° NR001T0000050, de fecha 14 de agosto 2014. De la base de datos recibida, se procedió a conseguir cada una de las sentencias disponibles por el delito de aborto consentido (art. 342 y 344 CP), y aborto cometido por facultativo (art. 345 CP). En el análisis se descartaron: (i) las sentencias no disponibles públicamente por deficiencias de transparencia del Poder Judicial; y (ii) las sentencias mal ingresadas al sistema (por delitos distintos del registrado) por errores del Poder Judicial.

Las cifras arrojadas en nuestra investigación son bastante decidoras. En primer lugar, la tasa de denuncias y formalización contra mujeres es bastante baja¹⁸. En segundo lugar, de los casos que llegan a sentencia definitiva, lo cierto es que a las mujeres condenadas por delito de aborto no se les aplica una pena efectiva (96,4%)¹⁹. Esto ocurre por dos razones:

- a) existencia frecuente de dos atenuantes de responsabilidad penal –irreprochable conducta anterior y colaboración con la investigación–; y
- b) la Ley 18.216 permite al juez aplicar la *remisión condicional de la pena*, suspendiendo su cumplimiento bajo ciertas condiciones.

La aplicación de la ley que hacen los jueces criminales es razonable en el sentido de que sólo se ha aplicado una pena privativa de libertad a mujeres en circunstancias muy excepcionales donde el crimen cometido contra la vida del no nacido no está envuelto de circunstancias atenuantes. Con todo, esta decisión queda en manos del juez, quien resolverá según los hechos del caso concreto. Según Gendarmería de Chile, a octubre de 2014 ninguna mujer se encuentra recluida por el delito de aborto. El único privado de libertad por este delito es un facultativo de sexo masculino que fue condenado por abusar de su oficio en Punta Arenas²⁰.

En cualquier caso, y lo que es más relevante para efectos del análisis del proyecto de ley en comento, revisados los hechos descritos en las sentencias de aborto consentido y de aborto cometido por facultativo, no existieron ca-

¹⁸ Por ejemplo, el año 2011 se formalizó a 40 mujeres en circunstancias que, según el MINISTERIO DE SALUD, el total de abortos hospitalarios en 2011 fue 30.860, cifra que incluye los abortos espontáneos como inducidos, sin que sea posible distinguir unos de otros. Ver INDH, *op. cit.*, 2014, p. 204 y ss. Una explicación al bajo número de formalizaciones sería la facultad del Fiscal de solicitar al juez la suspensión condicional del procedimiento (art. 237 y ss CPP) cuando existe un acuerdo con la mujer imputada por el delito de aborto. Es sabido que existen protocolos entre organizaciones de apoyo a la mujer con secuelas post-aborto y algunas fiscalías del país que inhiben la persecución penal.

¹⁹ De la información pública disponible, entre 2003 al 2014, en total son 76 personas condenadas por delito de aborto consentido (art. 342 N° 3 y 344 CP), de las cuales, 21 corresponden a hombres y 55 a mujeres. De las 55 mujeres condenadas, a 53 de ellas (96,4%) se les eximió de cumplir pena efectiva por *remisión condicional de la pena*. En 11 años, tan solo 2 mujeres fueron condenadas sin ningún beneficio: la primera, por concurrir una circunstancia agravante al practicarle un aborto a otra mujer cobrando dinero (JUZGADO DE GARANTÍA DE RANCAGUA, sentencia N°10.371-2010); la segunda, fue condenada a 61 días de pena efectiva (14° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N°6447-2011).

²⁰ GENDARMERÍA, Ord. N° 14.20.11.358/14, de 14 octubre 2014, en respuesta a solicitud de transparencia N° AK006W-0001961. En el mismo sentido, ver: La Tercera, Nacional, “Seis personas condenadas por aborto en Chile cumplen penas en la cárcel. Según Gendarmería, un enfermero está en prisión en Magallanes solo por este delito. Los otros cinco tienen más ilícitos asociados”, de 3 de enero de 2015.

sos judicializados en que el aborto haya sido causado por riesgo de la vida de la madre, inviabilidad fetal o por ser el embarazo producto de una violación.

II. Causales de despenalización que regula el proyecto

1) ABORTO POR PELIGRO PARA LA VIDA DE LA MUJER EMBARAZADA: UNA DISCUSIÓN ARTIFICIAL

En Chile no están prohibidos ni penalizados los tratamientos terapéuticos para salvar la vida de la madre. La legislación chilena permite a los médicos intervenir cuando existe riesgo para la vida de la madre embarazada aunque ello tenga como consecuencia indirecta la muerte del feto. De esa forma, corresponde aclarar que Chile forma parte del grupo de 66 países en el mundo que prohíben, en general, el aborto, pero que permiten la intervención médica para salvar la vida de la madre²¹.

El art. 119 del Código Sanitario solamente prohíbe las acciones *cuyo fin sea provocar un aborto*, pero no prohíbe los tratamientos médicos dirigidos a salvar la vida de la madre, aunque ello provoque la muerte indirecta y no querida del feto. El Código de Ética del Colegio Médico de Chile también lo permite (arts. 8 y 9). Es decir, frente a casos de riesgo para la vida de la madre embarazada, cualquier establecimiento de salud, público o privado, revisará con su comité ético si procede o no aplicar un tratamiento terapéutico^{22 23}.

La legislación chilena no sanciona penalmente al médico que interviene para salvar la vida de la madre embarazada si, como consecuencia indirecta y no querida, se produce la muerte fetal. El Código Penal sanciona

²¹ INDH, "Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe Anual 2014", p. 192. Disponible en www.indh.cl/wp-content/uploads/2014/12/indh-2014-final.pdf [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015].

²² Ejemplos de casos en que se permite la terapia con resultado de muerte fetal: en caso de que una mola hidatídica tenga un feto vivo, y ponga en peligro inminente con su crecimiento la vida de la madre, se puede extirpar la mola; en caso de desprendimiento de placenta, si hay peligro inminente para la vida de la madre por una hemorragia, se puede tratar de detener ésta por taponamiento o terapéutica médica, aun cuando ello pueda provocar la muerte del feto; en caso de embarazo tubario —cuando el embrión se anida fuera del útero, como en una de las trompas de Falopio o en el ovario—, con grave peligro la vida de la madre, la hemorragia puede detenerse con la salpingectomía o amputación de la trompa, con el embrión adentro; entre otros.

²³ El presidente de la instancia asesora en materias éticas del Colegio Médico de Chile, el doctor Julio Montt, confirmaba en su momento que "en Chile desde hace muchos años los médicos realizan abortos terapéuticos cuando está en peligro la vida de la madre, lo que nunca ha sido sancionado ni tampoco ha generado demandas. Esto está dentro de la tarea del facultativo". Diario *La Segunda*, 26 de mayo del 2014.

el aborto, solamente, cuando quien realiza la acción lo hace “maliciosamente” (art. 342). Por tanto, para que un aborto sea penado se requiere dolo directo del autor. En el caso del facultativo o médico, la ley penal chilena también exige dolo directo (art. 345)²⁴.

Las cifras del Poder Judicial sobre sentencias de abortos cometidos por facultativos (2003-2014) confirman lo anterior. En la Región Metropolitana se han dictado solamente 4 sentencias definitivas en relación al delito de aborto cometido por facultativo, todas ellas condenatorias; sin embargo, en ningún caso las mujeres sometidas a los procedimientos abortivos estaban en peligro de muerte. Los facultativos imputados fueron condenados por cometer *maliciosamente* el delito de aborto, abusando de su oficio médico²⁵. En el resto del país sucede lo mismo: ninguna de las 5 sentencias condenatorias contra facultativos por el delito de aborto, se refieren a situaciones de riesgo vital maternal²⁶. En consecuencia, la intención de despenalizar el aborto terapéutico es inoficiosa: no se puede despenalizar lo que, en rigor, no está penalizado. La inclusión de esta causal en el proyecto de ley en análisis parece artificiosa e invita a la desconfianza sobre los verdaderos fines de la modificación legal propuesta.

2) ABORTO CUANDO EL EMBRIÓN O FETO PADEZCA
UNA ALTERACIÓN ESTRUCTURAL CONGÉNITA
O GENÉTICA INCOMPATIBLE CON LA VIDA EXTRAUTERINA:
UNA DISCRIMINACIÓN CONTRA LOS DISCAPACITADOS.

Esta causal puede examinarse según cuán certero se estime el diagnóstico médico, pues, la verdad es que no existe un diagnóstico médico absolutamente certero acerca de la supuesta inviabilidad de un niño en gestación. No hay equipo médico que sea capaz de diagnosticar que la alteración estructural congénita o genética que sufre el que está por nacer, efectiva e insoslayablemente sea incompatible con la vida extrauterina. Existen

²⁴ Mario GARRIDO MONTT, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 109, quien a su vez cita a Labatut, Bustos, Grisolia y Politoff.

²⁵ De la información pública disponible, el total de sentencias se reduce a 4 casos en la Región Metropolitana: 8° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 3902-2007; 8° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 3484-2009; 10° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 2589-2009; 3° TRIBUNAL ORAL PENAL SANTIAGO, sentencia N° 61-2011.

²⁶ De la información pública disponible, las 5 sentencias definitivas condenatorias en regiones son: JUZGADO DE GARANTÍA DE COQUIMBO, sentencia N° 3763-2009; TRIBUNAL ORAL PENAL DE CAUQUENES, sentencia N° 49-2009; JUZGADO DE GARANTÍA DE CONSTITUCIÓN, sentencia N° 1827-2011; JUZGADO DE GARANTÍA DE CHILLAN, sentencia N° 6618-2011; TRIBUNAL ORAL PENAL DE PUNTA ARENAS, sentencia N° 62-2013.

innumerables casos que la prensa ha dado a conocer²⁷, en los que, incluso luego de varios diagnósticos médicos que reconocían la inviabilidad, estos terminan siendo errados, y el niño que está por nacer sobrevive indefinidamente al nacimiento.

Si el diagnóstico médico siempre es incierto, o al menos se asume como incierto, un principio ético elemental debiese llevar al legislador, ante la duda, a abstenerse de autorizar el aborto en estos casos.

Independientemente de la incertidumbre del diagnóstico, el elemento que más llama la atención para justificar esta excepción al ejercicio del derecho a la vida, es la *discapacidad* del niño en gestación. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, promulgada y publicada en Chile por el Decreto Supremo N° 201 de 2008, dispone que

“[l]as personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

El feto con una malformación congénita letal es un discapacitado en gestación cuya deficiencia física le impedirá –eventualmente– sobrevivir al nacimiento.

Al parecer, la noticia de que un hijo nazca con una discapacidad lleva a muchas mujeres a plantearse el aborto como una forma de evitar aquella carga dolorosa. La compasión nos lleva a solidarizar con el dolor de la madre. Sin embargo, planteado en esos términos la posibilidad de abortar a un discapacitado, únicamente en razón de su condición, resulta a todas luces inhumano y discriminatorio. Considerando lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sacrificar el feto que padece una alteración estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina constituye una discriminación arbitraria motivada en la sola condición de discapacidad.

Ahora bien, si consideráramos hipotéticamente que el diagnóstico médico de inviabilidad fuese certero, entonces el motivo para abortar parecería ser la *brevedad* o *corto período* de vida que tendrá ese niño. Pero existe consenso médico en que el feto está, efectivamente, vivo al momento de la interrupción del embarazo. La aproximación médica que se tiene frente a las

²⁷ Sólo por poner un ejemplo: www.24horas.cl/nacional/el-impactante-caso-de-la-bebe-que-nacio-sin-cerebro-678487. [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015]. Isidora es uno de los inusuales casos de anencefalia. Todos los pronósticos apuntaban a que no sobreviviría, sin embargo, sobrevivió más de un mes –los autores desconocen si, actualmente, sigue viva–.

personas en camino a la muerte es aplicar tratamientos médicos paliativos disminuyendo el dolor para permitir una muerte natural lo más humana posible. Basta considerar que en la misma situación se encuentra quien es diagnosticado de un cáncer fulminante u otra enfermedad en etapa terminal²⁸.

Finalmente, hay que recordar lo dicho anteriormente en relación a la realidad criminológica del aborto: no existe registro de mujeres condenadas por abortos cuya causa haya sido la supuesta inviabilidad del feto. Más que despenalizar, con esta causal se busca derechamente legalizar el aborto contra un niño discapacitado en gestación.

3) *ABORTO EN CASO DE EMBARAZO PRODUCTO DE UNA VIOLACIÓN:
UNA FIGURA AMPLÍSIMA QUE ESTABLECE UNA DISCRIMINACIÓN CONTRA
EL HIJO MOTIVADA EN UNA CIRCUNSTANCIA
QUE AFECTA A SUS PROGENITORES.*

Para superar cualquier ambigüedad semántica hay que precisar qué se entenderá por violación para los efectos de esta ley. Al respecto existen al menos dos posibilidades. La primera, en un sentido restringido, sería entender por violación solamente los casos donde exista una *sentencia penal condenatoria* por el delito del art. 361 del Código Penal. Dicha interpretación debe desecharse, pues frecuentemente los delitos de violación quedan impunes (ya sea por problemas en la investigación, dificultades probatorias, o al no poder atribuir participación o culpabilidad al imputado). Que no se sancione al culpable no significa que no existe en los hechos una violación. La segunda interpretación es considerar violación *cualquier relación sexual no consentida*, como lo hace en general el derecho penal²⁹. Según el art. 361 del Código Penal la falta de consentimiento puede ocurrir de varias formas: por el uso de fuerza o intimidación, por la privación de sentido de la mujer, o aprovechando la enajenación o trastorno mental de la víctima.

El proyecto de ley en análisis permite abortar cuando el embarazo sea fruto de una violación sin distinciones. La norma propuesta, según lo expuesto, es amplísima. De acuerdo al proyecto en análisis

²⁸ El Programa Acompañar-es de la PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA, es un ejemplo en Medicina de Cuidados Paliativos Perinatales. El objetivo del programa es acompañar durante el proceso de embarazo, parto y post parto a las familias que conciben un hijo con alguna malformación congénita letal. En este sentido, el programa ofrece acogida de las familias que tiene un hijo con una MCL, seguimiento activo en cada etapa del embarazo, apoyo y orientación en las etapas post mortem, entre otros (www.acompañar-es.cl [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015]).

²⁹ Mario GARRIDO MONTT, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 270.

“un equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos, evaluará e informará la concurrencia de los hechos que la constituyen”.

Cualquier profesional de la salud –no necesariamente un médico– podrá evaluar e informar que, por poner un ejemplo, la mujer se encontraba en estado de ebriedad al momento de tener relaciones sexuales sin usar anticonceptivos: en casos como ese, si existiese embarazo, se permitiría abortar. Por lo demás, como informó la Corte Suprema en relación a este proyecto de ley, las violaciones generalmente ocurren en contextos intra-familiares (ej. pareja de la víctima, pareja de la madre de la niña violada, tíos, vecinos, etc.), por lo que la causal de aborto propuesta fácilmente puede prestarse para abusos, coerción a la víctima e impunidad, ya que, probablemente será el violador quien más abogará por el aborto del feto.

No hay duda de que la violación es el delito más grave que puede sufrir una mujer luego del homicidio. Pero si la violación es un acto injusto contra una *mujer inocente*, el aborto también es un acto injusto, pero contra un *niño inocente*. El efecto que tendría la aprobación de la causal en cuestión sería dejar indefenso al que nada tuvo que ver con la relación sexual no consentida que origina el embarazo. La Convención sobre los Derechos del Niño define que son niños los menores de 18 años. Su protección se extiende al niño en el vientre materno, como se desprende del preámbulo del tratado que, citando la Declaración Universal de los Derechos del Niño, afirma que

“el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

El art. 2.2 de la Convención dispone que los Estados deberán garantizar que no exista discriminación contra los niños por causa de la *condición de sus padres*. En la especie, precisamente, se estaría autorizando poner fin a la vida del niño en gestación con motivo de la condición criminal de uno de sus progenitores. El delito del padre no puede alcanzar en sus consecuencias al hijo concebido producto del delito, quien no es responsable de aquella circunstancia³⁰.

Finalmente, una vez más vale la pena insistir en que desde la implementación de la Reforma Procesal Penal no existe registro de casos

³⁰ Este principio se aplica, asimismo, en el artículo 6.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que proscribe aplicar la pena de muerte a mujeres en estado de gravidez.

de aborto judicializados donde el embarazo haya sido producto de una violación. Lo cual demuestra que el proyecto de ley no tendrá la relevancia que se pretende y que, más bien, abriría un espacio amplísimo para justificar abortos por cualquier tipo de relaciones sexuales donde no exista pleno consentimiento.

III. Derecho internacional de los derechos humanos y el supuesto derecho al aborto

El proyecto de ley en análisis intenta justificar la necesidad de regular el aborto citando recomendaciones de los comités de monitoreo de tratados internacionales y de organismos de Naciones Unidas. Sobre esto, es necesario hacer varios comentarios. En primera lugar, que estas recomendaciones no constituyen, en ningún caso, fuentes de derecho interno ni generan obligación alguna para nuestro Estado (conforme al artículo 5° de la Constitución). El *soft law* internacional no es vinculante³¹. En segundo lugar, según el principio de igualdad soberana de la Carta de las Naciones Unidas³², ningún organismo internacional puede presionar a un Estado a reformar su derecho interno según una pretendida “reinterpretación” de los Tratados de Derechos Humanos vigentes. En tercer lugar, y en cualquier evento, existen instancias internacionales como las Conferencias de El Cairo (1994) y Beijing (1995) que en el sentido opuesto han recomendado la protección de la vida y la maternidad condenando el aborto³³. Incluso, la misma Presidenta Bachelet, en el Examen Periódico Universal (2009)

³¹ Max SORENSEN, *Manual de Derecho Internacional Público*, p. 186.

³² CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS, en su artículo 2.1 señala que “La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros”. Luego el artículo 2.7 agrega: “Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados...”.

³³ CONFERENCIA INTERNACIONAL POBLACIÓN Y DESARROLLO, El Cairo (1994) pp. 7-24.- “los gobiernos deben tomar los pasos apropiados para asistir a las mujeres a evitar el aborto, lo que en ningún caso debe ser promovido como método de planificación familiar”; P. 8.25.- “donde el aborto no sea contrario a la ley, debe ser seguro (...) Cualquier medida o cambio relacionado con el aborto en un sistema de salud sólo puede ser determinado a nivel local o nacional, de acuerdo al proceso legislativo nacional”.

IV CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE LAS MUJERES, Beijing (1995) p. 106 letra k).- “Las mujeres que tienen embarazos no deseados deben tener fácil acceso a información fidedigna y a asesoramiento comprensivo. Cualesquiera medidas o cambios relacionados con el aborto que se introduzcan en el sistema de salud se pueden determinar únicamente a nivel nacional o local de conformidad con el proceso legislativo nacional. En los casos en que el aborto no es contrario a la ley, los abortos deben realizarse en condiciones adecuadas”.

declaró que el Estado de Chile no se encontraba obligado a aceptar las recomendaciones en orden a legalizar el aborto.

Según ha declarado el Instituto Nacional de Derechos Humanos, el supuesto ‘derecho al aborto’ no está reconocido como tal en ningún tratado internacional sobre derechos humanos que haya sido ratificado y esté vigente en nuestro país³⁴. En cambio, los tratados internacionales y regionales de derechos humanos que sí se encuentran actualmente vigentes reconocen y protegen, en forma sistemática y coherente, el derecho a la vida del que está por nacer.

En el sistema internacional de derechos humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que “todo individuo tiene derecho a la vida” (art. 3) y agrega que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad” (art. 6). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con la finalidad específica de proteger la vida del que está por nacer, prohíbe aplicar la pena de muerte a mujeres en “estado de gravidez” (art. 6.5). Por su lado, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en el Preámbulo, dispone que “el niño (...) necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”; luego dispone que “niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad” (art. 1) y que “todo niño tiene derecho intrínseco a la vida” (art. 6.1). Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer protege la maternidad antes y *durante* el embarazo (Preámbulo, artículo 11° N° 2 letra a) y artículo 12° N° 2).

En el sistema regional de protección de los derechos humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos dispone claramente que “para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano” (art. 1.2) y reconoce que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida”; este derecho “estará protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción” (art. 4.1). En la interpretación más reciente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado sobre esta última norma, declaró que desde que el embrión se implanta en el útero existe una persona sujeto de protección jurídica: “la Corte concluyó que la ‘concepción’ en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero...”³⁵.

³⁴ “Para apoyar la opción de no tener hijos, los organismos internacionales han privilegiado como método la prevención de embarazos no deseados. Sin bien la decisión de interrumpir un embarazo no se prohíbe expresamente, tampoco ha sido reconocida como derecho en sí mismo”, Situación de los Derechos Humanos en Chile, Informe anual 2014, bajo dirección de Lorena FRIES MONLEÓN.

³⁵ CIDH, caso “Artavia Murillo y otros (“Fecundación *In Vitro*”) vs. Costa Rica”, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrafo 264.

Si bien la decisión considera que el embrión preimplantacional no es sujeto de protección, se despeja cualquier duda acerca de la merecida protección del niño no nacido en etapa gestacional desde la implantación³⁶.

IV. Impunidad que provoca el proyecto: despenalización de facto del aborto a libre demanda

El proyecto de ley en comento propone la modificación del art. 175 del Código Procesal Penal, precepto que exige la denuncia obligatoria del médico o cualquier profesional de la salud cuando notaren en una persona o en un cadáver señales de envenenamiento “*o de otro delito*”. Este deber tiene como fundamento un interés público, y no afecta la confidencialidad médico-paciente, pues la denuncia resulta procesalmente necesaria para dar curso a la investigación y esclarecer los hechos constitutivos del delito que observe el profesional de la salud. Por cierto, el médico no puede jugar un papel de investigador del delito y solamente debe limitarse a efectuar la denuncia. Tampoco puede condicionar la atención de la paciente previa confesión del delito de aborto –lo cual sería una especie de coerción para obtener la autoincriminación–. Esas situaciones, no hay duda, serían ilegales. Por ello, el Ministerio de Salud ha procurado resguardar el derecho de la mujer a la prohibición de la autoincriminación (art. 19 N° 3 de la Constitución) a través de protocolos generales que la protegen frente a cualquier conducta abusiva de un médico³⁷.

La reforma del art. 175 del Código Procesal Penal, como propone el proyecto de ley en comento, generará un espacio de impunidad enorme. La Excma. Corte Suprema en su informe a la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados señaló que la impunidad para el violador es clara, pudiendo darse el caso que

³⁶ Para una explicación del fallo, ver: Álvaro PAUL DÍAZ, “La Corte Interamericana *in Vitro*: Comentarios sobre su Proceso de Toma de Decisiones a Propósito del *Caso Artavia*”, pp. 303-345.

³⁷ MINISTERIO DE SALUD, “Directrices sobre Confidencialidad”, Ord. N° 1675, de 23 abril de 2009, y más recientemente Ord. N° 1404, de 20 de mayo 2014. El instructivo declara: “Aun cuando el aborto es una conducta ilegal y constitutiva de un tipo penal en la legislación chilena (art. 342 Código Penal), no corresponde extraer confesiones a las mujeres que requieran atención médica como resultado de un aborto, sobre todo cuando dicha confesión se solicita como condición para la prestación de salud requerida, pues con ello se vulnera la norma contenida en el artículo 15° ya citado de la Convención Contra la Tortura...”.

“el propio violador, en su calidad de padre de la niña, entregue su autorización para la interrupción del embarazo, sin que se genere la investigación penal del caso”³⁸.

Sin embargo, la impunidad que el informe de la Corte Suprema advierte puede no sólo beneficiar al violador, sino a todos los terceros involucrados en la comisión del delito de aborto, favoreciendo especialmente a quienes participan del mercado clandestino del aborto, sobre todo a los comerciantes ilegales de misoprostol y a los médicos que poseen clínicas abortivas clandestinas.

Eliminar la obligación de denuncia para médicos y profesionales de la salud que atienden a mujeres que llegan a hospitales con hemorragias o complicaciones post-aborto, tendrá como consecuencia la despenalización *de facto* del aborto sin restricción. Por un lado, si una *mujer* se realizara un aborto sin invocar ninguna de las causales que busca regular el proyecto, el médico tratante no podrá denunciar los hechos constitutivos de delito, lo que en la práctica se traduciría en la despenalización del aborto libre. Si no hay denuncia, tampoco hay investigación, y menos condena, perdiendo cualquier relevancia la norma penal. En segundo lugar, eliminar la obligación legal de denuncia significaría también que los *terceros* involucrados (ej. violador, vendedor ilegal de misoprostol, médico que abusando de su profesión tiene una clínica abortiva, etc) queden en la absoluta impunidad sin que lleguen a ser investigados, formalizados ni condenados. Asumiendo que siempre existirán facultativos que abusen de su profesión, lamentablemente, el proyecto en comento facilitará la comisión del delito de aborto pues bastará un certificado médico que afirme la concurrencia de alguna de las tres causales reguladas para que quede justificada la intervención abortiva. Eliminada la obligación de denuncia, será prácticamente imposible investigar los abortos realizados en base a certificados clínicos *ideológicamente falsos*.

³⁸ Informe Proyecto de Ley 9-2015, Sergio Muñoz Gajardo, Corte Suprema, 29 de abril de 2015, p. 11. (En este sentido, la Corte Suprema señala en el informe que: “Por lo anterior, es conveniente la revisión de la exclusión de los deberes de denuncia y primacía de la confidencialidad prevista en el proyecto, a fin de resguardar el legítimo interés de la sociedad por perseguir los delitos cometidos contra menores de edad, particularmente en cuanto atenta contra su indemnidad sexual”).

V. Conclusiones

El proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo por tres causales no aborda la realidad social, sanitaria y criminal del aborto en Chile. Su eventual aprobación no significaría ningún avance en prevenir los abortos clandestinos ni evitar el riesgo para la salud de las mujeres que incurren en dicha alternativa. Tampoco enfrenta la coerción a abortar que sufren la mayoría de las mujeres que abortan en nuestro país. Es un proyecto de ley que *de facto* despenaliza el aborto libre en Chile, impidiendo la activación de la investigación criminal al eliminar la obligación de denuncia. Considerando que la certificación de las causales propuestas queda entregada a equipos médicos, no faltarán los facultativos que –abusando de su profesión– falsificarán certificados atendida la impunidad que generaría la nueva legislación. Lo insólito es que se intente fundamentar esta propuesta legislativa en base a una mañosa interpretación de los derechos humanos.

Bibliografía

- AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, “Abortion and Mental Health: evaluating the evidence” (2009). Disponible en www.apa.org/pubs/journals/features/amp-64-9-863.pdf [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015]
- COLEMAN, Priscila, “Abortion and mental health: quantitative synthesis and analysis of research published 1995-2009”, in *The British Journal of Psychiatry*, 2011, 199 (3), pp. 180-186.
- COMUNIDAD Y JUSTICIA - CORPORACIÓN IDEA PAÍS, “Embarazo Vulnerable, Realidad y Propuestas”, 2014. Disponible en www.comunidadyjusticia.cl/documentos [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015].
- FUNDACIÓN CHILE UNIDO, “Argumentos desde la experiencia. Fundación Chile Unido frente a la despenalización del aborto en Chile”, 2015. Disponible en www.chileunido.cl [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015].
- GARRIDO MONTT Mario, *Derecho Penal. Parte Especial*, Editorial Jurídica de Chile, 2013, Tomo III.
- GISSLER M., *et al.*, “Injury deaths, suicides and homicides associated with pregnancy, Findald 1987-2000”, in *European journal of Public Health*, 2005, www.eurpub.oxfordjournals.org/content/15/5/459#. [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015].
- INDH, “Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe Anual 2014”, p. 192. Disponible en www.indh.cl/wp-content/uploads/2014/12/indh-2014-final.pdf [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015].

- KOCH Elard, "Impact of Reproductive Laws on Maternal Mortality: Recent Scientific Evidence from Natural Experiments On Different Populations. Lecture at the Life & Family event in the United Nations", en *The Linacre Quarterly*, 2013, pp. 151-60.
- MAKHLouF, M. *et al.* *Adverse Pregnancy Outcomes among Women with Prior Spontaneous or Induced Abortions*, Am J. Perinatol. 2013 Dec 17. www.europepmc.org/rarticles/pmc4061262 [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015].
- NACIONES UNIDAS, "Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer", Resolución 48/104 de la Asamblea General, 20 diciembre 1993.
- PAUL DÍAZ Álvaro, "La Corte Interamericana *in Vitro*: Comentarios sobre su Proceso de Toma de Decisiones a Propósito del *Caso Artavia*", en *Revista de Derecho Público Interamericano*, año 1, N° 2, Santiago 2013, pp. 303-345.
- SECRETARÍA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, "Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer" presentado a la Asamblea General de Naciones Unidas, 6 de julio de 2006, párrafos 112 y ss. Disponible en www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/61/122/Add.1 [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015].
- SORENSEN Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973.
- WHITEMAN, V. *et al.*, "Preterm birth in the first pregnancy and risk of neonatal death in the second pregnancy: A propensity core-weighted matching approach", en *J ObstetGynaecol*, 24, 2014, pp. 1-7.

JURISPRUDENCIA

- 8° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 3902-2007;
- 8° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 3484-2009;
- 10° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 2589-2009;
- 3° TRIBUNAL ORAL PENAL DE SANTIAGO, sentencia N° 61-2011.
- JUZGADO DE GARANTÍA DE COQUIMBO, sentencia N° 3763-2009;
- TRIBUNAL ORAL PENAL DE CAUQUENES, sentencia N° 49-2009;
- JUZGADO DE GARANTÍA DE CONSTITUCIÓN, sentencia N° 1827-2011;
- JUZGADO DE GARANTÍA DE CHILLÁN, sentencia N° 6618-2011;
- TRIBUNAL ORAL PENAL DE PUNTA ARENAS, sentencia N° 62-2013.

SENTENCIAS

- 3° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 7039-2011;
- 3° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 3689-2006;
- 9° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 14220-2007;
- 10° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 2589-2009;

14° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 6447-2011;
15° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 2317-2009.
CIDH, caso “Artavia Murillo y otros (“Fecundación *In Vitro*”) vs. Costa Rica”,
Sentencia de 28 de noviembre de 2012;
JUZGADO DE GARANTÍA DE ANTOFAGASTA, sentencia N° 5824-2012;
JUZGADO DE GARANTÍA DE ANTOFAGASTA, sentencia N° 11410-2011;
JUZGADO DE GARANTÍA DE VALPARAÍSO, sentencia N° 7831-2011;
JUZGADO DE GARANTÍA DE RANCAGUA, sentencia N° 13.021-2012;
JUZGADO DE GARANTÍA DE VILLARRICA, sentencia N° 588-2011;
JUZGADO DE GARANTÍA DE VICTORIA, sentencia N° 1009-2011;
JUZGADO DE GARANTÍA DE RIO NEGRO, sentencia N° 1108-2011;
TRIBUNAL ORAL PENAL DE OSORNO, sentencia N° 58-2009;
JUZGADO DE GARANTÍA DE PUNTA ARENAS, sentencia N° 20-2010;
JUZGADO DE GARANTÍA DE ARICA, sentencia N° 5427-2013;
JUZGADO DE GARANTÍA DE TOCOPILLA, sentencia N° 189-2009;
JUZGADO DE GARANTÍA DE CALAMA, sentencia N° 4293-2012;
JUZGADO DE GARANTÍA DE ANTOFAGASTA, sentencia N° 3841-2012;
JUZGADO DE GARANTÍA DE DIEGO DE ALMAGRO, sentencia N° 586-2013;
TRIBUNAL ORAL PENAL DE OVALLE, sentencia N° 86-2011;
JUZGADO DE GARANTÍA DE QUILLOTA, sentencia N° 500-2009;
JUZGADO DE GARANTÍA DE SAN VICENTE DE TAGUA-TAGUA, sentencia N° 1560-2010.

NORMAS

IV CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE LAS MUJERES, Beijing (1995).
CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS
CONFERENCIA INTERNACIONAL POBLACIÓN Y DESARROLLO, El Cairo (1994).
INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA, Registro N° F-9507/11, de 29 septiembre 1994,
vigente hasta 2016.
MINISTERIO DE SALUD, “Directrices sobre Confidencialidad”, Ord. N° 1675, de
23 abril de 2009, y más recientemente Ord. N° 1404, de 20 de mayo 2014.
PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO ANTE LA SVS Y DEBIDO PROCESO

ADMINISTRATIVE SANCTIONS PROCEDURE BEFORE THE CHILEAN SUPERINTENDENCY OF SECURITIES AND INSURANCE COMPANIES AND DUE PROCESS OF LAW

*Clemente Dougnac Mujica**

Resumen

El Procedimiento Administrativo Sancionatorio seguido ante la SVS reconoce como fundamento normativo las disposiciones contenidas en la Ley N° 19.880 sobre Bases de Procedimiento Administrativo. Dicho cuerpo legal establece las condiciones generales de actuación de la Administración, careciendo de garantías adicionales a aquellas comunes a cualquier actuación de ésta. Dado que mediante los Procedimientos Administrativos Sancionatorios el Estado ejerce el *ius puniendi* en sede administrativa, éstos debieran contar con garantías procesales similares a aquellas establecidas en el proceso penal. Por su parte, el *Debido Proceso* no se agota en las normas constitucionales que lo consagran, sino que debiera ser un elemento interpretativo a tener en cuenta en la tramitación de los Procedimientos Administrativos Sancionatorios. El presente trabajo analiza el Procedimiento Administrativo Sancionatorio seguido ante la SVS y su relación con los principios del Debido Proceso.

Palabras Clave: Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Debido Proceso, Superintendencia de Valores y Seguros, Ley N° 19.880

Abstract

The Administrative Sanctions Procedure followed before the SVS is performed according the Administrative Procedure Act. The Administrative Procedure Act sets the general requirements to the Administration

* Licenciado en Derecho de la Universidad de Chile. Artículo recibido el 22 de septiembre de 2015 y aceptado para su publicación el 13 de enero de 2016. Correo electrónico: cdougnac@dyb.cl.

performance, lacking of additional procedure guarantees. Inasmuch as by the Administrative Sanctions Procedure the government exercises the *ius puniendi* in the Administrative sphere, this kind of procedure should have procedure guarantees such as those observed at the criminal procedure. On the other hand, the Due Process of Law it is not just a rule but a principle as well. This work analyses the Administrative Sanctions Procedure under the scope of the Due Process of Law.

Keywords: Sanctioning Administrative Procedure, Due Process.

1. Introducción

El presente trabajo analiza el procedimiento administrativo sancionatorio seguido ante la Superintendencia de Valores y Seguros en relación a los Principios del Debido Proceso. A fin de delimitar los alcances del trabajo, debemos señalar que el análisis no discurre sobre la naturaleza jurídica, garantías y límites aplicables a la Potestad Sancionatoria de la Administración, sino que se centra –única y exclusivamente– en aquellos actos por medio de los cuales ésta se materializa por parte de la SVS. Es decir, se centra en el denominado *Procedimiento Administrativo Sancionatorio* seguido por y ante la SVS. En razón de lo anterior, en lo sucesivo y no mediando aclaración en contrario, las referencias que se realicen a la *Potestad Sancionadora* y al *PAS* deben entenderse realizadas a las facultades sancionatorias que detenta la SVS y, respecto al *PAS*, a aquellos procedimientos que son realizados por y ante la SVS para la determinación de las responsabilidades producto de infracciones a la normativa que le ha sido encomendado fiscalizar.

Si bien es una cuestión de enorme trascendencia, la potestad sancionatoria de la SVS es tomada como un mero dato, siendo –en principio– intrascendente su estatuto jurídico aplicable para el análisis que en este trabajo se realiza. Lo anterior se debe a que tanto la normativa institucional, como la fuerza de los hechos, hacen un tanto inoficioso discurrir sobre el linaje y legitimidad de la potestad sancionatoria de la SVS, ya que ella se impone como una realidad por sí misma: no cabe duda de que existe, cuenta con consagración legal y a su respecto la SVS ha desarrollado una verdadera práctica sancionatoria destinada a regular el mercado.

Otro argumento a favor de nuestro supuesto simplificador del análisis radica en que tanto la nomenclatura utilizada, como los *Principios del Debido Proceso* que se hacen valer en los *PAS* no reconocen matices derivados del estatuto jurídico aplicable a la potestad sancionatoria de la Administración,

sin perjuicio de que la opción que se tome al respecto determinará la extensión de garantías y los límites materiales que se reconocen en éste. En tal sentido, da igual si la potestad sancionatoria de la SVS se la asocia con el ejercicio de la jurisdicción o si bien ella detenta la calidad de mera facultad administrativa: al hablar de debido proceso todos entienden básicamente lo mismo. Sin embargo, no existe consenso en cuanto a su extensión, ni, consecuentemente, a la determinación de aquellas circunstancias que, precisamente, constituyen una vulneración a su aplicación.

Mediante la invocación del concepto de *Debido Proceso*, las partes apelan a que la determinación de la responsabilidad por infracciones a las normas cuya fiscalización se le ha encomendado a la SVS se materializará a través de medios racionales y razonables. Cumple así una doble función. Por una parte, legitima el proceder de la Administración en la materialización de su pretensión sancionatoria, dotándola de justificación –producto de la racionalidad de lo decidido– y, por otra, permite al afectado demandar de la administración criterios razonables en el procedimiento de determinación de responsabilidad por las infracciones cometidas. Lo anterior no es otra cosa que la aspiración de que, en los términos utilizados por la Constitución,

“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”¹,

cuestión que corresponde a la fórmula empleada por el constituyente nacional para incluir al *Debido Proceso* en el catálogo de garantías constitucionales²⁻³. La pregunta de rigor al respecto es ¿cumple la actual estructura normativa del PAS con los requisitos de un *Debido Proceso*? O

¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA, artículo 19 N° 3 inciso 5°.

² COMISIÓN DE ESTUDIO PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN, Cuestión discutida en la Sesión 101, de 9 de enero de 1975.

³ Andrés BORDALÍ SALAMANCA, “El Derecho Fundamental a un Juez Independiente e Imparcial en el Ordenamiento Jurídico Chileno”, p. 265. La Constitución Política de la República no utiliza la expresión debido proceso, pero no por un olvido o un explícito deseo de no reconocer esta garantía a las personas, sino por no emplear una denominación que tiene sus orígenes en el Derecho anglosajón (“due process of law”), lo que a juicio de Evans podría haber obligado a los operadores jurídicos nacionales a interpretar la garantía a la luz de lo que la doctrina y jurisprudencia anglosajonas han construido al respecto. Por este motivo, el constituyente de 1980 optó por usar la expresión equivalente de “racional y justo procedimiento” (artículo 19 N° 3 inciso 5° de la C. Pol.). En esta garantía de nuestro texto constitucional hay que entender el reconocimiento del debido proceso como derecho fundamental de los ciudadanos. Es ese, el debido o justo proceso, el derecho fundamental que quiso reconocer el constituyente de 1980.

planteado en otros términos ¿es suficiente a la luz del concepto de *Debido Proceso* que los PAS se sometan a la legislación vigente? La respuesta no es clara. Si bien el diagnóstico parece inclinarse a que la actual estructura normativa es insuficiente a la luz del *Debido Proceso*, tanto la SVS como los Tribunales desconocen en su práctica dichos cuestionamientos. En los casos en que se ha solicitado a los Tribunales pronunciarse respecto a las objeciones por infracción a las normas del Debido Proceso verificadas en un PAS, puede observarse una cuasi absoluta deferencia por parte de estos hacia la Administración.

El marco conceptual para el análisis propuesto se enmarca en los *Principios del Debido Proceso*. Al referirnos a *Principios del Debido Proceso* queremos significar que se trata de un estándar de moralidad pública que va más allá de las normas de derecho positivo en que se contiene⁴. En tal sentido, los PAS deben necesariamente considerar sus directrices si lo que se pretende es que ellos se ajusten a sus postulados.

Al respecto, dos circunstancias debieran aclarar el panorama. Por una parte, como indica Alvarado Velloso

“La idea de debido proceso muestra un fenómeno jurídico de la mayor importancia, del cual hablan todos los autores y que, sin embargo, aún no ha podido ser definido con precisión absoluta, de modo tal que su sola mención muestre inconfundiblemente su contenido por ser irrepetible en el mundo del derecho”⁵.

Lo anterior ha llevado a que su conceptualización haya sido formulada mayoritariamente en términos negativos, circunstancia que impide analizar el tema en su plenitud⁶. Los Tribunales se pronuncian a su respecto cuando NO se ha observado un *Debido Proceso*. Aquí radica la problemática conceptual más trascendente que se aborda en el presente artículo: consistente con su calidad de *Principio*, el contenido del *Debido Proceso* se encuentra infradeterminado. Corresponderá a los Tribunales de Justicia especificar en cada caso concreto si se verifican los presupuestos de un *Debido Proceso*. Como señala Couture, la

⁴ Luiz Guilherme MARIONI, Alvaro PÉREZ RAGONE, Alvaro NUÑEZ OJEDA, *Fundamentos del Proceso Civil*, p. 30.

⁵ Adolfo ALVARADO VELLOSO, *El Debido Proceso*, p. 547 y ss, versión electrónica en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/836/29.pdf>. [Fecha de consulta: 7 de enero de 2016].

⁶ ALVARADO VELLOSO, *op. cit.* p. 547; Raúl TAVOLARI OLIVEROS, *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*, p. 50.

“Jurisprudencia de la Suprema Corte de EEUU ha elaborado una importante casuística que puede servir de ejemplo acerca de una prolongada experiencia histórica de vigilancia constitucional sobre el proceso”⁷.

En consecuencia, la trascendencia jurídica del concepto se deriva de su aplicación a casos concretos en los cuales no se satisfacen *Principios* de razonabilidad en el procedimiento de adopción de la decisión jurisdiccional. Con ello se quiere reforzar la idea que el concepto de *Debido Proceso* debe ser un concepto abierto, funcional a la garantía de razonabilidad, siendo más que factible que, aun respetando la normativa que se ha dispuesto para la adopción de la decisión de que se trate, éste se vea conculcado. Por otra parte, la circunstancia que el *Debido Proceso* detente la calidad de *Principio* importa un mandato al juzgador en cuanto a interpretar las normas procedimentales en sintonía con éste.

La importancia del presente análisis se proyecta a dos ámbitos que inciden directamente en la práctica sancionatoria de la SVS. En primer lugar, la Superintendencia de Valores y Seguros utiliza su potestad sancionatoria como una herramienta más de política pública, mediante la cual aspira a satisfacer el mandato legal de fiscalización que se le ha encomendado⁸. En este entendido, la potestad sancionatoria de la SVS es una potestad administrativa orientada a un fin⁹, ya que corresponde –valga la redundancia– a una función meramente administrativa. Es decir, a través de su potestad sancionatoria, la SVS aspira a disciplinar los mercados objeto de su supervisión, con miras a que, por medio de las correspondientes sanciones, sus intervinientes cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan. La relevancia del argumento radica en que abstrae de los límites y garantías materiales clásicas del Derecho Penal a la potestad sancionatoria de la SVS.

El problema que se presenta es que para la materialización de su potestad sancionatoria, la SVS debe recurrir a la sustanciación de *PAS*, institución jurídica que no debería ser categorizada como instrumento de política pública. En tal sentido, resulta sensato diferenciar los límites

⁷ Eduardo J. COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, pp. 193 y ss. Entre ellas se contempla *Inconstitucionalidad por Falta de Citación.- (...) Inconstitucionalidad por falta de emplazamiento.- (...) Inconstitucionalidad por privación de audiencia.- (...) Inconstitucionalidad por privación de prueba.- (...); Inconstitucionalidad por Privación de Recursos.- (...)*.

⁸ Aunque no es un criterio explicitado por la SVS como parte de una política de fiscalización, éste puede extraerse tanto de la práctica sancionatoria, como de ciertas argumentaciones jurídicas de carácter administrativo y jurisdiccional.

⁹ Fernando ATRIA, “Informe en Derecho sobre las Facultades Sancionatorias de la SVS”, p. 15.

y garantías con que se encuentra revestida la responsabilidad criminal de la responsabilidad administrativa, pero la atribución de responsabilidad en concreto no puede tratarse de igual manera que las potestades sancionatorias con que cuenta la Administración en abstracto. Lo anterior por cuanto la configuración de *procedimientos* normados como medios de resolver conflictos reconoce su origen en la necesidad de establecer criterios de certeza para la adjudicación de derechos en un marco objetivo de determinación. Dicho marco objetivo de determinación –de no mediar una estructura normativa adecuada– corre un serio riesgo de ser instrumentalizado, si quien detenta la Potestad Sancionatoria declara que utilizará ésta para la consecución de sus propios fines. Así, resulta problemático que el PAS se instrumentalice, siguiendo la suerte de la Potestad Sancionatoria, ya que ello importaría encaminar, *ab initio*, el curso que debe dársele a éste. En consecuencia, si bien el relato justificatorio que realiza la SVS en cuanto a la naturaleza y fines de su potestad sancionatoria no merece objeciones, éste no puede ni debe ser trasladado al PAS si se quiere ser consistente con los *Principios del Debido Proceso*.

El otro aspecto a tener en consideración es que la demanda por un PAS que se ajuste a los requerimientos de un *Debido Proceso* aumenta en la medida en que las infracciones sancionadas implican mayores responsabilidades patrimoniales para los involucrados. Consistente con el crecimiento que ha experimentado el mercado de valores local, es dable esperar que, en la medida en que existan mayores posibilidades de rentas involucradas, los PAS se harán más recurrentes.

2.- Planteamiento del problema

El término *Debido Proceso* corresponde a un concepto de uso habitual en las argumentaciones jurídicas, pero no existe claridad respecto a su contenido y extensión¹⁰. Reviste tal relevancia que se encuentra incorporado al catálogo de Derechos Constitucionales en el artículo 19 N° 3 inciso 5°. Asimismo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5° de nuestra Constitución, aquellos tratados ratificados por Chile que lo reconocen se entienden incorporados a la legislación interna, siendo un deber del Estado respetarlo y promoverlo. A este respecto, particularmente importante resulta el Pacto de San José de Costa Rica, el cual, en su artículo

¹⁰ La evolución histórica de la aplicación concreta del concepto en la jurisprudencia norteamericana puede verse en Amar AKHIL REED; *America's Constitution. A biography*.

8° enumera una serie de garantías judiciales¹¹ donde se contienen los elementos usualmente empleados en la conceptualización del debido proceso¹². De más está decir que el concepto se encuentra revestido de una carga valórica político democrática que hace impensable que alguna autoridad, ya fuere –administrativa o judicial, se desprenda de su uso, aun cuando desconozca el contenido y las implicancias que éste conlleva. En tal sentido, el concepto sufre de una suerte de vulgarización, siendo una declaración de estilo por parte de las autoridades que sus procedimientos se han ceñido a sus requerimientos. Cuando la SVS argumenta que en un bullado PAS se ha respetado el *Debido Proceso* por cuanto éste se ha sujeto a la normativa aplicable, reduce el concepto únicamente a la normativa aplicable, obviando su función como *principio* y la dimensión valórica que éste conlleva. La declaración de la SVS es aun más dramática si se tiene en consideración que la actual normativa utilizada para la sustanciación

¹¹ Señala el artículo de la referencia *Garantías Judiciales*

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

¹² TAVOLARI OLIVEROS, *op. cit.* p. 50.

de los *PAS* no reconoce un fundamento normativo propio y específico, sino que esta recurre a las normas contenidas en la Ley N° 19.880 sobre Bases de Procedimiento Administrativo para ello. Es decir, el actual *PAS* contiene las mismas garantías que cualquier otro trámite o procedimiento llevado a cabo por la Administración.

El problema radica en que los *PAS* sin duda corresponden a procedimientos administrativos, pero a su respecto debiera trasladarse buena parte de las garantías procesales que se reconocen a los sujetos objeto de persecución criminal, dado que a través de ellos se ejercita nada menos que el *ius puniendi* estatal¹³. Esta última circunstancia es reconocida en términos meramente formales por la SVS, ya que de su práctica sancionatoria se desprende que las garantías con que cuentan los sujetos sometidos a un *PAS* son únicamente aquellas comunes a todos los procedimientos administrativos. Garantías tales como la inalterabilidad de los hechos imputados, el derecho a guardar silencio, el derecho a no declarar en contra de sí mismo, son elementos que no han sido recogidos por la práctica sancionatoria de la SVS.

En suma, tanto de la falta de claridad conceptual que afecta al término *Debido Proceso*, como la ausencia de normativa específica para la sustanciación de *PAS*, se desprenden una serie de problemas que considero no han sido analizados de acuerdo a su importancia. En la presente sección se individualizan aquellos que he considerado más trascendentes.

2.1.- El primer problema que suscita el análisis propuesto radica en determinar si la SVS resulta obligada por el derecho constitucional establecido en el artículo 19 N° 3 inciso 5°. Dicho precepto reza

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

La primera cuestión que habrá que despejar es si la SVS, como órgano instructor y resolutor de un *PAS*, puede ser considerado un *órgano que*

¹³ Manuel REBOLLEDO PUIG, Manuel IZQUIERDO CARRASCO, Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR, Antonio María BUENO ARMIJO, *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 555. “La traslación de buena parte de los derechos fundamentales del artículo 24.2 de la CE en favor del inculpado al procedimiento administrativo sancionador lo ha distanciado del resto de los procedimientos administrativos. Como la jurisprudencia se ha encargado de explicar, sólo en el sancionador resultan aplicables tales derechos que no se proyectan a los demás procedimientos administrativos, tampoco a los que se siguen para adoptar actos de gravamen o perjudiciales para el interesado que sean de carácter no punitivo (...)”.

ejerza jurisdicción. La SVS sostiene que la potestad sancionatoria con la que cuenta es una función meramente administrativa, no pudiendo, por tanto, calificarse su actividad como jurisdiccional. Así, en principio, no le sería exigible lo dispuesto en dicho precepto. Sin embargo, de la discusión mantenida en la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución se sigue que dicho precepto no sólo se refiere a los Tribunales de Justicia como órganos que ejercen jurisdicción, sino que el concepto abarca también a aquellas autoridades administrativas que ejercen funciones asimilables a las jurisdiccionales. En palabras del profesor Enrique Evans de la Cuadra

“(...) se trata de un texto aplicable a cualquier autoridad, expresión sinónimas de ‘órgano’ en la Constitución, que ejerza jurisdicción, o sea, que deba cumplir funciones o ejercer atribuciones que afecten derechos de las personas. Además, dejamos establecido que la expresión ‘sentencia’ no se refiere exclusivamente a la sentencia judicial, sino a cualquier resolución, ya vimos que de cualquier autoridad, que ejerciendo sus atribuciones afecte derechos constitucionales o legales”¹⁴.

De igual manera, dada la similitud existente entre la labor sancionatoria de la Administración y el ejercicio de la jurisdicción, resulta del todo razonable hacer extensible, con matices, la garantía judicial establecida en el artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica a los PAS, ya que estos son mecanismos utilizados para la determinación de derechos y obligaciones en el ámbito administrativo infraccional.

En consecuencia, podemos afirmar que la SVS, en la sustanciación de un PAS, se encuentra comprendida dentro de aquellos órganos obligados a fundar sus resoluciones en un proceso previo legalmente tramitado. Sin embargo, el análisis del predicado contenido en la norma constitucional también presenta problemas, ya que la SVS basa la sustanciación de los PAS en las normas establecidas en la Ley N° 19.880. En tal sentido, ésta ha manifestado que la exigencia de *proceso previo legalmente tramitado* se satisface con el cumplimiento de las disposiciones de dicho cuerpo legal. Dichas normas se refieren a los procedimientos administrativos en general y no tienen por objeto regular un procedimiento administrativo sancionatorio propiamente tal. Consecuencia lógica de la falta de adecuación de la normativa al procedimiento sancionatorio, es que existen una serie de circunstancias que en definitiva quedan al arbitrio de la propia Administración, la cual resuelve de acuerdo a su propio criterio y convenien-

¹⁴ Enrique EVANS DE LA CUADRA, *Los Derechos Constitucionales*, p. 28.

cia. La actual estructura normativa de los PAS no contiene las garantías procedimentales suficientes que un proceso de tal naturaleza requiere.

La parte más crítica de esta indeterminación normativa se da en la etapa probatoria del PAS, en la cual la SVS ha adoptado criterios de procedencia de la prueba de filiación desconocida que no se condicen con los *Principios del Debido Proceso*. Resulta curioso que sobre este punto los Tribunales no hayan realizado reproche alguno a la SVS, habida consideración que el Tribunal Constitucional, al pronunciarse sobre la eventual potestad sancionatoria del Servicio Electoral, en la sentencia Rol 376, de 17 de junio del año 2003, sostuvo que el artículo 19 N° 3 de la Constitución

“consagra el principio general en la materia, al imponer al legislador el deber de dictar las normas que permitan a todos quienes sean, o puedan ser, afectados en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, ser emplazados y tener la oportunidad de defenderse de los cargos que le formule la autoridad administrativa. Fluye de lo anterior, lógicamente, que la voluntad del Poder Constituyente es que la ley contemple los preceptos que resguarden el goce efectivo y seguro de esos derechos”¹⁵.

Lo anterior cobra relevancia por cuanto podemos señalar que la regulación legal actual de los PAS no se condice con la exigencia constitucional, toda vez que dicha regulación legal simplemente no existe, no pudiendo entenderse cumplida la exigencia de *proceso previo legalmente tramitado*, ya que éste debe ser idóneo para el fin que se busca satisfacer.

2.2. Un segundo problema que se presenta es determinar si, habida consideración de todo lo anterior, debiéramos ser benevolentes y dispensar al PAS de las exigencias del debido proceso. En mi opinión, la respuesta debe ser negativa. Lo anterior por cuanto dado que lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 inciso 5° es un derecho fundamental, el mandato constitucional contenido en los artículos 1° inciso 4° y 5° inciso 2° obliga al Estado no sólo a respetar los derechos y garantías contenidos en la Constitución, sino que debe promoverlos. Esto coloca en deuda al Estado en relación a los requerimientos que la Constitución le impone en materia de PAS¹⁶. Dicha deuda no puede ser condonada, ya que emana de la norma con mayor jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico, debiendo los órganos pertinentes acomodar su actuación a ella y no a la inversa.

¹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol 376 de 17 de junio de 2003; considerandos 29 y 30.

¹⁶ Esta deuda es expresamente reconocida en el Proyecto de Ley que crea la Comisión de Valores.

Por lo demás, como lo señala Alvarado Velloso, el concepto de *Debido Proceso* debiera ser sinónimo del concepto de *Proceso*¹⁷, por tanto, su utilización se debe reservar a aquellas estructuras normativas que califican como proceso y no meros procedimientos. Es decir, todo proceso, por el simple hecho de ser tal, debiera satisfacer los requerimientos de un *Debido Proceso*.

2.3. En tercer lugar, como consecuencia de la precaria estructura normativa de los PAS, resulta interesante analizar si el relato justificatorio que ha elaborado la SVS en relación a su potestad sancionatoria, tiene alguna incidencia en el *Debido Proceso*. La SVS ha manifestado que

“(...) perseguir el interés general (bien común) a través de la acción de los órganos del Estado obliga a esos órganos a formular políticas y programas, a desarrollar planes de acción que, para ser eficaces, deben tomar en consideración las circunstancias concretas de la acción. Por eso la Administración se caracteriza por ser una potestad *ordenada de modo finalista*: debe hacer lo que en las circunstancias convenga al interés general. La ley fija el fin de modo abstracto, pero la Administración decide sobre los medios adecuados para obtener este fin. Por eso la decisión sobre qué medios usar en las circunstancias no puede ser legitimada mediante una estructura que permita entender que la acción del funcionario inferior es ejecución de programas o instrucciones dados por el funcionario superior, que retiene por eso responsabilidad por su formulación y ejecución”¹⁸⁻¹⁹.

Siguiendo el referido argumento, la SVS ha sostenido que en su calidad de organismo miembro de Administración del Estado dotado de potestad sancionatoria, no le son aplicables con la misma intensidad los límites y garantías establecidos para el Derecho Penal. El estándar aplicable a la jurisdicción penal debe ser, necesariamente, más estricto que el estándar aplicable a la Administración. Lo anterior se deriva de que la estructuración del Derecho Penal como un sistema de garantías se fundamenta en que los bienes jurídicos afectados por la respuesta punitiva penal es de la máxima gravedad con que cuenta el ordenamiento jurídico, mientras que la respuesta punitiva de la Administración compromete únicamente el patrimonio del administrado²⁰. En este sentido, la SVS sostiene que

¹⁷ ALVARADO VELLOSO, *op. cit.*, p. 561.

¹⁸ ATRIA, *op. cit.*, p. 15.

¹⁹ El referido argumento ha sido desplegado por la SVS consistentemente a partir del año 2009 en diversas argumentaciones tanto administrativas como judiciales. Se hace la referencia al Informe en Derecho del profesor Atria por ser la elaboración más sólida y completa del argumento en cuestión.

²⁰ ATRIA, *op. cit.*, pp. 47 y ss.” (...) el derecho administrativo sancionatorio no es parte del derecho penal, por lo que la aplicación de sanciones administrativas no necesita estar

“(…) el régimen administrativo sancionatorio está sujeto a exigencias menos estrictas de legalidad, tipicidad, culpabilidad; (2) que ese relajamiento tiene como límite la idea de reproche que va de suyo en la noción de sanción: por relajado que sea ese régimen, es necesario que la sanción administrativa descansa en la imputación subjetiva de la infracción de una norma de comportamiento a alguien que podía conocerla y evitarla. De este modo la objeción con la que se iniciaba esta sección queda respondida: el sancionado no puede alegar que al sancionarlo la Administración lo usa con la única finalidad de, por ejemplo, enviar señales al mercado, porque después de todo ella sólo ha podido hacerlo porque él ha infringido voluntariamente un deber”²¹.

Ahora bien, la potestad sancionatoria de la Administración se encuentra indisolublemente ligada al PAS, ya que es a través de éste que se materializa. Dado lo anterior, resulta problemático armonizar la justificación que ha elaborado la SVS respecto de su potestad sancionatoria con el PAS, ya que la estructura normativa actual del PAS no lo permite, porque no existe.

En los hechos, resulta inseparable la potestad administrativa sancionatoria del PAS, encontrándose ambas encaminadas a satisfacer los fines de la SVS. Por tanto, el argumento que entrega la SVS en cuanto a la posibilidad de utilizar su potestad sancionatoria para sus propios fines adolece del error de omitir la exigencia de que la determinación de la responsabilidad infraccional se perfecciona a través de un PAS y que éste, en virtud del mandato constitucional contenido en los artículo 1° inciso 4° y 5° inciso 2° de la Constitución, debe encontrarse conforme a los *Principios del Debido Proceso*. En otras palabras, para llegar a la conclusión de que

“el sancionado no puede alegar que al sancionarlo la Administración lo usa con la única finalidad de, por ejemplo, enviar señales al mercado, porque después de todo ella sólo ha podido hacerlo porque él ha infringido voluntariamente un deber”,

previamente deberá haberse tramitado un PAS, en el cual se establezca la efectividad de la infracción cometida. Esto que parece una obviedad,

rodeada de las garantías que rodean la aplicación de las penas penales. (...) el procedimiento administrativo sancionatorio tiene una estructura mucho menos reglada que el procedimiento penal. Esto es consecuencia del hecho de que el reproche que expresa la sanción administrativa es de menor entidad que el expresado por la sanción penal, y como consecuencia de esto los bienes puestos en riesgo por la actuación de la Superintendencia son correspondientemente de menor entidad”.

²¹ ATRIA, *op. cit.*, p. 49.

se convierte en algo complejo a la luz de las exigencias del *Debido Proceso* si se considera que la SVS ya ha manifestado que utiliza su potestad sancionatoria de manera finalista para obtener sus propios fines. Es decir, la SVS utilizará su potestad sancionatoria para disuadir a sus fiscalizados de que incumplan con la normativa aplicable. Si lo anterior es efectivo, el PAS debiera contar con las suficientes garantías procesales como para poder contrarrestar por sí mismo la intención de la SVS de utilizar su potestad sancionatoria para perseguir sus propios fines. Habrá que convenir que resulta prácticamente imposible que, tramitándose los PAS por y ante el mismo organismo que ha declarado que utilizará su potestad sancionatoria para entregar señales al mercado, ésta haga caso omiso de sus propias declaraciones y aquellos sean tramitados con imparcialidad.

2.4. En cuarto y último lugar, se plantea la problemática de determinar si, tal como lo sostiene la SVS, la aplicación de la normativa vigente –Ley N° 19.880 sobre Bases de Procedimiento Administrativo– a la tramitación de los PAS resulta suficiente a la luz de los *Principios del Debido Proceso*.

El análisis normativo debiera ser más amplio y tomar en cuenta no sólo la actual regulación del procedimiento administrativo, sino que debe analizarse también la normativa orgánica de la SVS, toda vez que la estructuración de ésta influye y condiciona el desarrollo de los PAS.

Respecto a este último punto, debe señalarse que sobre la SVS confluyen múltiples potestades, destacándose las normativas fiscalizadoras y sancionatorias²². Evidentemente, la sola concentración de facultades implica dotar a la Administración de un mayor poder sobre los sujetos sometidos a su regulación, cuestión que pugna con el principio de separación de poderes. En abstracto, se observa una relación inversamente proporcional entre un incremento de autoridad y los derechos y garantías de los fiscalizados, de manera tal que al aumentar los poderes con que cuenta un organismo estatal, disminuyen las garantías de titularidad de los fiscalizados. Lo anterior por cuanto la expansión de funciones como las señaladas, implican necesariamente el ejercicio de un mayor poder de decisión sobre los destinatarios de las normas. Coincidente con este diagnóstico, el mensaje del proyecto de ley actualmente en discusión en el Congreso que crea la Comisión de Valores y Seguros, señala sobre el actual estado de la SVS que

²² José Francisco GARCÍA G., “¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio”, pp. 339 y ss. Dicho diagnóstico es coincidente con el Mensaje del Proyecto de Ley que crea la Comisión de Valores.

“(…) este diseño institucional supone ciertas debilidades adicionales derivadas a la sola evolución de los mercados, las cuales se intenta mitigar a través del presente proyecto de ley. Dentro de estas debilidades, se pueden citar, entre otras:

a. El hecho de recaer toda la autoridad y atribuciones en una autoridad unipersonal, el Superintendente, supone el hecho de no contar con contrapesos y filtros eficientes frente a las resoluciones y normativa;

b. La actual estructura de la Superintendencia, en cuanto órgano que investiga posibles infracciones y resuelve en un procedimiento sancionatorio, concentra dichas facultades en el Superintendente, lo que genera riesgos de cuestionamientos a la imparcialidad; y

c. Atendida la dinámica del rol fiscalizador, regulatorio y sancionatorio en el mercado de valores y seguros, resulta del todo conveniente establecer una estructura colegiada que permita contar con diversidad de criterios y experiencia en la adopción de decisiones particularmente relevantes para estos mercados y hacer frente a los complejos escenarios que atraviesan los mercados, cada vez más globalizados.

Estas situaciones, hacen cada vez más necesario que la Superintendencia cuente con un gobierno corporativo e institucionalidad que dé cada vez mayor garantía de la objetividad, eficiencia y oportunidad de las decisiones que adopta. Para lograr dicho objetivo, se requiere realizar un cambio profundo al marco jurídico que la rige, fortaleciendo su gobierno corporativo, su estructura orgánica y los recursos humanos y materiales que se le asignan”²³.

La reciente cita da cuenta de los peligros que se derivan desde la propia estructura orgánica de la SVS en relación a los *Principios del Debido Proceso*. Ahora bien, si de la sola estructura de diseño de la SVS se identifican notorios riesgos de vulneración de garantías fundamentales, este riesgo se incrementa sustancialmente en el momento en que la Administración materializa su pretensión sancionatoria mediante el PAS.

Por lo anterior, resulta altamente discutible desde la perspectiva de las garantías de los justiciables ante el *ius puniendi* estatal en sede administrativa, que la pretensión sancionatoria de la Administración se encuentre enmarcada normativamente en las disposiciones contenidas en la Ley 19.880 sobre Bases de Procedimientos Administrativos. Dicha normativa –que si bien fue dictada con miras a establecer limitaciones sensatas en el ejercicio del poder público por parte de la Administración– es del todo precaria como resguardo normativo para la sustanciación de PAS.

Dada la anómala calidad de persecutor y decisor de la SVS, resulta probadamente dificultoso para quienes se han visto arrastrados a un PAS

²³ Proyecto de Ley que crea la Comisión de Valores y Seguros.

la aplicación de las instituciones y principios generales de derecho procesal a dichos procedimientos. Conceptos como acción, excepción, imparcialidad y proceso ven su significado y sentido desdibujado debido a la atrofia estructural que supone reunir en un mismo organismo la calidad de persecutor y decisor. Pero no por pervertidos que se encuentren dichos conceptos producto de la deficiente estructuración de la Administración del Estado, ellos dejan de tener validez o su aplicación puede ser omitida, ya que dichas instituciones procesales básicas otorgan legitimidad y certeza a las decisiones que adoptan aquellos organismos facultados para decidir de manera vinculante cuestiones de relevancia jurídica. La aspiración de claridad conceptual en cuanto a la aplicación de instituciones procesales clásicas y fundamentales en las relaciones controversiales en que se ven envueltos los integrantes de una comunidad jurídicamente organizada, reconoce su fundamento en la seguridad y garantía que, producto de años de elaboración, dichos conceptos importan para quienes controvierten.

3.- Principios del Debido Proceso

En el actual Estado Constitucional de Derecho, el principio de legalidad como garantía limitativa de la actuación del Estado se ha transformado en un concepto más amplio –principio de juridicidad– en virtud del cual ya no sólo se exige una sujeción formal del Estado a la ley, sino que ésta, a su vez, debe ser consistente con las normas establecidas en la Constitución²⁴. Así, la ley encuentra sus límites en los principios constitucionales, quedando condicionada por los derechos positivados en ésta. Es decir, la ley no tiene un valor autónomo producto de su apego a procedimientos formales de creación, sino que éste dependerá de su adecuación a los derechos fundamentales²⁵.

El Estado contemporáneo se caracteriza por la fuerza normativa de la Constitución²⁶, cuestión determinante a la hora de evaluar las actuaciones

²⁴ Richard POSNER, *Overcoming Law*, p. 173. (...) The common preoccupation of these theorists, as of most constitutional theorist today, is with the soundness or legitimacy of a relative handful of famous Supreme Court decisions concerning individual rights. That constitutional theory should have so confined, and so relentlessly normative, a focus is not inevitable even if we ignore the fact that Constitution does much more than confer rights; it also defines the respective powers of the different branches of government. It would be good if students of the Constitution paid more attention to the positive aspects of their subject –in particular the causes and consequences of constitutional rights, duties, power, and structures.

²⁵ MARIONI, PÉREZ RAGONE, NUÑEZ OJEDA, *op. cit.*, pp. 22 y ss.

²⁶ *Op. cit.*, p. 33.

del Estado y particularmente aquellas en las que existe posibilidad de vulneración de derechos fundamentales. Así, toda norma constitucional, “(...) produce efectos jurídicos inmediatos y condiciona el ‘modo de ser’ de las reglas”²⁷. Por tanto, las normas constitucionales, además de su dimensión normativa, cumplen la función de prisma interpretativo respecto de aquellas normas en que se plasman los distintos derechos que ellas consagran. Lo anterior implica que las normas reguladoras de los PAS deben tener como referencia obligatoria los principios inspiradores del debido proceso reconocidos en la Constitución²⁸.

Por lo mismo, primero la SVS y luego los Tribunales de Justicia, no deben reducir la aplicación de los PAS única y exclusivamente a las normas de derecho positivo que ordenan dichos procedimientos, sino que deben hacerlos concordar con las normas y principios establecidos en la Constitución. En el estado actual de la cuestión, el proceso de adecuación interpretativa resulta particularmente relevante, habida consideración de que no existe normativa especial que se refiera a los PAS. Lo anterior constituye una grave falencia normativa del Estado, toda vez que éstos no pueden ser catalogados únicamente como *instrumentos de política pública* con los que cuenta la Administración para el desarrollo de las funciones, sino que en ellos se determina la pretensión punitiva de la Administración, cuestión jurídicamente trascendente que puede importar una interferencia en los derechos fundamentales de los individuos objetos de dicha pretensión²⁹. Siguiendo a Lucía Alarcón Sotomayor,

“el procedimiento administrativo sancionador constituye una garantía esencial para los administrados que sean acusados de haber cometido una infracción. Como todos los procedimientos administrativos, supone una garantía de acierto para la Administración en su decisión y es el cauce normal para que el administrado ejercite sus derechos ante ella. Pero, en el procedimiento sancionador, aún hay más, puesto que en él deben hacerse valer verdaderos derechos fundamentales del inculpa”³⁰.

²⁷ MARIONI, PÉREZ RAGONE, NUÑEZ OJEDA, *op. cit.*, p. 34.

²⁸ En un sentido similar, el profesor Julián LÓPEZ MASLE señala que el prestigio de que goza el principio del debido proceso se desprende de la doble función que cumple en los EEUU como “función de integración de otros derechos fundamentales y como función de generación de reglas de la persecución estatal”. Julián LÓPEZ MASLE, “Debido Proceso en Chile: hacia un principio generador de reglas”.

²⁹ El TRIBUNAL CONSTITUCIONAL así lo ha establecido en los fallos N° 244, 376, y 389.

³⁰ REBOLLEDO PUIG, IZQUIERDO CARRASCO, ALARCÓN SOTOMAYOR, BUENO ARMIJO, *op. cit.*, p. 541.

Así, el desafío a que se encuentran sujetos los PAS es elevar al grado de garantía normas que simplemente establecen directrices generales para el desarrollo de la función pública. En mi opinión, ello puede alcanzarse de forma simple y directa por medio de la vía interpretativa.

La fórmula mediante la cual se recoge el concepto de *Debido Proceso* en nuestra Constitución permite extraer criterios interpretativos, pero, consistentes con su carácter referencial, ellos no se agotan en el escueto texto de la disposición constitucional³¹. De lo anterior se da cuenta en las discusiones mantenidas en el seno de la Comisión Constituyente, en la cual se repara en la dificultad de definir el *Debido Proceso*³², como asimismo, la negativa de los comisionados de adoptar dicha expresión en la Carta Fundamental, la cual se identifica con el estándar establecido por la jurisprudencia norteamericana. Por tanto, dicho concepto no puede considerarse agotado en la definición constitucional, sino que éste debe ser complementado con la elaboración que han hecho la doctrina y la jurisprudencia. Tal como se indicara anteriormente, la conceptualización del *Debido Proceso* ha sido formulada mayoritariamente en términos negativos³³, cuestión que dificulta su aplicación como parámetro interpretativo.

En razón de lo anterior, y dado su utilidad para los efectos del presente análisis, expondremos la categorización realizada por Alvarado Velloso y compartida por Tavolari³⁴. Así, los principios que debieran servir de inspiración para la interpretación de las normas procesales, son los que se señalan en el siguiente apartado.

3.1.- DETERMINACIÓN POSITIVA DEL DEBIDO PROCESO

Siguiendo a Alvarado Velloso,

“(...) el proceso, como medio de discusión que es, debe desarrollarse entre dos partes situadas en posiciones antagónicas y ante un tercero que actúa en carácter de autoridad.

³¹ BORDALI SALAMANCA, *op. cit.*, p. 266.

³² TAVOLARI OLIVEROS, *op. cit.*, p. 50.

³³ Cita 5.

³⁴ MARIONI, PÉREZ RAGONE, NUÑEZ OJEDA, *op. cit.*, pp. 439-440. “(...) Los aspectos que constituyen condiciones del debido proceso adjetivo asumen muy especial relevancia por impronta constitucional: 1) que medie imparcialidad e independencia de los jueces, condición que se vincula con el principio procesal de igualdad de las partes en litigio; 2) que todo litigante tenga oportunidad adecuada de defensa y prueba, vinculado al principio de contradicción; y 3) que la intervención jurisdiccional asegure la tutela judicial efectiva en tiempo útil, condición vinculada al principio de economía procesal (Art. 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos)”.

Cualquier cosa que se le parezca, pero que no reproduzca exactamente tal afirmación, será un simple procedimiento, pero no un proceso.

Y es que el concepto de procedimiento es puramente jurídico y común a todas las instancias que pueden ejercitarse ante cualquier funcionario (administrativo o judicial) y siempre constituye una serie de actos predeterminados por el legislador y que sirven como modelo patrón para que sean reproducidos invariablemente por los interesados³⁵.

Agrega el autor que, siendo el proceso un medio de resolver conflictos, para que pueda hablarse de Debido Proceso deben satisfacerse los siguientes presupuestos:

“1.- El principio de igualdad de las partes: esencialmente, todo proceso supone la presencia de dos sujetos (carácter dual del concepto de parte) que mantienen posiciones antagónicas respecto de una misma cuestión (pretensión y resistencia).

Si la razón de ser del proceso es erradicar la fuerza ilegítima de una sociedad dada y, con ello, las diferencias naturales que irremediamente separan a los hombres, es consustancial de la idea lógica de proceso que el debate se efectúe en pie de perfecta igualdad.

Tan importante es esto que todas las Constituciones del mundo consagran de modo expreso el derecho de igualdad ante la ley, prohibiendo contemporáneamente algunas situaciones que implican una clara desigualdad (...).

En el campo del proceso la igualdad significa paridad de oportunidades y de audiencia; de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no pueden constituir, respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio, ni el juez puede dejar de dar un tratamiento absolutamente similar a ambos contendientes.

2.- El principio de imparcialidad del juzgador: de tanta importancia como el anterior es éste, que indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar ese carácter; para ello no ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad), ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia).

3.- El principio de transitoriedad del proceso: nadie puede dudar que el proceso es un remedio para solucionar los conflictos que ponen en peligro la convivencia armónica de quienes integran una sociedad dada. Pero ello no significa que constituya un bien en sí mismo (...).

(...). De ahí que todo proceso deba ser necesariamente transitorio, significando ello que alguna vez ha de terminar sin posibilidad de reabrir la discusión. (...)

³⁵ ALVARADO VELLOSO, *op. cit.*, p. 552.

4.- El principio de eficacia de la serie procedimental: para que el proceso pueda funcionar como adecuado medio de debate es imprescindible que la serie consecucional que lo instrumenta sea apta para que en ella se desarrolle armónicamente el diálogo querido por el legislador.

Para que una serie procedimental sea eficaz a este efecto debe estar constituida por los pasos elementales que han sido aceptados como tales en todo tiempo y lugar: afirmación, negación, confirmación y evaluación.

5.- El principio de moralidad procesal: si la razón de ser del proceso es erradicar toda suerte de fuerza ilegítima de una sociedad, no puede siquiera concebirse que el legislador norme un medio de debate en el que pueda ser utilizada la fuerza bajo la forma de aviesa arteria o traición. De ahí que la regla moral deba presidir el desarrollo del proceso, al igual que debe hacerlo en todos los demás actos de la vida jurídica.

(...)

La importancia de esta concepción radica en la circunstancia de que un proceso es tal cuando se desarrolla conforme a la totalidad de los principios enunciados³⁶.

Si lo que se pretende es que las normas que regulan los PAS se encuentren libres de objeciones desde el punto de vista de un *Debido Proceso*, en su interpretación y adecuación deberían tenerse en consideración los principios anteriormente reseñados. Sin duda los puntos más controvertidos a la hora de su aplicación al PAS son los contenidos en los números 1) y 2), por cuanto su actual estructura normativa simplemente no los reconoce, quedando dichos parámetros relegados a la determinación discrecional de la SVS. Por lo mismo, la interpretación que de ellos se haga debiera tender a aplicarlos, en la mayor medida de lo posible, ya que, por otra parte, su aplicación en plenitud haría imposible la realización de la función administrativa.

Ahora bien, lo anterior nos impone un nuevo problema, consistente en determinar la extensión de la fuerza interpretativa de los preceptos constitucionales en relación a los distintos poderes del Estado involucrados en la sustanciación o revisión de los PAS. Debemos determinar en qué medida los *Principios del Debido Proceso* serían exigibles de manera compulsiva a los órganos del Estado, ya que, en un Estado de Derecho, las actuaciones de la Administración necesariamente requieren de la posibilidad de revisión por algún órgano externo e independiente, ya sea bajo la denominación de Tribunales de lo Contencioso Administrativo, ya sea derechamente mediante la Revisión Judicial³⁷. Así, una interpretación

³⁶ ALVARADO VELLOSO, *op. cit.*, pp. 557 y ss., TAVOLARI OLIVEROS, *op. cit.*, p. 51.

³⁷ REBOLLEDO PUIG, IZQUIERDO CARRASCO, ALARCÓN SOTOMAYOR, BUENO ARMIJO, *op. cit.*, p. 911 "Como toda actividad administrativa, la sancionadora está sometida al control judicial. Lo contrario vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la

de los PAS conforme a los principios constitucionales no sólo resulta imperativo para la Administración, sino que en igual o mayor medida, respecto de quien se encuentra llamado a revisar el apego de la actuación administrativa a la legalidad vigente. En este sentido, resulta comprensible que la Administración, con miras a obtener los fines que la ley le ha encomendado, no sea tan rigurosa en la aplicación de los principios constitucionales respecto de los sujetos a su pretensión punitiva. Sin embargo, de observarse tal fenómeno, debieran ser los Tribunales de Justicia los que exijan su cumplimiento por parte de la Administración³⁸. Con todo, consistentemente, los Tribunales han renunciado a su tarea de corregir las vulneraciones a los Principios del Debido Proceso en los PAS³⁹⁻⁴⁰.

CE así como lo establecido en el artículo 106.1 de la CE que consagra el control judicial de toda la actuación administrativa”.

³⁸ John Anthony JOLOWICZ, “On Civil Procedure”, pp. 151-153.

³⁹ La deferencia hacia la Administración por parte de los Tribunales de Justicia se ha manifestado principalmente a través de dos vertientes: i) Mediante la declaración de incompetencia por parte de los juzgados civiles de primera instancia para conocer materias relativas a la legalidad del procedimiento administrativo en virtud de lo dispuesto en el artículo 46 del DL 3538; y ii) Mediante la desestimación de las reclamaciones de vulneración a las normas de procedimiento administrativo.

⁴⁰ LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, en las causas Rol N° 1785-2012, acumulado al 1786-2012 se pronunció sobre el particular en los siguientes términos: “42°) Que, desde luego, es del caso manifestar y poner de relieve la circunstancia que, como es común en esta clase de reclamos, las argumentaciones son todas de orden formal, que apuntan, como siempre se hace, a reprochar cuestiones de procedimiento o posibles faltas de garantías en el juzgamiento, llegándose en el presente caso incluso al límite de imputar falta de probidad –honestidad u honradez– del Superintendente de Valores y Seguros, obviando por cierto lo principal, esto es, si se es o no responsable de lo que se ha calificado en el informe de la Superintendencia en términos que “nos encontramos frente a uno de los fraudes financieros más grandes de la historia del mercado de capitales chileno”.

Lo único que puede encontrarse al respecto, esto es, en torno a la comisión de los hechos imputados, es el calificativo de “supuestas” que se otorga a las infracciones. Lo anterior, aun cuando pudiere argumentarse, por cierto, que se trata de un reclamo de ilegalidad y que las alegaciones de mérito corren por otro carril o vía jurídica distinta;

43°) Que, de otro lado, debe también ponerse de relieve que las alegaciones que se han hecho en el presente caso no tienen ninguna novedad, puesto que son las mismas que, de ordinario, se formulan a raíz del cuestionamiento de procedimientos incoados por entidades fiscalizadoras, del ámbito administrativo e incluso de la misma Superintendencia de Valores y Seguros, y de que con relativa frecuencia debe conocer esta Corte, partiendo generalmente por intentar cuestionar la competencia del respectivo órgano para conocer del asunto que se ha investigado, alegando simplemente la incompetencia, o el hecho de que ella recaería en otros órganos fiscalizadores o dotados de la facultad de indagar, por lo cual se invadirían, en esta última eventualidad, las facultades de ese otro órgano.

Así entonces, esta Corte parte por manifestar que lo habitual es que se reprochen los mismos vicios que se han hecho presentes en este caso, según el desglose de alegaciones que se hizo al analizar el libelo de reclamo.

La doctrina actualmente mayoritaria señala que no puede confundirse la función jurisdiccional con la función sancionatoria administrativa⁴¹, aun cuando compartan rasgos comunes. Consecuencialmente, la intensidad de los requerimientos de un *Debido Proceso* no son los mismos en sede jurisdiccional y en sede administrativa, siendo en esta última el estándar requerido más laxo⁴².

Así, se debe determinar de qué manera o con qué intensidad le son aplicables al PAS los principios del *Debido Proceso*.

3.2. EL DENOMINADO “DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO”

Desde ya puede notarse que lo que se le exige a la Administración no es un *Debido Proceso* en los términos referidos anteriormente, sino que los requisitos de legitimidad en la materialización de su potestad sancionatoria se circunscriben a un *Debido Procedimiento Administrativo Sancionatorio*. Es decir, éste no reproduce a cabalidad los requerimientos de un *Proceso*, por cuanto, entre otras licencias, no se perfecciona con dos partes antagónicas

En este recuento general resulta también pertinente consignar que se mezclan alegaciones que dicen relación con la resolución sancionatoria misma, y otras que se relacionan con el procedimiento que condujo a su dictación, lo cual es por cierto improcedente, porque si se reclama de una resolución terminal o final, a la que se llegó después de seguirse los diversos pasos que ha de dar un procedimiento administrativo, las argumentaciones deben decir relación con la misma, pues la oportunidad de cuestionar el procedimiento existe en tanto éste se está llevando a cabo, dentro de los plazos establecidos para ello y, en la especie, lo anterior ya se hizo en el primer reclamo, rechazado previamente en esta misma sentencia, en lo tocante a algunas cuestiones. Respecto de otras, sencillamente no se hicieron en el estadio procedimental correspondiente y no existe la posibilidad de plantearlas ahora, ya que ellas devienen en tardías.

De otra parte, se puede añadir la consideración de que la materia del reclamo es tan conocida, que la propia Superintendencia informante ha tenido oportunidad de afinar sus argumentaciones en contrario a tal punto, que en el caso de la especie se advierte que ha emitido un informe completo, redondo y jurídicamente contundente, con el que esta Corte concuerda por entero, y cuya sola mención y a cuya remisión bastaría para desechar sin más la reclamación”.

⁴¹ Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, pp. 86 y ss.; Daniel E. MALJAR, *El Derecho Administrativo Sancionador*; REBOLLEDO PUIG, IZQUIERDO CARRASCO, ALARCÓN SOTOMAYOR, María BUENO ARMIJO, *op. cit.*, pp. 49 y ss.; J. OSSA ARBELAEZ, *Derecho Administrativo Sancionador: Una aproximación dogmática*, p. 155.

⁴² En contra de esta afirmación se manifiesta el profesor Enrique Alcalde quien señala que “(...) A nivel doctrinario, la moderna tendencia se pronuncia en igual sentido fundándose en la tesis que postula la igualdad cualitativa entre la sanción penal y la pena administrativa y de la que se sigue la aplicación de unos mismos principios y garantías a la imposición de una y otra sanción. Alcalde Rodríguez, Enrique; *Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa*”; *Actualidad Jurídica* N° 24, pp. 69-70.

ante un tercero dotado de autoridad. En este sentido, malamente podríamos hablar de *Debido Proceso* en sede administrativa, si dicho concepto se encuentra reservado única y exclusivamente para aquel método de resolución de conflictos por medio de un tercero imparcial.

Pero la explicación de la aparente paradoja se encuentra en que, siendo el *Debido Proceso* un elemento integrante de los Derechos Fundamentales, éste tiene cabida tanto en sede jurisdiccional como en sede administrativa sancionatoria, en cuanto constituye un referente interpretativo para ambos ámbitos normativos. Si bien la terminología se presta para confusión, ello no es extraño dada –precisamente– la falta de determinación positiva del concepto de *Debido Proceso*. Pero su aplicación en uno y otro ámbito debe ser diferenciada. Reconociendo las diversas estructuras normativas que determinan a la jurisdicción y a la Administración, esta última debiera asemejarse en la mayor medida de lo posible a la decisión jurisdiccional, la cual contiene el estándar más alto en cuanto a la exigencia de legitimidad de su pronunciamiento.

Por lo tanto, resulta razonable matizar la extensión de la aplicación de los principios del Debido Proceso al PAS. En este sentido, el Tribunal Constitucional Español ha trasladado muchos de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española al procedimiento administrativo sancionatorio. Al respecto han señalado que

“No se trata de que todos los derechos del artículo 24.2 de la CE sean trasladables a los procedimientos administrativos sancionatorios, entre otras razones, porque algunos de ellos son absolutamente incompatibles con él, ni de que los sí aplicables lo sean en los mismo términos del proceso penal.(...) Se trata de una proyección, (...) en parte y en lo esencial, o sea, no de todos los derechos del artículo 24.2 CE ni en todo su contenido y extensión”⁴³.

A una solución similar ha llegado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,

“el cual ha declarado que los derechos de defensa del artículo 6, apartados 2 y 3, CEDH, claramente referidos a procesos penales, también resultan aplicables a la hora de imponer sanciones administrativas”⁴⁴.

En sentencia 32/2009 del Tribunal Constitucional Español se indica que

⁴³ REBOLLEDO PUIG, IZQUIERDO CARRASCO, ALARCÓN SOTOMAYOR, BUENO ARMIJO, *op. cit.*, p. 544.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 545.

“Sin ánimo de exhaustividad, cabe citar el derecho a la defensa, que proscribe cualquier indefensión; el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas condiciones; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición de la utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar en contra de sí mismo; y, en fin, el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa, del que se deriva que vulnera el artículo 24.2 de la CE la denegación inmotivada de medios de prueba”.

Tal como puede observarse, la jurisprudencia del TC español reconoce amplios derechos y garantías sobre el Procedimiento Administrativo Sancionatorio.

En Chile –sin la precisión y exhaustividad con que se refiere al tema su par español– la jurisprudencia constitucional es uniforme en cuanto a establecer que si bien el ejercicio de potestades sancionatorias por parte de la Administración no importa el ejercicio de jurisdicción, a éste se aplican los derechos y garantías establecidos en el art. 19 N° 3 de la Constitución “por regla general” o “con matices”⁴⁵. La cuestión es, en definitiva, determinar cuáles son aquellos elementos integrantes del *Debido Proceso* imprescindibles en la aplicación de los procedimientos administrativos sancionatorios y la extensión de éstos.

En un intento de identificar aquellos principios, Román Cordero señala que resulta equívoco

“(...) sostener que la aplicación de la ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, a los procedimientos administrativos sancionatorios, da plena satisfacción a la garantía constitucional del justo y racional procedimiento. Luego agrega que el procedimiento administrativo sancionador debe satisfacer las exigencias de un justo y racional procedimiento, lo que exige que aquél consulte una serie de derechos y garantías para el perseguido en dicha sede, insertos en el concepto de debido proceso, en especial: a) Derecho a la defensa jurídica. (...), b) Derecho a la presunción de inocencia. (...), c) De acceso a la justicia. (...)”⁴⁶.

⁴⁵ Cristián ROMÁN CORDERO, “El Debido Procedimiento Administrativo Sancionador”, p. 183.

⁴⁶ ROMÁN CORDERO, *op. cit.*, pp. 201-202. Considera como elementos integrantes del debido procedimiento administrativo sancionatorio: *Derecho a la defensa jurídica*. En este sentido el Tribunal Constitucional ha aseverado: “Que, de lo razonado en los considerandos precedentes, fluye que los principios del artículo 19 N° 3 de la Constitución, en la amplitud y generalidad ya realizada, se aplican en lo concerniente al fondo o sustancia

Tal como puede apreciarse, los requerimientos de legitimidad establecidos para la decisión administrativa sancionatoria son menos exigentes que aquellos requeridos para el pronunciamiento jurisdiccional. Sin embargo, ello no obsta a que su interpretación deba tender a materializar los primeros.

3.3. TRASLACIÓN DE LA DETERMINACIÓN POSITIVA DEL DEBIDO PROCESO A LOS PAS

Sentado lo anterior, considero de enorme utilidad interpretativa la conceptualización positiva de los principios del *Debido Proceso* realizada por Alvarado Velloso. Evidentemente, dicha elaboración resulta plenamente aplicable en sede jurisdiccional, requiriendo que su traslación a sede administrativa sea ajustada, de manera tal de hacer compatible la aplicación de los derechos fundamentales a los PAS, sin que ello implique

de toda diligencia, trámite o procedimiento, cualquiera sea el órgano estatal involucrado, trátase de actuaciones judiciales, actos jurisdiccionales o decisiones administrativas en que sea, o pueda ser, afectado el principio de legalidad contemplado en la Constitución, o los derechos asegurados en el 19 N° 3 de ella, comenzando con la igual protección de la ley en el ejercicio de los atributos fundamentales. Además y de los mismos razonamientos se sigue que los principios contenidos en aquella disposición constitucional rigen en lo relativo al proceso racional y justo, cualquiera sea la naturaleza, el órgano o el procedimiento de que se trate, incluyendo los de índole administrativa, especialmente cuando se ejerce la potestad sancionadora o infraccional. Por consiguiente, el legislador ha sido convocado por el Poder Constituyente a ejercer su función en plenitud, esto es, tanto en cuestiones sustantivas como procesales, debiendo en ambos aspectos respetar siempre lo asegurado por la Carta Fundamental en el numeral referido. STC Rol N° 437.

Derecho a la presunción de inocencia. En este sentido el Tribunal Constitucional ha establecido –en relación a la responsabilidad penal, pero aplicable igualmente, “por lo general”, a la responsabilidad administrativa: La prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal constituye “un principio que es concreción de la dignidad de la persona humana, consagrada como valor supremo en el artículo 1° de la Constitución Política, y del derecho a la defensa en el marco de un debido proceso, en los términos que reconoce y ampara el artículo 19 N° 3 de la Ley Fundamental”, como esta Magistratura sentenció en fallo recaído sobre la causa 519-2006. Acercándonos a la especie, la prohibición señalada representa un soporte sustancial de gran parte de las garantías doctrinariamente bien llamada igualdad ante la justicia que en nuestro ordenamiento adoptó la peculiar denominación de “igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, dando sustento a la presunción de inocencia en materia penal, de unánime reconocimiento doctrinario, legislativo y jurisprudencial. STC N° 825 C-24.

De acceso a la justicia. En este sentido el Tribunal Constitucional ha establecido: “No se repetirán aquí los razonamientos que, en las sentencias referidas, han fundado tal conclusión, la que además parece evidente: el derecho de acceso a la justicia forma parte de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y del derecho al debido proceso, consagrado por la Constitución” STC N° 1279 C-14.

desconocer las diferencias propias que los alejan de la jurisdicción. En mi opinión, basta con el cumplimiento de tan solo dos principios para que los PAS se encuentren exentos de objeciones desde el punto de vista de los principios de un *Debido Proceso*.

Así, para la conceptualización positiva de los principios de Debido Proceso aplicables en sede administrativa, creemos que ella debiera satisfacer los siguientes criterios:

1. Principio de Resguardo de los Derechos de los Administrados

Resulta evidente que en un PAS no es posible la aplicación del principio de igualdad de las partes, manteniendo la Administración una posición de privilegio respecto de los administrados. Por lo mismo, a fin de soslayar la natural desigualdad que conlleva un PAS, la Administración debiera velar porque en todo momento los derechos del administrado se encuentren debidamente resguardados, independientemente de si la decisión final de la Administración establece la existencia de una conducta reprochable.

Ello implica que en la pugna entre la consecución de los fines propios de la Administración y los derechos de los Administrados, la Administración debiera optar por estos últimos. Ello se deriva del rol que la Constitución le asigna al Estado como garante y promotor de los derechos fundamentales. Así, los fines del Estado deben encontrarse supeditados al respeto a los derechos que emanan de la naturaleza humana.

Las implicancias prácticas de la aplicación de este criterio imponen a la Administración el deber de limitar sus actuaciones a aquellas que no impliquen un menoscabo o riesgo a los derechos de los administrados. Evidentemente, mientras mayor sea la determinación normativa de los derechos y garantías con que cuentan los administrados, menor será la relevancia práctica del presente principio. Sin embargo, dado que en la actualidad no existe una determinación adecuada respecto de las garantías de los administrados en los PAS, éste principio resulta de vital importancia para una evaluación acorde a los Principios de un Debido Proceso.

2. Principio de Imparcialidad Administrativa

Debemos ser claros en que lo que se le exige a la Administración en un PAS es más intenso que el principio de imparcialidad establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo⁴⁷. La disposición contenida en la

⁴⁷ El artículo 11 de la Ley N° 19.880 dispone: "Principio de Imparcialidad. La administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado

Ley de Bases de Procedimiento Administrativo referente al principio de imparcialidad, resulta tímida a la luz de los requerimientos de un *Debido Proceso*⁴⁸. No puede perderse de vista que en el *PAS*, al ejercerse la potestad punitiva del Estado, se encuentran en riesgo los derechos fundamentales de los administrados. Dicha disposición, bajo el concepto de imparcialidad, trata conjuntamente dos presupuestos procedimentales de naturaleza diversa, como lo son la *objetividad* y la *probidad administrativa*. Dicha estructuración se presta para equívocos, ya que su tratamiento conjunto crea un vínculo normativo entre ambos principios, el cual no necesariamente se observa en el desarrollo de un acto administrativo. En otros términos, aun cuando la exigencia de imparcialidad respecto de la Administración no resulta equiparable a aquella exigida a la jurisdicción, ello no obsta a que dicho principio sea aplicado “aproximando al máximo posible el procedimiento administrativo sancionador al proceso penal”⁴⁹. Pero

“el que este derecho fundamental no rija, no significa que, aunque menores en su alcance y valor, no existan algunas garantías que se sitúen en una misma dirección. En concreto, el TC y el TS han insistido en que: ‘(...) lo que del Instructor cabe reclamar (...) no es que actúen en la situación de imparcialidad personal y procesal que constitucionalmente se exige a los órganos judiciales cuando ejercen jurisdicción, sino que actúe con objetividad (...), es decir, desempeñando sus funciones en el procedimiento con desinterés personal’ [SSTC 14/1999, de 22 de febrero; 234/1991, de 16 de diciembre; 172/1996, de 31 de octubre; y 73/1997, de 11 de abril; y STS de 18 de marzo de 2002, Sala de lo Militar (Ar. 5308)]”⁵⁰

en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte.

Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquéllos que resuelvan recursos administrativos”.

⁴⁸ La actual normativa no contempla una disposición como el art. 134 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común española. Señala dicho artículo: “Garantía de procedimiento.

1. El ejercicio de la potestad sancionadora requerirá procedimiento legal o reglamentariamente establecido.

2. Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a órganos distintos.

3. En ningún caso se podrá imponer una sanción sin que se haya tramitado el necesario procedimiento.”

⁴⁹ REBOLLEDO PUIG, IZQUIERDO CARRASCO, ALARCÓN SOTOMAYOR, BUENO ARMIJO, *op. cit.*, p. 546.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 547.

Así, la imparcialidad debe ser un principio de tutela vinculado al hecho que

“(...) la imparcialidad no sólo responde a la lógica del ‘poder limitado por el poder’, sino también a la existencia de razones para la limitación del poder y a la aspiración de que el poder sea justo”⁵¹.

Sostenemos que el deber de imparcialidad a que deben someterse los PAS como requisito de adecuación a los principios de un debido proceso, dice relación con el hecho que

“En una comunidad política, el consenso general no se basa en la dirección política, sino en el ordenamiento jurídico en su conjunto. En consecuencia la imparcialidad vendría a ser una fidelidad no ya a la dirección política, sino al ordenamiento jurídico, punto de referencia más adecuado para una Administración abierta al ámbito constitucional de los valores (y a la tutela de las minorías).

La imparcialidad consiste, pues, en la consideración de todos los valores del ordenamiento, aunque sea solamente uno el que está implicado. Además de la prohibición de replegarse sobre sus propios intereses, que se concreta negativamente en la ajenidad del poder respecto a esos intereses, la imparcialidad comporta positivamente una armonización de fines, una visión global del contenido de la Constitución”⁵².

De lo anterior se desprende que el *Principio de Imparcialidad Administrativa*, si bien presenta evidentes diferencias con la exigencia de imparcialidad que se requiere de la jurisdicción, impone sobre ésta una restricción destinada a tutelar los derechos fundamentales emanados de la Constitución, dentro de los cuales se encuentran aquellos relacionados con el *Debido Proceso*.

En definitiva, el estándar exigible a la Administración en materia de imparcialidad es un punto intermedio entre lo dispuesto en la Ley 19.880 sobre Procedimiento Administrativo y lo que se exige a la Jurisdicción en materia de imparcialidad. Sin embargo, tratándose de un PAS, las actuaciones de la Administración debieran tender más hacia este último que hacia el primero. Consecuencia de lo anterior es que la práctica sancionatoria de la Administración debiera recoger, a lo menos de manera referencial, lo dispuesto en el artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 5° de nuestra Constitución.

⁵¹ Isabel TRUJILLO, *Imparcialidad*; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, p. 338.

⁵² *Op. cit.*, pp. 344-345.

4. DESCRIPCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO SEGUIDO ANTE LA SVS

El sustento normativo procedimental utilizado por la SVS para la sustanciación de PAS se circunscribe a la aplicación de la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos⁵³. Claramente, los objetivos de dicho cuerpo legal no dicen relación con la tramitación de procedimientos administrativos sancionadores, ni menos aún la protección de los derechos de los administrados sujetos a éste, en cuanto a individuos objeto de la pretensión punitiva del Estado. Por tanto, la tramitación de los PAS, desde su propio fundamento normativo procedimental, cuenta con la anomalía de no ser un medio idóneo para el tratamiento de la materia que se pretende regular.

En términos generales, la principal falencia de que adolece la tramitación de los PAS es la convergencia en una misma autoridad de la calidad de investigador y juzgador, sin que exista una estructura normativa adecuada para garantizar los derechos fundamentales de los administrados. Lo anterior es recogido por el proyecto de Ley de reforma de la SVS, en términos tales que el segundo objetivo de ésta es, precisamente, *Favorecer la legitimidad y debido proceso en la aplicación de sanciones*⁵⁴, cuestión que resulta un avance significativo en la materia, pero insuficiente si no se contemplan garantías procedimentales adicionales que restrinjan la discrecionalidad de la Administración durante el desarrollo del PAS.

La circunstancia de ser la SVS instructor y resolutor constituye la principal razón por la cual la adecuación interpretativa cobra relevancia. Las diversas etapas en que se estructura el PAS se ven condicionadas por dicha circunstancia, tendiendo ellas a corroborar las hipótesis sancionatorias elaboradas por la SVS. De los datos recopilados para el presente trabajo, se desprende que en el 90% de los casos, la SVS ratifica su hipótesis

⁵³ Conforme a lo indicado en el Mensaje de la Ley N° 19.880, ésta tenía por objeto “dotar al país de servicios públicos que se caractericen por su agilidad, eficiencia y dinamismo. La inactividad, la pasividad o la inercia de la Administración, en aquellos casos en que es posible exigir de ella un pronunciamiento concreto, puede derivar en la constitución de relaciones jurídicas caracterizadas por la incertidumbre o confusión, con los consiguientes perjuicios de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los particulares e, incluso, del interés de la propia Administración”.

⁵⁴ Al respecto, el mensaje de dicho cuerpo legal señala lo siguiente: “Se separan por primera vez las funciones de investigación y formulación de cargos, de la adopción de las decisiones de sanción o absolución de una determinada conducta, generando una segregación de roles que hoy concurren en el Superintendente, lo cual contribuye a fortalecer las garantías de debido proceso”.

sancionatoria⁵⁵⁻⁵⁶. Si bien normativamente existe la posibilidad de impugnar las actuaciones de la Administración mediante el Recurso de Ilegalidad establecido en el artículo 46 del DL 3.538, la verdad es que la Corte rara vez concede la razón a los recurrentes, operando en la mayoría de los casos la deferencia hacia la Administración, sin que exista un mayor análisis de parte de los Tribunales respecto de las pretensiones de los afectados. Adicionalmente, se presenta el absurdo de que, dada la inexistencia de una norma legal específica que recoja en términos explícitos las garantías de un debido proceso respecto de un PAS, no es posible identificar incumplimientos legales por infracción a las normas de un *Debido Proceso*, por cuanto lo que en definitiva se infringe son disposiciones constitucionales, las cuales exceden al ámbito de competencia del mencionado recurso.

4.1. Órgano sustanciador del PAS

En términos orgánicos, el procedimiento en cuestión es sustanciado por la denominada ACME de la SVS, a la cual se le encomienda

“La ejecución y coordinación de la política de investigación y persecución de aquellas conductas que transgredan las disposiciones legales y reglamentarias de su competencia aplicable a las operaciones de los mercados de valores y seguros.

En el desempeño de sus funciones, esta Área tendrá en cuenta los sistemas de supervisión definidos por la Superintendencia para cada una de las entidades fiscalizadas por ella. En este marco, y una vez que las conductas u operaciones irregulares hayan sido puestas en su conocimiento, el Área deberá velar por: i) la realización de las investigaciones necesarias en el ámbito de los procesos sancionadores; ii) la determinación de los responsables de las conductas infraccionales investigadas; y iii) que se hagan efectivas las sanciones por infracciones a las normas que regulan los mercados de valores y seguros”⁵⁷.

Ahora bien, dicha unidad no cuenta con autonomía para la instrucción de las investigaciones ni en la determinación de los responsables, encon-

⁵⁵ Para el presente trabajo se analizaron un total de 564 resoluciones relativas a procedimientos administrativos sancionatorios emitidas entre el año 2004 y 2014, observándose que tan solo en 55 de ellas la Administración exculpa a quienes les formulara cargos. Es decir, la Administración logra ratificar su hipótesis sancionatoria en más del 90% de las veces.

⁵⁶ Para un acercamiento cuantitativo y cualitativo a la función sancionadora de la SVS véase Diego PARDOW, “La experiencia chilena disuadiendo ilícitos corporativos”.

⁵⁷ www.svs.cl/portal/principal/605/w3-article-12428.html [Fecha de consulta: 7 de diciembre de 2015].

trándose supeditada a la autoridad del Superintendente, a quien, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 del DL 3.538, corresponde especialmente

“a) Planificar, organizar, dirigir, coordinar y controlar el funcionamiento de la Superintendencia; (...) y f) Aplicar las sanciones que señala el presente decreto ley, de conformidad a lo establecido en el Título III”.

Por tanto, si bien son los funcionarios de dicha Área quienes tramitan los PAS, lo hacen conforme a las directrices e instrucciones emanadas del Superintendente. Por lo mismo, el hecho que sea esta división específica de la entidad administrativa la que tramite el PAS, no constituye una garantía para los fiscalizados en el sentido de que quien tramita el PAS es un ente distinto a quien adopta la decisión definitiva respecto de las conductas reprochadas.

4.2. Desarrollo del PAS

4.2.1. Etapa de recopilación de antecedentes

De conformidad a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 29 de la Ley de Procedimiento Administrativo,

“Con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento”.

En esta etapa, las SVS ejercita las facultades que le concede el artículo 4° del DL 3.538, específicamente lo dispuesto en las letras: *d)*, *f)*, *g)* y *h)*. Adicionalmente, en esta etapa del proceso la SVS cuenta con aquella información que los organismos fiscalizados deben necesariamente entregar a la SVS en virtud de normativas específicas que las rigen.

Resulta discutible la incorporación de esta etapa al PAS, por cuanto éste aún no se inicia. Sin embargo, esta fase resulta determinante para la pretensión punitiva de la Administración, ya que es en ésta en la que se obtienen los elementos suficientes como para realizar un reproche a determinadas conductas que posteriormente se formalizarán en la presentación de cargos. Desde ya, resulta interesante preguntarse si esta etapa debiera ser la única etapa de investigación con que cuenta la Administración o si bien, una vez formulados los cargos, ella se encuentra facultada para proseguir con el acopio de antecedentes que fundamenten su pretensión sancionatoria.

La práctica sancionatoria de la SVS ha llevado a que esta etapa se realice en consideración únicamente de aquella normativa referida anteriormente contenida en el DL 3.538, obviando la normativa general aplicable a los Procedimientos Administrativos contenida en la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo, tales como los principios de contradictoriedad, imparcialidad, transparencia y publicidad, los cuales, si bien no califican como garantías procedimentales suficientes en un PAS, son preferibles a no contar con garantía alguna. Lo problemático de esta etapa es la determinación de si la Administración se encuentra produciendo prueba, o simplemente se encuentra recopilando antecedentes que le permitan tener presunciones respecto de una determinada conducta ilícita.

Si se concluyera que las actuaciones de la Administración constituyen pruebas, ellas debieran cumplir con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley N° 19.880, el cual dispone que

“La Administración comunicará a los interesados, con la suficiente antelación, el inicio de las actuaciones necesarias para la realización de las pruebas que hayan sido admitidas. (...)”,

cuestión que en la práctica no ocurre. Por su parte, si se concluyera que las actuaciones de la Administración en esta etapa corresponden únicamente a diligencias que la habilitan a obtener los indicios necesarios para la incoación de un PAS, entonces dicha prueba deberá ser debidamente producida en la etapa probatoria. Sin embargo, las diligencias llevadas a cabo en esta fase no se clasifican en ninguna de las alternativas señaladas: no se llevan a cabo conforme lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y no son reproducidas en la etapa de prueba del PAS, ya que la práctica sancionatoria de la Administración hace prevalecer el artículo 35 inciso segundo de la Ley 19.880⁵⁸.

Un tema particularmente sensible respecto de esta etapa del procedimiento lo constituye la toma de declaraciones respecto de personas que tienen algún grado de vinculación con los hechos investigados por la SVS. Habitualmente, estas diligencias comienzan con la siguiente prevención por parte de los funcionarios a cargo:

“En este acto y previo a su declaración se le informa que de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 26 del DL 3.538 quien rinda

⁵⁸ Señala el mencionado precepto que “Cuando a la Administración no le consten los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo ordenará la apertura de un periodo de prueba, por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes”.

declaraciones falsas ante la SVS incurrirá en las penas que establece el artículo 219 del Código Penal. Adicionalmente se le informa que su declaración podrá ser utilizada para los fines de investigación propios de este servicio”.

Quienes prestan declaración ante la SVS en esta etapa procedimental lo hacen bajo la amenaza de sanción penal, en el evento que dichas declaraciones sean falsas. La gravedad de lo anterior –a mi juicio– radica en la omisión por parte de la SVS de una prevención respecto del derecho que asiste a los administrados ya sea a guardar silencio, ya sea a no declarar en contra de sí mismo. Aun cuando se trata de derechos que en sede penal son de carácter básico, en sede administrativa no operan.

Otro tema sensible al respecto es determinar qué valor probatorio tendrán dichas declaraciones en la etapa probatoria del procedimiento. Es decir, el principio debiera ser que dado que dichas declaraciones son producidas sin tomar en consideración derechos mínimos de los sujetos a un PAS, su valor probatorio no puede fundamentar la pretensión punitiva de la Administración. Evidentemente, esta disquisición carece de sentido práctico, ya que el actual procedimiento no contempla ni distintas etapas de tramitación, ni la separación entre instructores del PAS y quienes los resuelven.

4.2.2. Etapa de discusión

Está dada por los trámites de formulación de cargos y recepción de descargos. Esta estructura no reconoce un fundamento normativo positivo, sino que es una creación administrativa, con evidente inspiración en el principio dialéctico de los procesos jurisdiccionales.

Lo particular de esta etapa radica en que no opera como un cierre a la recopilación de antecedentes de la administración, pudiendo la SVS continuar investigando y produciendo prueba respecto de las conductas por las cuales formuló cargos.

En este aspecto cobra relevancia lo analizado en el punto 2.3 del presente trabajo, en relación a la justificación conceptual que ha realizado la SVS sobre el ejercicio de su potestad sancionatoria. Lo anterior por cuanto el PAS se desarrollará evidentemente con menores garantías que aquellas establecidas para el Derecho Penal, pero, adicionalmente, la SVS ya ha explicitado su intención de utilizar su potestad sancionatoria para lograr que los fiscalizados cumplan con las normas que regulan los mercados de valores y seguros. En otras palabras, el PAS se encuentra imbuido de una suerte de *ad intentionem punire*, respecto del cual el administrado no se encuentra en un plano de igualdad de armas con la Administración.

Lo anterior tiene una serie de consecuencias sobre la aplicación de los principios del *Debido Proceso*, siendo a mi juicio la más relevante el que el derecho de defensa supone siempre una base inmutable de discusión, respecto de la cual deberá producirse la prueba. De lo contrario, resulta inoficioso la realización de descargos, ya que la Administración tendrá siempre la posibilidad de desestimarlos en el transcurso del PAS mediante la producción de nuevas diligencias probatorias *ad hoc* a los argumentos entregados por los formulados de cargos.

4.2.1. Formulación de cargos

Esta estructura no reconoce fundamento normativo, más allá de la elemental premisa de que no puede existir sanción sin previo procedimiento de acreditación de los hechos reprochados. Evidentemente, dada la inexistencia de una determinación normativa respecto a los requisitos que debe cumplir este trámite, este acto se encuentra conformado por los acápites o secciones que la SVS estima son indispensables para el ejercicio del derecho de defensa. En tal sentido, el contenido de este documento ha ido mutando en el tiempo, conforme la adopción en los procedimientos administrativos de los principios de un *Debido Proceso*. Así, se observa una marcada evolución en el sentido de ir dotando de mayores garantías al PAS.

La estructura de este documento depende de la forma en que la SVS plantee su caso, existiendo distintos modelos de acuerdo al PAS de que se trate. No existe un modelo único y estándar para las formulaciones de cargo, variando el contenido y la forma en que éstos son presentados caso a caso. No obstante lo anterior, en término generales se estructuran de la siguiente manera:

- I Una descripción general de los antecedentes.
- II La especificación de los hechos que la SVS ha tenido en consideración para la formulación de cargos.
- III La individualización de la normativa aplicable, y
- IV Los cargos que se imputan.

Una crítica habitual que se realiza en contra de esta etapa es la excesiva generalidad de las imputaciones que realiza la SVS y la convivencia de dos modos verbales en la redacción del documento. Uno en pretérito utilizado en la descripción de los hechos y otro condicional, utilizado en la formulación de cargos. Lo anterior produce el problema de determinar qué circunstancias efectivamente le constan a la Administración y cuáles deduce o supone. Es decir, por el sólo hecho de encontrarse redactados los distintos acápites que conforman este documento en distintos tiempos verbales, se produce la no despreciable consecuencia para el derecho a

defensa de no saber cuál es la calidad del sustrato fáctico con que cuenta la Administración, y qué parte de la formulación de cargos corresponde a una interpretación de los hechos acreditados.

La ambigüedad que origina el fenómeno señalado resulta contraria a los principios del *Debido Proceso*, toda vez que imposibilita a los administrados tomar pleno conocimiento de la conducta reprochada por la autoridad y, consecuentemente, ejercer su derecho a defensa. En este sentido, el TC español ha señalado que el derecho fundamental a ser informado de la acusación comprende dos elementos básicos:

- i) el derecho a conocer los cargos formulados; y
- ii) el derecho a la inalterabilidad del hecho imputado.

Siguiendo esta lógica, en la medida en que exista ambigüedad en la determinación de los hechos objeto de reproche, existe la posibilidad por parte de la Administración de alterar el hecho imputado, resultado que debe ser rechazado a la luz de los principios de un debido proceso.

Con todo, dicha deficiencia es fácilmente solucionable mediante la incorporación de requisitos adicionales al documento de Formulación de Cargos, como aquellos establecidos en la legislación española respecto del *Procedimiento Sancionador Aplicable a los Sujetos que Actúan en los Mercados Financieros, Real Decreto 2119/1993 de 3 de diciembre*⁵⁹⁻⁶⁰, el cual establece que el pliego de cargos debe incluir el siguiente contenido específico:

- “1) Diligencias practicadas hasta el momento de su formulación;
- 2) Concreción de los hechos imputados a cada uno de los supuestos responsables;
- 3) Tipificación de la infracción; y
- 4) Sanciones que se podrían imponer”.

Evidentemente, mientras mayor rigurosidad se aplique a la elaboración de este trascendental documento, mayor será la sintonía de este con los principios de un Debido Proceso y mayor el estándar al que se sujete la Administración. Desde otro punto de vista, al no existir norma específica al respecto, nada obsta a que sea la propia Administración la que se autoimponga un estándar más alto en cuanto a la deficiente

⁵⁹ Luis Carlos FERNÁNDEZ-ESPINAR, *La Potestad Sancionadora de la Administración Financiera; Documentación Administrativa*; p. 247.

⁶⁰ El caso de la Potestad Sancionadora de la Administración Financiera en España resulta ilustrativo en cuanto al nivel de especificidad que se requiere en este ámbito del Derecho Administrativo, toda vez que éste contempla garantías y procedimientos específicos, sin perjuicio de las normas generales en cuanto a PAS contenidas en la LRJPAC.

estructuración de la que adolecen en la actualidad las formulaciones de cargo realizadas por la SVS.

4.2.2. Presentación de descargos

Es simplemente el trámite reflejo y consecuencia de la formulación de cargos. En términos procedimentales no tiene ninguna trascendencia, ya que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley N° 19.880

“Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio”.

Esta sola circunstancia no hace sino dejar en evidencia lo inadecuado que resulta tener como fundamento normativo procedimental un cuerpo legal destinado a la materialización general de la actividad administrativa y no un cuerpo específico para la sustanciación de *PAS*.

4.3. Etapa de prueba

Esta etapa es meramente eventual, ya que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo Artículo 35 de la Ley N° 19.880

“Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento, podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho, apreciándose en conciencia.

Cuando a la Administración no le consten los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo ordenará la apertura de un período de prueba, por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes.

El instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada”.

Por lo mismo, previo a la apertura de un término probatorio, la Administración evalúa la pertinencia de la apertura del mismo, dependiendo de si los hechos alegados en los descargos se encuentran en su conocimiento.

4.3.1. Procedencia de la prueba

Sólo se admite prueba respecto de aquellos hechos que no le consten a la Administración. Dado que la mayoría de las pruebas de la Administración se producen en la etapa de recopilación de antecedentes, el grueso de

los hechos que no le constan a la Administración son aquellos referidos a la exculpación de los formulados de cargos, debiendo éstos probar las circunstancias exculporias de las conductas reprochadas.

Se ha convertido en una resolución de estilo de la Administración el solicitar previo a la apertura de un término probatorio los puntos sobre los cuales se desea rendir prueba y los medios específicos de que se valdrán los formulados de cargos para probar cada uno de los hechos que no le consten a la Administración. Dicha forma de proceder se fundamenta en el tenor literal de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley N° 19.880, desconociendo las evidentes y sustanciales diferencias que existen entre un mero Procedimiento Administrativo y un *PAS*. Nótese que lo que exige la administración no es sólo la determinación de los hechos exculporios de responsabilidad, sino la determinación de qué medio de prueba específico se utilizará para probar cada uno de ellos. Lo anterior contrasta con la ausencia de individualización de los medios de prueba con que cuenta la Administración al momento de formular cargos, por cuanto en parte alguna de la Formulación de Cargos estos son explicitados.

Una vez evacuado dicho trámite, la SVS decide la pertinencia de abrir un término probatorio y qué medios de prueba aceptará para dicho efectos.

En este punto se produce una cuestión en extremo compleja, ya que es la propia autoridad la que decide qué medios de prueba aceptará y cuáles excluirá. Así, existe la posibilidad cierta de excluir aquella prueba que no es compatible con la hipótesis sancionatoria de la Administración. Tal situación se constata de manera ejemplar en el *PAS* que culmina con la Resolución N° 312 de fecha 27 de agosto de 2013, en el cual la SVS impidió al formulado de cargos rendir prueba respecto al hecho de que la Administración ya se había pronunciado con anterioridad respecto a los mismos hechos, por lo que, a juicio del formulado de cargos, se vulneraba el principio de imparcialidad establecido en el artículo 11 de la Ley 19.880. La SVS argumentó que su pronunciamiento no podía interpretarse como falta de imparcialidad, ya que el pronunciamiento previo lo había realizado en virtud de su función fiscalizadora y no su función sancionadora, aun cuando los hechos fueran los mismos. Posteriormente, al pronunciarse respecto de la reposición interpuesta por el sancionado, mediante la Resolución N° 346 de fecha 2 de octubre de 2013, la SVS establece que

(...) a quien corresponde probar tal infracción al principio de imparcialidad por parte de esta Superintendencia, de conformidad con la regla general establecida en el Art. 1680 del Código Civil, es a la recurrente; la que –lejos de hacerlo– sólo se remite a reiterar argumentaciones expuestas previamente ya en sus descargos como en el Recurso de Ilegalidad precedentemente citado, sin demostrar nuevos antecedentes

que hagan factible reconsiderar la sanción aplicada; más aún, si se tiene presente que las ideas preconcebidas a las que alude, dicen relación a la materialización independiente de las facultades exclusivas y excluyentes que ostenta por ley esta Superintendencia, y que como se ha podido evidenciar ellas han sido ejercidas conforme a la normativa vigente de un modo independiente (...).

El punto es que resulta contradictorio solicitarle al formulado de cargos que pruebe una circunstancia que ha sido la propia administración la cual ha negado la posibilidad de probarla. Es evidente que un formulado de cargos no se encontrará en posición de probar una determinada circunstancia si quien investiga y sanciona le impide rendir prueba al respecto. La actuación de la SVS en dicho caso en particular constata el peligro cierto de que la Administración intente por todos los medios posibles verificar su hipótesis sancionatoria, obviando derechos básicos que debieran asistir a los administrados.

El tema probatorio no puede desligarse del principio de *presunción de inocencia*, ya que es a través de la prueba que dicha presunción debe ser desestimada. Conforme a los principios generales de aplicación del *ius puniendi* estatal, corresponde a la Administración la producción de prueba necesaria para establecer que la hipótesis sancionatoria contenida en la presentación de cargos efectivamente se perfecciona. Lo que debe quedar desvirtuado en términos irrefutables es la inocencia del imputado. A la inversa, el hecho de que el imputado no pueda probar su inocencia, no debiera ser suficiente para fundamentar la decisión condenatoria de la Administración. En este sentido, el *principio de inocencia* debe proyectarse no sólo al tratamiento que recibe el imputado durante la tramitación del PAS, sino que éste también constituye una regla de juicio en virtud de la cual la prueba deberá interpretarse de manera consistente con dicho principio. En este sentido el TC español ha indicado en

las SSTC 129/2003 y 131/2003, ambas de 30 de junio, (...) que “el derecho a la presunción de inocencia en el campo del Derecho Administrativo sancionador comporta que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio”⁶¹.

⁶¹ REBOLLEDO PUIG, IZQUIERDO CARRASCO, ALARCÓN SOTOMAYOR, BUENO ARMIJO, *op. cit.*, p. 631 y ss.

En este punto, del análisis de los pronunciamientos de la justicia chilena respecto de actuaciones de la SVS, se observan dos fenómenos llamativos: En primer lugar, si bien la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno acepta en términos generales que las limitaciones aplicables a la potestad sancionatoria de la Administración son similares a aquellas que operan en el derecho penal, dicha jurisprudencia no tiene recepción en los pronunciamientos que sobre la materia han emitido los tribunales ordinarios de justicia. En segundo lugar, se observa una notoria falta de profundidad en las revisiones realizadas por la justicia, derivando la revisión casi siempre en una deferencia a la Administración. En este sentido, si bien resulta comprensible y sensato que al momento de revisar las actuaciones de la Administración la judicatura descansa en los conocimientos técnicos de ésta referidos a su competencia específica, dicha deferencia no debe extenderse a materias procedimentales en las cuales se comprometen derechos fundamentales de las personas.

Un tema que no ha sido analizado en la dogmática nacional es el referido a la calidad de la prueba que produce el órgano administrativo sancionador. En este sentido, la doctrina y jurisprudencia española sostiene que la prueba producida por la Administración debe ser válida, debiendo para ello satisfacer dos criterios:

- i) debe tratarse de prueba lícita, esto es, obtenida sin vulnerar ningún derecho fundamental del inculcado; y
- ii) debe practicarse con ciertas garantías formales establecidas para dichos efectos⁶².

Para aterrizar este debate a la realidad nacional, debiera determinarse previamente qué derechos fundamentales le asisten a los administrados en los PAS y cuáles son aquellas garantías formales establecidas para la producción de prueba. Respecto al primer punto, pareciera ser que en Chile o bien no existen derechos fundamentales en juego cuando se trata de un PAS, o la Administración no los vulnera en sus procedimientos, por cuanto los Tribunales, por regla general, desestiman las impugnaciones basadas en la vulneración de derechos fundamentales, criterio que no se condice con la exposición que en el presente trabajo se realiza. Respecto del segundo punto, si las garantías formales específicas para el caso chileno son aquellas establecidas en el artículo 36 de la Ley N° 19.880, la gran mayoría de los PAS no satisfacen dicho criterio, ya que rara vez se da cumplimiento a dicha normativa al producir la prueba de cargo.

⁶² REBOLLEDO PUIG, IZQUIERDO CARRASCO, ALARCÓN SOTOMAYOR, BUENO ARMIJO, *op. cit.*, p. 631.

En otro orden de cosas, resulta interesante también analizar qué consecuencias jurídicas se derivan para la Administración de la aceptación de los hechos a probar por los formulados de cargos. En este sentido, el ofrecimiento de prueba debiera operar como un límite autoimpuesto por la Administración para determinar la ocurrencia de la hipótesis sancionatoria, ya que, si lo que deben probar los formulados de cargos son aquellos hechos que no le constan a la SVS, en el evento que sean debidamente probados en el PAS ellos debieran tener igual valor probatorio que aquellos hechos respecto de los cuales la propia Administración ha producido prueba. El principio debiera ser que, de aceptarse ciertos hechos a probar, y éstos resultan suficientemente probados, la Administración debiera exculpar a los sujetos al PAS. Sin embargo, la realización de prueba por parte de los formulados de cargos en un PAS constituye un mero trámite, sin que de la aceptación de los hechos propuestos probar se derive ninguna limitación o determinación del sustrato fáctico respecto del que versa el PAS. Lo anterior ha llevado a la SVS a sostener que no puede ser revisada la legalidad del artículo 35 de la Ley 19.880

“por ser un precepto que da amplias facultades a la Administración tanto en la definición de apertura de un término probatorio como en la determinación de las pruebas que recibirá, reconociendo la calidad de instructor del proceso del órgano administrativo, evidenciando su diferencia con los procedimientos jurisdiccionales. En este orden de cosas y como una primera cuestión que es preciso esclarecer, es que si bien efectivamente el Oficio Reservado N° 303 la Superintendencia proveyó ‘Téngase presente los hechos a probar’ ello, a diferencia de lo que mañosamente insinúa el recurrente, no implica que los hechos propuestos por él hayan sido ‘aceptados pura y simplemente’ por la Superintendencia, como se expresa en el reclamo”⁶³.

En definitiva, pareciera ser que la aspiración de la SVS es materializar su potestad sancionatoria sin control de ninguna especie, determinando tanto la hipótesis sancionatoria, como los medios idóneos para desvirtuarla.

La exigencia que realiza la SVS a los formulados de cargos en cuanto a determinar los hechos a probar es del todo intrascendente para el resultado del PAS, ya que no reviste ninguna limitación del sustrato fáctico sobre el cual deberá decidir la Administración. La prueba desarrollada por parte de los formulados de cargos es más trámite que garantía concreta asociada al derecho a defensa, por cuanto resulta del todo inoficioso rendir prueba sobre hechos que no tendrán ninguna relevancia al momento de resolver el asunto controvertido.

⁶³ Contestación de la SVS al Recurso de Ilegalidad Rol 3809-2013.

4.3.2. Forma de rendir la prueba

Una cuestión doméstica, pero con mayor incidencia en la adecuación del PAS a los *Principios del debido Proceso* de lo que a simple vista se observa, dice relación con la forma en que se rinde la prueba. Si aplicáramos las normas generales de integración de normas procesales, deberíamos llegar a la conclusión de que la prueba debiera producirse de conformidad a lo dispuesto en el CPC, en razón de ser dicho cuerpo normativo el régimen general y supletorio de tramitación. Sin embargo, ello no ocurre y no existe un criterio consistente en la práctica sancionatoria de la Administración respecto a este punto.

Cuestiones tales como la imposibilidad de examinación cruzada de testigos o la facultad de agendar más de una diligencia probatoria en paralelo, son circunstancias que no encuentran un fundamento normativo, pero que son llevadas a cabo por la SVS. Evidentemente, las circunstancias señaladas precedentemente son a lo menos problemáticas desde el punto de vista del cumplimiento de los principios de un debido proceso, las cuales se suman a la ya precaria estructura de garantías y de determinación de la sanción que aqueja a los PAS.

4.3.3. Valoración de la Prueba⁶⁴⁻⁶⁵

Señala el artículo 35 de la Ley N° 19.880 que la prueba deberá *apreciarse en conciencia*. Sin embargo, la jurisprudencia de la SVS es un tanto errática, por cuanto en ciertas oportunidades establece el estándar probatorio de *más allá de una duda razonable*. Al parecer no existe claridad en el órgano estatal respecto a la extensión y diferencia que se derivan de cada uno de los estándares señalados y cuándo procede la aplicación de uno u otro.

Tratándose de un PAS, el criterio de valoración de la prueba debiera tender a ser el referido a *más allá de una duda razonable*. Sin embargo, resulta un tanto superfluo optar por uno u otro criterio si éste no es consistente con la materialización de otros derechos procesales que permitan ejercer en plenitud el derecho a defensa y si en el acto mismo de valoración de la prueba no se explicitan los criterios que se han tenido en cuenta para aceptar o desechar un determinado medio de prueba. A

⁶⁴ Aun cuando no se refiere al específicamente a la prueba en el ámbito administrativo, resulta ilustrativa la problemática planteada respecto a los sistemas de valoración de la prueba y la distribución de responsabilidades en la validación de hechos que realiza Rodrigo Coloma en Rodrigo COLOMA CORREA, “¿Realmente importa la sana crítica?”, pp. 753-781.

⁶⁵ Véase también Jorge LARROUCAU TORRES, “Hacia un estándar de prueba civil”, pp. 783-808.

este respecto, la SVS parece acomodarse a las circunstancias específicas de cada caso, no existiendo un criterio uniforme de valoración.

En otro orden de cosas, por regla general, la SVS no suele explicitar ni individualizar mediante qué medios probatorios ha tenido por probado los hechos que se reprochan, utilizando la siguiente frase genérica para el análisis de la prueba:

“Que, del mérito de los antecedentes reunidos por este Organismo, y descargos, antecedentes y peritajes acompañados al procedimiento, así como las diligencias probatorias acogidas, se pudo determinar lo siguiente(...)”.

Evidentemente, la fraseología utilizada en cada una de las resoluciones sancionatorias varía, pero el principio subyacente es la no especificación de los medios de prueba utilizados para corroborar las hipótesis sancionatorias. La práctica sancionatoria de la SVS ha llevado a que más que valorar la prueba de descargos, se limita a enunciar los medios de prueba que se han producido en el PAS.

4.4. Resolución final

En la resolución final la SVS establecerá su criterio definitivo respecto de los hechos relativos a los cuales ha formulado cargos. Al igual como ocurre con el trámite de *Formulación de Cargos*, el referido documento no es de contenido uniforme para todos los pronunciamientos, acomodándose su estructuración conforme a las necesidades argumentativas expuestas en él por la SVS.

Evidentemente, el contenido será más o menos complejo dependiendo de la naturaleza del caso en cuestión. En tal sentido, no puede dejar de tenerse en consideración que no todos los PAS que conoce la Administración revisten la misma trascendencia.

A pesar de las deficiencias estructurales en cuanto a garantías procedimentales con que cuenta el PAS, igualmente puede observarse una evolución positiva en cuanto a su contenido, el cual se ha complejizado con el tiempo, y a lo menos ha exigido la explicitación de los razonamientos que llevan a la autoridad a adoptar su decisión.

Con todo, no deja de ser significativo que el 90% de las Resoluciones emitidas por la SVS ratifiquen sus hipótesis sancionatorias, siendo dicho dato consistente con lo que se ha expuesto en el presente trabajo: el problema no radica en la Resolución Final, sino que es una cuestión mucho más compleja que abarca la totalidad del PAS.

Conclusiones

El presente trabajo ha intentado hacer una revisión profunda del Procedimiento Administrativo Sancionatorio seguido ante la SVS y su adecuación a los *Principios de Debido Proceso*. Se ha procurado analizar todos los aspectos involucrados, partiendo desde aquellos más generales contenidos en las disposiciones constitucionales, hasta la práctica concreta de la Administración en el ejercicio de su potestad sancionatoria.

Como conclusión general podemos señalar que en el estado actual de la cuestión los PAS no satisfacen los estándares exigidos a un debido proceso ya que ni tan siquiera existe un cuerpo legal general y supletorio destinado a regular el ejercicio de la Potestad Sancionatoria de la Administración. Asimismo, el órgano encargado de su materialización asume las veces de persecutor y decisor respecto de las hipótesis sancionatorias por él mismo elaboradas, sin que existan garantías procesales que separen las funciones de investigación y decisión. Evidentemente, la falencia no es responsabilidad de la SVS, ya que constituye un problema estructural del Estado chileno la falta de adecuación de la gestión estatal de la potestad sancionatoria a las normas contenidas en la Constitución.

No obstante lo anterior, igualmente se encuentra la posibilidad de que sea la propia Administración a través de la vía interpretativa la que asuma la tarea de adecuar sus procedimientos a los postulados establecidos en la Constitución. Para lo anterior, proponemos dos criterios basales de determinación positiva del estándar de debido proceso aplicable al PAS, el cual podría servir de guía a la Administración para dichos efectos.

Dicha tarea, aun cuando puede ser asumida sin mayores inconvenientes por parte de la propia Administración, resulta de difícil ocurrencia de no existir una exigencia formal hacia la Administración de adecuación de sus procedimientos. En tal sentido, la deferencia asumida por los Tribunales de Justicia hacia algunas actuaciones llevadas a cabo por la Administración resulta asombrosa.

Bibliografía

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, “Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 24, Universidad del Desarrollo, Julio-2011, pp. 69-70.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El Debido Proceso*, versión electrónica en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/836/29.pdf>. [Fecha de consulta: 7 de enero de 2016].

- AMAR, Akhil Reed, *America's Constitution. A biography*, Random House, USA, 2005.
- ATRIA, Fernando, *Informe en Derecho sobre las Facultades Sancionatorias de la SVS*, Año 2010.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, "El Derecho Fundamental a un Juez Independiente e Imparcial en el Ordenamiento Jurídico Chileno", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* xxxiii, Valparaíso-Chile, 2º Semestre, Año 2009, p. 265.
- COLOMA CORREA, Rodrigo, "¿Realmente importa la sana crítica?", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, N° 3, Año 2012, pp. 753-781.
- COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ediciones De Palma, 3ª Edición, Buenos Aires-Argentina, Año 1958.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago-Chile, Año 1986.
- FERNÁNDEZ-ESPINAR, Luis Carlos, *La Potestad Sancionadora de la Administración Financiera*, Documentación Administrativa, Número 282-283, septiembrediciembre 2008 enero-abril 2009, Instituto Nacional de Administración Pública, España.
- GARCÍA G, José Francisco, "¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio", en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 19, Universidad del Desarrollo, Tomo II, Santiago-Chile, Año 2009, pp. 339 y ss.
- JOLOWICZ, John Anthony, "On Civil Procedure", en *Cambridge University Press*, Cambridge-UK, Año 2000, pp. 151-153.
- LARROUCAU TORRES, Jorge, "Hacia un estándar de prueba civil", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, N°3, Año 2012, pp. 783-808.
- LOPEZ MASLE, Julián, "Debido Proceso en Chile: hacia un principio generador de reglas", en Andrés BORDALÍ (coord.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Editorial LexisNexis, Santiago-Chile, Año 2006.
- MALJAR, Daniel E., *El Derecho Administrativo Sancionador*, Editorial Ad-Hoc, 1ª Edición, Buenos Aires-Argentina, Año 2004.
- MARIONI LUÍZ Guilherme, PÉREZ RAGONE Alvaro, NUÑEZ OJEDA Alvaro, *Fundamentos del Proceso Civil*, Editorial Abeledo Perrot, Primera Edición, Santiago-Chile, Año 2010.
- NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Editorial Tecnos, 4ª Edición, Madrid-España, Año 2004.
- OSSA ARBELAEZ, J., *Derecho Administrativo Sancionador: Una aproximación dogmática*, Edit. Legis; Año 2009, Colombia.
- PARDOW, Diego, "La experiencia chilena disuadiendo ilícitos corporativos", en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N° 1 octubre 2012, Ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago-Chile, pp. 55-83.
- POSNER, Richard, "Overcoming Law", en *Harvard University Press*, USA, Año 1998, p. 173

- REBOLLEDO PUIG, Manuel; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, BUENO ARMIJO, Antonio Maria, *Derecho Administrativo Sancionador*, Ed. Lex Nova, Primera Edición, Valladolid, España, Año 2010.
- ROMÁN CORDERO, Cristián, *El Debido Procedimiento Administrativo Sancionador*, Revista de Derecho Público, Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile, Vol. 71, Santiago, Chile, Año 2009.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago Chile, Año 1994.
- TRUJILLO, Isabel, *Imparcialidad*; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, Año 2007.

NORMAS CITADAS

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE
Ley N° 19.880 sobre Bases de Procedimiento Administrativo.
DL 3.538 Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros.

JURISPRUDENCIA CITADA

- SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS, Resolución N° 312 de fecha 27 de agosto de 2013.
- SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS, Resolución N° 346 de fecha 2 de octubre de 2013.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO, Sentencia N° 244, de fecha 26 de agosto de 1996.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO, Sentencia N° 376, de fecha 17 de junio de 2003.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO, Sentencia N° 389, de fecha 28 de octubre de 2003.

SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE AMPAROS AL DERECHO DE ACCESO A INFORMACIÓN EN EL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION AND FREEDOM OF INFORMATION CASES IN THE COUNCIL FOR TRANSPARENCY

*Hugo Rojas Corral**

Resumen

Este documento describe las innovaciones aplicadas por el CPLT para gestionar los casos en materia de acceso a información en Chile. En la primera parte se presentan el origen y los objetivos de los sistemas alternativos de resolución de casos que son aplicados en el CPLT, y los resultados alcanzados en el plan piloto de 2010. En la segunda parte se evalúa críticamente la situación actual, identificando dificultades, oportunidades y propuestas recientes. También se describen los procesos de trabajo respectivos al interior de la Dirección Jurídica del CPLT. Desde un punto de vista metodológico, se han recolectado datos de primera fuente y se han realizado entrevistas en el CPLT. Esta experiencia puede ser útil para otros países en la resolución de casos sobre acceso a información, y también para promover la incorporación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos en los sistemas de gestión de casos en el sector público.

Palabras clave: Acceso a Información, Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, Gestión de Casos.

* Master en Derecho, Antropología y Sociedad en London School of Economics and Political Science. Profesor de Sociología del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Artículo recibido el 16 de noviembre de 2015 y aceptado para su publicación el 30 de diciembre de 2015. Correo electrónico: hurojas@uahurtado.cl.

Este estudio se ha realizado en el marco del Programa EUROsociAL II de la Unión Europea, siendo socio coordinador la Fundación FIIAP y socio operativo la Fundación CEDDET.

Abstract

This paper describes the improvements in the management of freedom of information cases applied by the Council for Transparency (CPLT) in Chile. In the first part is presented the origin and the objectives of the alternative dispute resolution mechanisms applied by the CPLT, and the results achieved in the 2010 pilot plan. In the second part the current situation is critically evaluated, identifying difficulties, opportunities, and recent proposals. The respective working processes in the Legal Department of the CPLT are also described. From a methodological point of view, firsthand data have been collected and interviews have been conducted in the CPLT. This experience can be useful for other countries when resolving freedom of information cases, and also to promote alternative dispute resolution mechanisms in case management systems in the public sector.

Key words: Freedom of Information, Alternative Dispute Resolution, Case Management.

Presentación

Al cumplirse los primeros cinco años de aplicación de sistemas alternativos de resolución de amparos al derecho de acceso a información pública en el CPLT en Chile, es conveniente levantar un diagnóstico y evaluar el impacto general que han tenido en la gestión de casos. En la primera parte de este documento se explica el origen de dichos mecanismos en el CPLT y los resultados preliminares alcanzados durante el PP llevado a cabo en 2010. En la segunda parte se ofrece un diagnóstico sobre su funcionamiento, desde que entraran plenamente en vigor los SARC en el CPLT hasta junio de 2015. En esta sección también se describen las innovaciones recientes y los ajustes que está impulsando la Dirección Jurídica del CPLT para propiciar negociaciones y acuerdos entre organismos públicos y reclamantes¹. Dado que las gestiones de SARC son fundamentalmente realizadas

¹ Agradezco especialmente el apoyo institucional otorgado por el Consejo para la Transparencia para la realización de esta investigación. Las reuniones de trabajo y entrevistas efectuadas a Christian Anker, Isabel Ayares, Freddy Emhardt, Raúl Ferrada, David Ibaceta, María José Méndez, Leonardo Miranda, Leslie Montoya, Andrés Pavón, Paola Oliva, Javier Pérez, Andrea Ruiz, Ricardo Sanhueza, Raimundo Varela y Gonzalo Vergara, fueron especialmente valiosas para la construcción del diagnóstico. Javiera García, ayudante de investigación, participó en la recopilación de antecedentes y sus sugerencias permitieron mejorar la versión final de este documento.

por la Unidad de Admisibilidad y SARC del CPLT, además se explican sus procesos de trabajo. Al final del texto se consignan las conclusiones más relevantes y se formulan algunas sugerencias de perfeccionamiento.

Primera parte

Origen de SARC en el CPLT

I. NORMATIVA

El art. 8° de la Constitución Política consagra los principios de probidad y publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado. La LT² “regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información”³. Para velar por la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información, la LT ha dispuesto la creación del CPLT⁴. Para dotarlo de independencia frente a otros poderes del Estado, la LT señala expresamente que el CPLT es una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio⁵. Su misión consiste, precisamente, en

“promover y cooperar en la construcción e institucionalización de una cultura de la transparencia en Chile, garantizando el derecho de acceso a la información pública de las personas”⁶.

Según la LT, toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado⁷. En el evento que el organismo no proporcione la información solicitada, en tiempo y

² Ley N° 20.285, publicada en el *Diario Oficial* el 20 de agosto de 2008 y vigente desde el 20 de abril de 2009.

³ Art. 1° de la Ley N° 20.285.

⁴ Art. 32 de la Ley N° 20.285.

⁵ Art. 1°, inc. 1°, de la Ley N° 20.285.

⁶ La Misión y Visión del CPLT se encuentran disponibles en su sitio web: www.consejotransparencia.cl. [Fecha de consulta: 13 de diciembre de 2015]. Art. 32 de la LT: “El Consejo tiene por objeto promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información”.

⁷ Art. 10, inc. 1°, de la Ley N° 20.285.

forma, el requirente tiene derecho a recurrir ante el CPLT, solicitando amparo a su derecho de acceso a la información⁸. El Art. 33, letra b), de la LT señala que al CPLT le corresponde resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información pública. La tramitación de los amparos que sean interpuestos ante el CPLT se encuentra regulada en los artículos 24 a 29 de la LT. En apretada síntesis, el amparo debe referirse a la infracción cometida y a los hechos que la configuran, debiendo presentarse dentro del plazo de quince días desde la notificación de la denegación a la información (o desde que haya expirado el plazo para la entrega de la información). Una vez efectuado el examen de admisibilidad del amparo, el CPLT debe notificar al OAE y a los terceros interesados, si los hubiere, otorgándoles un plazo de diez días hábiles para que formulen sus descargos. Si fuese necesario, el CPLT puede fijar audiencias públicas para recibir antecedentes o medios de prueba. El CPLT se encuentra obligado a resolver el amparo dentro de cinco días hábiles, sea que se hayan o no presentado descargos. En caso de acoger el amparo, el CPLT debe indicar en su decisión el plazo otorgado al órgano requerido para proporcionar la información. Cabe mencionar que el CPLT se encuentra facultado para iniciar, al momento de resolver, un procedimiento disciplinario en contra del funcionario o autoridad que haya incurrido en infracción a la LT. En contra de la resolución del CPLT que deniegue la información, el requirente puede interponer reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones respectiva. Contra la resolución de la Corte de Apelaciones no procede recurso alguno. En caso de acogerse el reclamo de ilegalidad interpuesto contra la denegación del acceso a la información, la sentencia debe indicar el plazo para la entrega de dicha información.

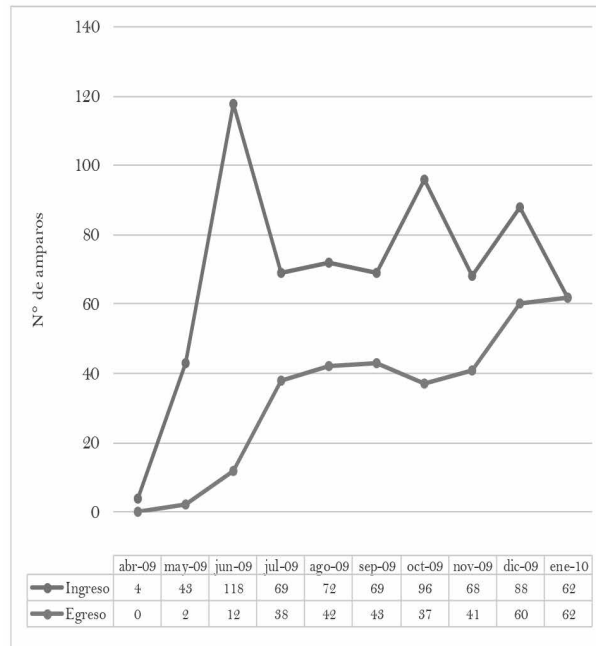
II. ANTECEDENTES ESTADÍSTICOS (2009-2010)

Entre el 20 de abril de 2009 –fecha en que entró en vigencia la LT– y el 30 de enero de 2010, es decir, en los nueve primeros meses de funcionamiento del CPLT, ingresaron 689 amparos al derecho de acceso a la información. En ese mismo período, el CPLT emitió 337 decisiones: 152 amparos fueron declarados inadmisibles (45,1%), en 12 se aprobó el desistimiento del requirente (3,6%), y en 173 se dictó una decisión de fondo (51,3%). Así como entre los meses de mayo de 2009 y enero de 2010 ingresaron en promedio 76 amparos mensuales, el CPLT puso término en promedio a 37 casos mensuales. El *stock* acumulado de casos en el CPLT al 30 de enero de 2010 era de 352 amparos. En consecuencia, en

⁸ Art. 42 de la Ley N° 20.285.

los primeros nueve meses el total de decisiones despachadas fue inferior al número de amparos en análisis.

Figura N° 1
Ingresos y egresos de amparos en el CPLT (abril 2009 - enero 2010)

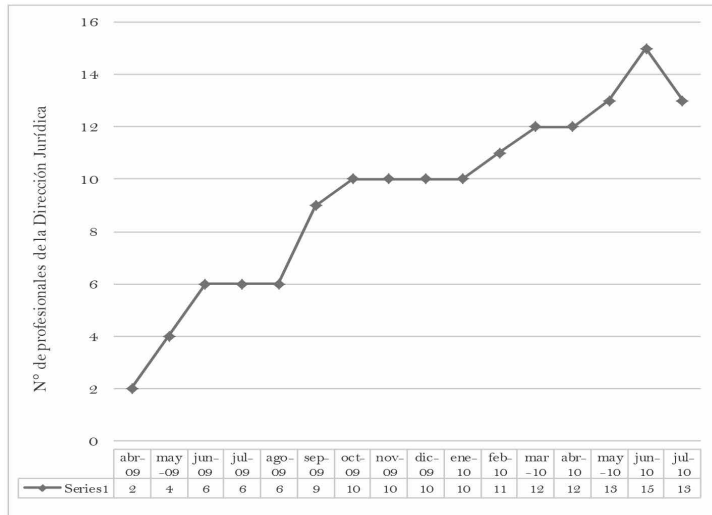


Fuente: elaboración propia a partir de los informes estadísticos del CPLT.

III. PRIMERAS MEDIDAS EN LA GESTIÓN DE CASOS

En primer lugar, se dispuso la contratación de nuevos profesionales en la Dirección Jurídica. La Figura N° 2 muestra la evolución de la cantidad de profesionales que se desempeñaron en dicha dirección, durante el período de abril de 2009 a julio de 2010. Si en un comienzo la Dirección Jurídica contaba con apenas dos profesionales, seis meses después la cifra aumentó a diez profesionales, llegando a quince en junio de 2010. La inmensa mayoría de ellos fue seleccionada mediante concurso público, en base a sus antecedentes académicos, experiencia y trayectoria profesional, entrevistas psicológicas, y pruebas de conocimientos en derecho público, incluyendo materias sobre transparencia y acceso a información. De esa manera, en la Dirección Jurídica se fue conformando un equipo de expertos en derecho público y políticas públicas de muy buen nivel. Se procuró además que las remuneraciones y las condiciones laborales ofrecidas fuesen atractivas.

Figura N° 2
 N° de profesionales de la Dirección Jurídica (abril 2009 - julio 2010)



Fuente: elaboración propia a partir de la información divulgada en el sitio Web del CPLT.

En segundo término, el 1 de febrero de 2010 se creó la Unidad de Admisibilidad. En un comienzo, dicha unidad estuvo conformada por tres profesionales: un jefe y dos analistas. A la Unidad se le encargó analizar semanalmente los amparos ingresados al CPLT, debiendo proponer al Consejo Directivo las decisiones de inadmisibilidad. Además se le encomendó la preparación de las carpetas de los casos declarados admisibles, solicitando las subsanaciones correspondientes y redactando los oficios a los OAE y terceros para que formularan sus descargos. Una vez recopilados todos los antecedentes necesarios para proceder al análisis de fondo, las carpetas eran entregadas a la Unidad de Reclamos. Por su parte, los analistas de fondo debían elaborar las propuestas de las decisiones de fondo, las que eran revisadas y aprobadas por el Consejo Directivo.

En tercer lugar, el Consejo Directivo del CPLT acordó el 30 de marzo de 2010 la idea de diseñar, ejecutar y evaluar el PP de SARC, a cargo de la Unidad de Admisibilidad de la Dirección Jurídica y de la Unidad de Promoción y Clientes de la Dirección de Estudios⁹. Por su relevancia para esta investigación, en la sección que sigue se explica en detalle tanto la formulación como los resultados del PP.

⁹ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA: “Acta de la Sesión Ordinaria N° 137 del Consejo Directivo”, Santiago, 30 de marzo de 2010.

En cuarto término, para apoyar el trabajo de los profesionales de la Dirección Jurídica, durante el 2010 se dispuso la creación de un *software*. El objetivo era ofrecer a los analistas de la Unidad de Admisibilidad y de la Unidad de Reclamos una herramienta tecnológica que les permitiese gestionar con más eficiencia los casos que les fueran asignados. El conjunto de aplicaciones del *software* fue diseñado por la Unidad de Sistemas de la Dirección de Operaciones y Sistemas del CPLT, para lo cual se requirió de la participación de la Dirección Jurídica. Cabe destacar que desde su creación el *software* SGC ha sido de gran utilidad para el trabajo de la Dirección Jurídica. Por ejemplo, en esa época se conceptualizó la idea de trabajar en línea con expedientes electrónicos.

En quinto lugar, se incorporó dentro del proceso de *Planificación Estratégica 2010-2012* del CPLT un conjunto de indicadores estratégicos relacionados con la oportuna resolución de los amparos ingresados en el CPLT, tanto en su fase de admisibilidad como en la etapa de análisis de fondo. En su planificación 2010-2012, el CPLT determinó que sus objetivos estratégicos serían los siguientes:

- 1° Instalar el CPLT en base a un modelo de gestión pública de calidad;
- 2° Promover el principio de transparencia y difundir el derecho de acceso a la información pública;
- 3° Garantizar el derecho de acceso a la información pública y fiscalizar el cumplimiento de los deberes de transparencia;
- 4° Perfeccionar la normativa vigente en materia de transparencia y acceso a la información pública¹⁰.

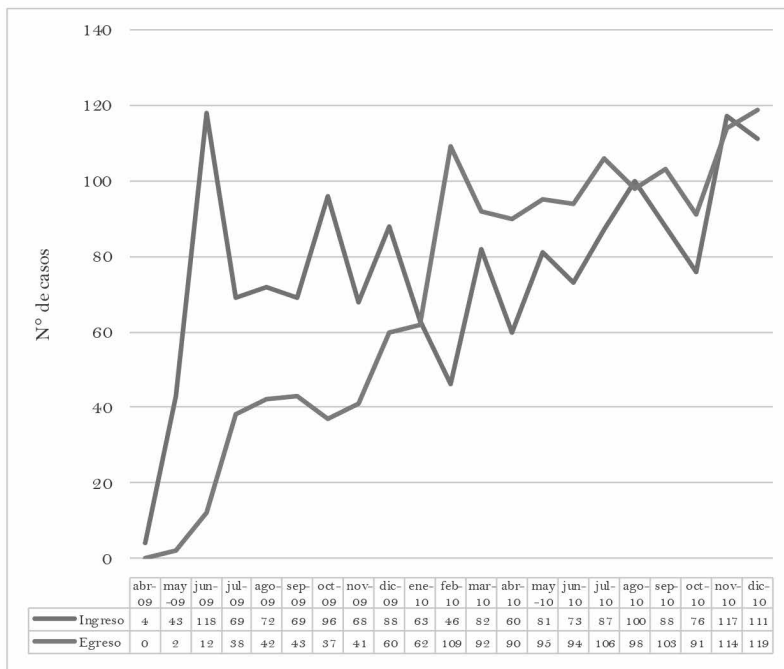
La resolución de los amparos fue concebida desde un comienzo como uno de los cinco procesos de negocio del CPLT¹¹. En el Cuadro de Mando Integral 2010-2012 (*Balance Scorecard*) del CPLT se destaca como primer proceso interno el “consolidar los modelos de gestión de reclamos, atención de clientes y proceso de normativa”, y en cuanto a los clientes, se menciona la intención de resolver los casos de manera pertinente, oportuna y eficaz. El *Plan de Acción* aprobado el 2010 por el CPLT incluía 189 iniciativas, 71 de las cuales debían llevarse a cabo ese año. Como indicadores estratégicos para el 2010 se estableció que la Dirección Jurídica debía elaborar un Reglamento para la Tramitación de los Amparos y aplicar el modelo de SARC en la gestión de casos.

¹⁰ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA: “Plan Estratégico 2010-2012”, Santiago, abril de 2010; Mauricio OLAVARRÍA, *La institucionalización y gestión estratégica del acceso a la información y la transparencia activa en Chile*, pp. 56 y ss.

¹¹ Los otros cuatro procesos de negocio del CPLT eran los siguientes: 1°) fiscalización, 2°) atención de clientes, 3°) normativa, y 4°) promoción, capacitación y difusión.

Todas estas medidas tuvieron efectos positivos en el corto plazo. Como se puede ver en la Figura N° 3, se logró revertir la tendencia inicial de la brecha entre ingresos y egresos. A partir de febrero de 2010 el número de decisiones mensuales fue consistentemente superior al número de ingresos. Si en enero de 2010 el *stock* en análisis era de 352 casos, en los meses siguientes esa cifra fue gradualmente disminuyendo hasta llegar a 162 a fines de 2010 (Figura N° 4). En efecto, entre el 20 de abril de 2009 y el 30 de diciembre de 2010 ingresaron al CPLT 1.612 casos, y en ese mismo período se puso término a 1.447 casos. En todos esos meses el promedio de casos ingresados al CPLT fue de 80 mensuales, mientras que el promedio de casos terminados fue de 72. Desde el punto de vista de las políticas públicas, puede afirmarse que la gestión de casos lograda a fines de 2010 era óptima, pues siempre existirá un *stock* de casos acumulado: aquellos recién ingresados, y un número reducido de casos de alta complejidad y que requieren de un tiempo de tramitación superior al promedio.

Figura N° 3
Ingresos y egresos de amparos en el CPLT (abril 2009 - dic. 2010)

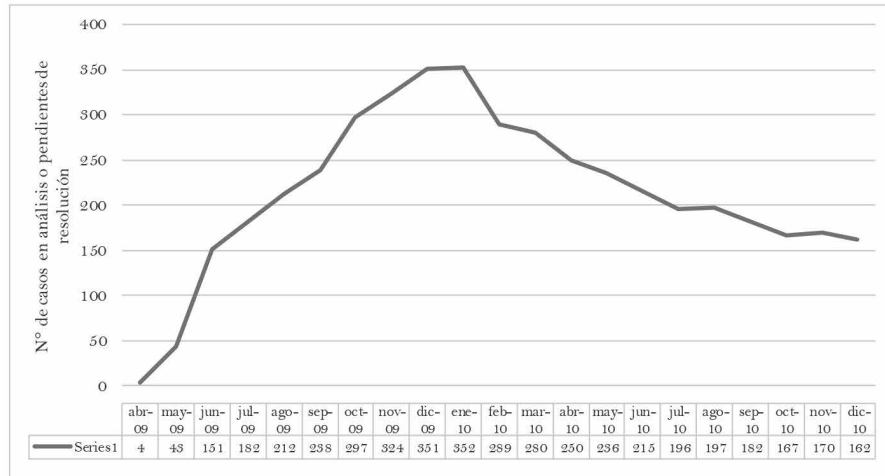


Fuente: elaboración propia a partir de los informes estadísticos del CPLT.

Figura N° 4

N° de casos pendientes en el CPLT (abril 2009 - dic. 2010)

Fuente: elaboración propia a partir de los informes estadísticos del CPLT.



IV. PLAN PILOTO DE SARC EN EL CPLT

El 30 de marzo de 2010, el Consejo Directivo del CPLT acordó la realización del PP de SARC durante mayo y junio de 2010 (ocho semanas), en los siguientes términos:

- 1° La Unidad de Admisibilidad seleccionaría semanalmente dos casos de baja complejidad, ratificando la selección en la próxima sesión del Consejo Directivo.
- 2° Las gestiones para buscar un acuerdo entre las partes estarían a cargo de la Unidad de Promoción y Clientes de la Dirección de Estudios, cuyos analistas dispondrían de siete días hábiles.
- 3° Para no entorpecer las conversaciones, durante ese plazo la Unidad de Admisibilidad suspendería el envío de oficios de traslado al órgano reclamado.
- 4° Si la información no era proporcionada, la Unidad de Admisibilidad tendría que informar de la situación al Consejo Directivo, reactivándose la tramitación del caso.
- 4° Se estableció como indicadores de éxito que en el 81% de los casos seleccionados la información fuese entregada (en 13 de 16 casos), y que en el 62,5% de los casos se obtuviese la conformidad del reclamante (en 10 de 16 casos).
- 5° La realización del PP no podría implicar costos adicionales para el CPLT.

- 6° Dado que los analistas de la Unidad de Promoción y Clientes cumplían diversas funciones, se estimó que no podrían dedicar más de un cuarto de su jornada laboral a la búsqueda de SARC.
- 7° Los resultados del PP serían evaluados y perfeccionados por las Direcciones Jurídica y de Estudios del CPLT, durante julio y agosto de 2010¹².

Figura N° 5
Carta Gantt del PP SARC en CPLT (2010)

| | Marzo | Abril | Mayo | Junio | Julio | Agosto |
|---------------------------|-------|-------|------|-------|-------|--------|
| Propuesta de SARC | • | | | | | |
| Capacitación de analistas | | • | | | | |
| Protocolos de trabajo | | • | | | | |
| Selección de casos SARC | | | • | • | | |
| Gestiones SARC | | | • | • | | |
| Evaluación de SARC | | | | | • | |
| Validación de SARC | | | | | | • |

Fuente: CPLT 2010g.

Se dispuso que los criterios para seleccionar los casos en los que se buscaría SARC serían los siguientes:

- i) tratarse de amparos del derecho de acceso a información;
- ii) el caso fuese de complejidad baja o mediana;
- iii) el plazo de veinte días para responder estuviese vencido y el órgano reclamado no hubiese proporcionado la información;
- iv) aprovechar los precedentes fijados por el CPLT.

Se excluyó del PP a: los reclamos por incumplimiento de las normas que establecen deberes de transparencia activa a través de los sitios Web, y los casos en los cuales hubiese oposición expresa de terceros a la entrega de la información.

Durante abril de 2010 se efectuó un taller para capacitar a los cuatro analistas que en esa época se desempeñaban en la Dirección de Promoción y Clientes. Se les explicó el Método de Negociación de Harvard, se efectuaron ejercicios de simulación y se revisó material audiovisual. A los analistas se les encomendó la preparación de los procesos de trabajo, todo lo cual quedó consignado en un documento que establece los “Protocolos de

¹² CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA: *Memoria Institucional 2009*, p. 39.

Atención de Sistema Alternativo de Resolución de Conflictos”¹³. Dado que se trataba de un proceso nuevo para la Unidad de Promoción y Clientes, se estableció que cada una de las gestiones realizadas por los analistas a cargo de los casos seleccionados debía quedar registrada en una bitácora o ficha tipo. También se dispuso que estas fichas fuesen confidenciales y utilizables únicamente para evaluar los resultados del PP. Los analistas debían informar tanto al enlace como al reclamante que las conversaciones informales a propósito de la búsqueda de SARC no serían conocidas ni utilizadas por la Dirección Jurídica ni el Consejo Directivo del CPLT en el evento de no alcanzar un acuerdo que pusiese término anticipado a la controversia.

Figura N° 6
Ficha de registro de gestiones de la Unidad de Promoción y Clientes

| | | |
|---|-----------|-------|
| 1. Reclamante | | |
| 2. Organismo reclamado | | |
| 3. N° Rol Causa | | |
| 4. Datos de contacto | | |
| 5. Consulta o comentario | | |
| 6. Gestiones realizadas por la Unidad de Promoción y Clientes | | |
| Fecha | Actividad | Medio |
| | | |
| | | |
| | | |
| | | |
| 7. Resultado | | |
| 8. Analista de la Unidad de Promoción y Clientes a cargo del caso | | |

Fuente: Consejo para la Transparencia: “Protocolos de Atención de Sistema Alternativo de Resolución de Conflictos”, documento interno de trabajo, Santiago, abril de 2010.

En mayo de 2010, la Dirección General solicitó a las Unidades de Admisibilidad y Promoción y Clientes que preparasen la Planificación Operativa del PP, comprometiéndose a cumplir con un conjunto de metas. Se dispuso que el PP no implicaría recursos presupuestarios para el CPLT, y que todos los procedimientos operativos estuviesen debidamente documentados.

¹³ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA: “Protocolos de Atención de Sistema Alternativo de Resolución de Conflictos”.

Figura N° 7
Plan Operativo del PP SARC en CPLT

| % | Etapas | Responsable | Participantes | Desde | Hasta | Medios de Verificación | Supuestos |
|----|--------------------------------------|--------------------|---------------|-------|-------|---|--|
| 5 | Definición del marco de referencia | Jefe UA y Jefe UPC | UA y UPC | 01/02 | 28/03 | Documento presentado al Consejo Directivo | Búsqueda de experiencias comparadas |
| 5 | Definición de objetivos | | | 01/02 | 28/03 | Documento presentado al Consejo Directivo | — |
| 5 | Definición de criterios de selección | | | 01/02 | 28/03 | Reunión de análisis de casos | Casos con desistimientos |
| 5 | Definición de la propuesta | | | 01/03 | 31/03 | Documento presentado al Consejo Directivo | Sesión Ordinaria 30.03.10 |
| 10 | Capacitación | | | 01/04 | 30/04 | Realización de capacitación | Modelos de mediación |
| 10 | Desarrollo de procesos | Jefe UPC | | 01/04 | 30/04 | Documentos de protocolo | — |
| 15 | Selección de casos | Jefe UA | UA | 01/05 | 30/06 | Actas de Comité de Admisibilidad | Realización semanal de Comité de Admisibilidad |
| 20 | Procesos de mediación | Jefe UPC | UPC | 01/05 | 30/06 | Informes periódicos a Consejo Directivo | Registro de casos |
| 10 | Evaluación de resultados | Jefe UA y Jefe UPC | UA y UPC | 01/07 | 31/07 | Entrega informe de evaluación a Consejo Directivo | Registro de casos |
| 10 | Validación | | | 01/08 | 31/08 | Entrega de propuesta definitiva | Evaluación Plan Piloto |

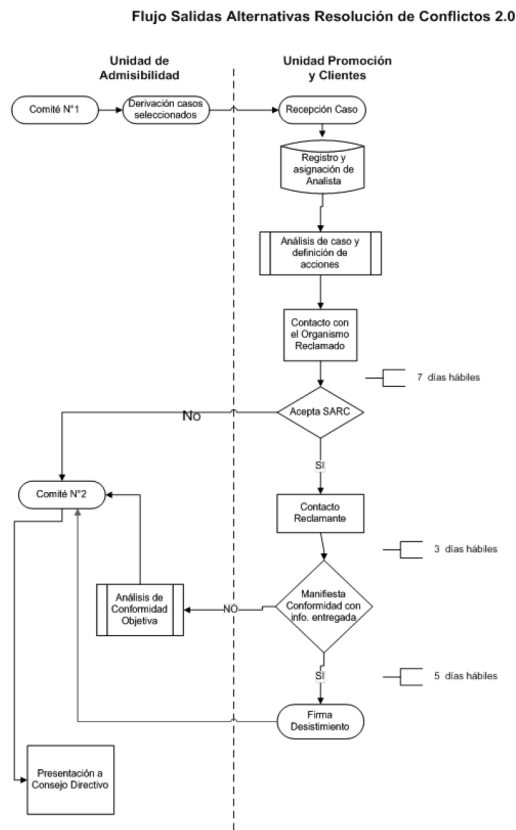
Fuente: Consejo para la Transparencia: “Plan Operativo del Plan Piloto de SARC en el CPLT”, documento interno de trabajo, Santiago, abril de 2010.

En consideración de los resultados iniciales del PP, en mayo de 2010 el Consejo Directivo incorporó algunos ajustes para promover y facilitar la búsqueda de SARC:

- 1°) Si el órgano hubiese entregado la información solicitada pero el reclamante no se desistía, la Unidad de Admisibilidad tendría que efectuar un análisis de conformidad.

- 2°) Si lo proporcionado correspondía con lo solicitado, entonces se dictaría una decisión que acogiese el amparo de acceso de información (conformidad objetiva).
 - 3°) Aumentar el plazo otorgado a la Unidad de Promoción y Clientes para buscar SARC.
 - 4°) No suspender el envío de oficios de traslado de los amparos al órgano reclamado.
 - 5°) Aumentar el número de casos seleccionados¹⁴.
- Con estos ajustes, se construyó el flujograma del proceso de SARC:

Figura N° 8
Flujograma del PP SARC en CPLT

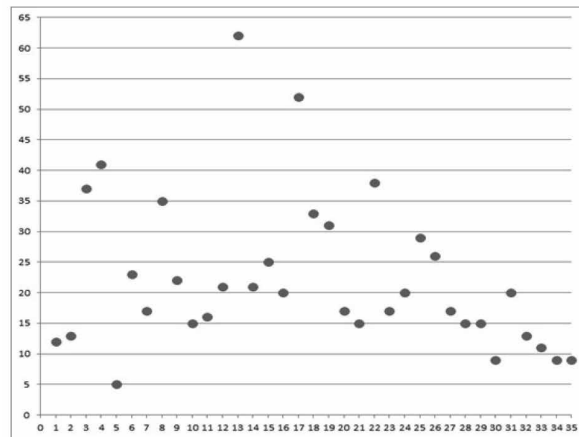


Fuente: Hugo Rojas, *Solución Alternativa de Amparos del Derecho de Acceso a Información en el Consejo para la Transparencia*, p. 52.

¹⁴ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA: Acta de la Sesión Ordinaria del Consejo Directivo, 14 de mayo de 2010.

En el PP se seleccionaron 40 casos para la búsqueda de SARC¹⁵. En 35 de los cuales se obtuvo un resultado exitoso (87,5%), mientras que en los cinco restantes ello no fue posible (12,5%)¹⁶. En 23 casos el reclamante se desistió expresamente, mientras que en 12 ocasiones fue necesario declarar la conformidad objetiva del reclamante. El tiempo promedio de tramitación de los 35 casos exitosos, desde el ingreso del amparo en el CPLT hasta el despacho del oficio de notificación de la decisión que acoge el desistimiento o declara la conformidad objetiva, fue de 22,3 días hábiles. El promedio de la primera mitad de los casos fue de 25,7 días, mientras que en la segunda mitad ese promedio se redujo a 19,1 días hábiles. El aprendizaje de los analistas de la Unidad de Promoción y Clientes a cargo de la gestión de casos fue fundamental para reducir los tiempos de tramitación. La Figura que sigue muestra la duración de la tramitación (en días hábiles) de cada uno de los 35 casos exitosos.

Figura N° 9
N° de días de tramitación de los casos exitosos del PP



Fuente: Rojas, *op. cit.*, p. 61. En el eje X (de las abscisas) se muestran los 35 casos exitosos, mientras que en el eje Y (de las ordenadas) el número de días de tramitación.

¹⁵ Roles N° C145-10, C161-10, C189-10, C208-10, C214-10, C225-10, C229-10, C231-10, C234-10, C238-10, C23-10, C239-10, C240-10, C245-10, C249-10, C266-10, C268-10, C275-10, C288-10, C297-10, C309-10, C311-10, C313-10, C317-10, C320-10, C343-10, C349-10, C352-10, C358-10, C367-10, C369-10, C374-10, C431-10, C436-10, C438-10, C441-10, C454-10, C455-10, C468-10, C470-10 y C471-10.

¹⁶ Las razones de los cinco fracasos fueron las siguientes: 1°) C208-10: falta de completitud de la información proporcionada; 2°) C240-10: por tratarse de información médica de un tercero; 3°) C245-10: improcedencia del amparo al no encontrarse acreditada la solicitud de información; 4°) C309-10: exceso de información solicitada, y 5°) C352-10: exceso de información entregada.

La aplicación de SARC tuvo un impacto positivo en la gestión de casos: aumentó el número de casos resueltos, aumentó el nivel de satisfacción de reclamantes y enlaces¹⁷, disminuyeron los tiempos de tramitación, disminuyó la cantidad de casos pendientes, contribuyó al aumento de decisiones de fondo, aumentando la eficiencia en la utilización de los recursos¹⁸. En el período comprendido entre el 16 de marzo y el 10 de agosto de 2010, 182 amparos y reclamos fueron declarados admisibles, 40 de los cuales fueron derivados a la Unidad de Promoción y Clientes para la búsqueda de SARC, mientras que en los otros 142 casos se continuó con la tramitación habitual en la Dirección Jurídica y el Consejo Directivo. Al 17 de agosto, 35 de los 40 casos derivados estaban terminados, mientras que en sólo 13 de los 142 casos no derivados se había dictado una decisión de fondo. La tramitación de esos 13 casos tomó en promedio 71,7 días hábiles, esto es, 3,2 veces más que la tramitación promedio de los SARC exitosos en el PP (22,3 días). Por su parte, el promedio de días de tramitación de los cinco fracasos de SARC en el PP fue de 60 días hábiles.

Figura N° 10
Análisis comparado de casos admisibles (no) derivados a SARC
(16 de marzo a 17 de agosto de 2010)

| | Terminados | Pendientes | Total |
|--|---------------|----------------|---------------|
| Casos admisibles y derivado a SARC | 35 (19,2%) | 5 (2,7%) | 40 (22%) |
| Casos admisibles y no derivados a SARC | 13 (7,1%) | 129 (70,9%) | 142 (78%) |
| Total | 48 (26,4%) | 134 (73,6%) | 182 (100%) |

Fuente: Rojas, *op. cit.*, p. 66.

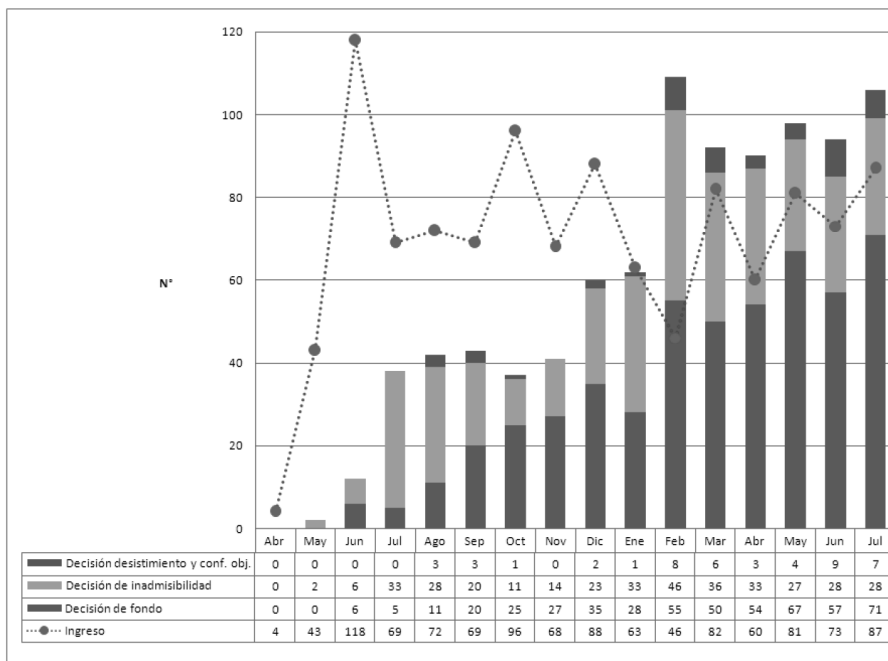
La figura que sigue muestra los ingresos, las decisiones de inadmisibilidad, las decisiones de fondo y las decisiones que acogen el desistimiento o declaran la conformidad objetiva, en el período comprendido entre abril de 2009 y julio de 2010. Se puede apreciar un comportamiento estable

¹⁷ Durante el mes de agosto de 2010 se aplicó una encuesta a los reclamantes y enlaces cuyos casos formaron parte del PP. En general, bien puede afirmarse que los resultados de la encuesta fueron positivos y los comentarios de los encuestados estuvieron a favor de la búsqueda y promoción de SARC en el CPLT.

¹⁸ El costo de la búsqueda de SARC en los 40 casos del PP fue considerablemente menor al costo de tramitar un número similar de casos y que no hubiesen sido derivados a la Unidad de Promoción y Clientes.

en cuanto a la cantidad de casos ingresados, por lo que era factible estimar en esos momentos un promedio de 80 casos mensuales. En cuanto a los egresos, a partir de febrero de 2010 se aprecia un aumento considerable de la cantidad de casos terminados. Por primera vez en el CPLT se revierte la tendencia, pasando los egresos mensuales a ser superiores a los ingresos mensuales. El 7% de los casos terminados en el período que va desde abril a julio de 2010 corresponde a SARC exitosos del PP.

Figura N° 11
Evolución del ingreso y egreso de casos en el CPLT
(abril 2009 – julio 2010)



Fuente: Rojas, *op. cit.*, p. 63.

Dado que la experiencia del PP fue evaluada en forma satisfactoria, se acordó institucionalizar SARC en el CPLT. Algunas de las medidas que se discutieron en ese momento fueron las siguientes:

- 1) consolidar un modelo permanente de SARC al interior del CPLT, para lo cual sería conveniente conocer de primera fuente experiencias extranjeras innovadoras en la materia;
- 2) proponer que la LT contemple expresamente las soluciones informales como un mecanismo para poner término a los amparos;

- 3) asegurar al reclamante y al enlace la confidencialidad de las comunicaciones llevada a cabo a propósito de la búsqueda de SARC;
- 4) revisar los criterios de selección de los casos a ser derivados a SARC, aumentando la cantidad de casos;
- 5) ampliar los escenarios de SARC a aquellos casos en los que es posible anticipar un buen resultado en consideración de los descargos formulados por el órgano reclamado;
- 6) destinar una mayor cantidad de analistas a cargo a la búsqueda de SARC;
- 7) capacitar a los analistas en técnicas de negociación y comunicación;
- 8) informar a los reclamantes y a los organismos públicos en general de la existencia de SARC como mecanismo para poner término a los amparos;
- 9) medir los niveles de satisfacción de reclamantes y enlaces que participan en procesos de SARC;
- 10) certificar el proceso de SARC.

Segunda parte:
Aplicación de SARC en el CPLT

*I. ANÁLISIS DE SARC EN EL CPLT
(2010-2014)*

Al 30 de abril de 2015 habían ingresado 11.109 casos al CPLT, de los cuales habían sido resueltos 10.406 (94% del total de ingresos). De modo que en esa fecha se encontraban 703 casos en análisis o pendientes de decisión. Según las estadísticas oficiales del CPLT, de las 10.406 decisiones, 4.188 correspondían a decisiones de inadmisibilidad (40,25%), 5.459 a decisiones de fondo (52,46%), y en 759 decisiones se acogió el desistimiento del reclamante (7,29%). En términos generales, puede argumentarse que se ha mantenido en estos seis años de funcionamiento del CPLT la tendencia registrada durante los primeros nueve meses en cuanto a las tipos de término de los amparos. Recuérdese que en los primeros nueve meses el 45,1% fue declarado inadmisibile, en el 51,3% se dictó decisión de fondo, y en el 3,6% se aprobó el desistimiento del reclamante. El hecho que el porcentaje de desistimientos sea el doble que en los primeros meses de funcionamiento del CPLT se debe a la existencia del proceso SARC. Sin embargo, el impacto de SARC en el CPLT ha sido mayor pues otro por-

centaje no menor de decisiones de inadmisibilidad o de fondo se encuentran relacionadas con gestiones exitosas de SARC, tal como sucede en las decisiones en las que se declara la conformidad objetiva del reclamante.

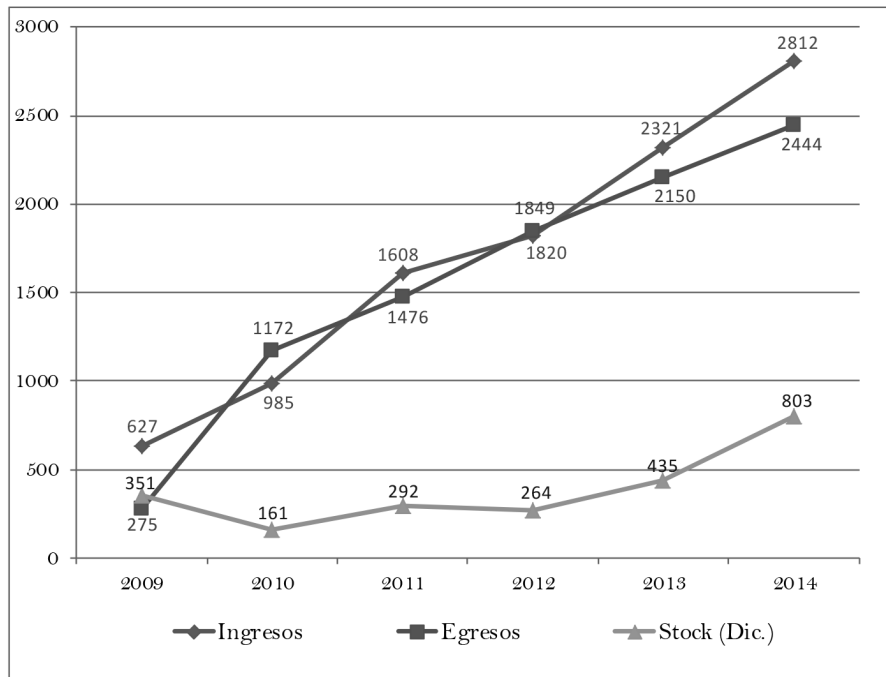
La figura que sigue muestra los resultados obtenidos en el CPLT en los casos que han sido derivados a SARC en los últimos cinco años calendario (2010-2014). Esta medición es importante porque en ese período, una vez concluido y evaluado el PP, se encontraba en régimen el proceso SARC. Como se verá adelante, durante el 2015 se han efectuado modificaciones a las gestiones de SARC en la Dirección Jurídica, por lo que los resultados del primer semestre de 2015 serán analizados por separado. Entre el 1° de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2014, ingresaron 10.173 casos al CPLT. En esos cinco años 1.097 casos fueron derivados a SARC (10,78%). Más adelante se explicará por qué la tasa de derivación ha sido inferior a lo originalmente esperado cuando se comenzó a aplicar SARC y las dificultades principales que se han detectado. De los 1.097 casos derivados, se lograron resultados exitosos de SARC en 736 casos (67,1%), mientras que en 361 casos tales gestiones fracasaron (32,9%). Los 736 casos exitosos se desglosan de la siguiente manera: en 383 fue posible declarar la conformidad objetiva entre la información solicitada y los antecedentes proporcionados por el OAE (35,89%), mientras que en los 353 restantes se acogió el desistimiento del reclamante (32,17%).

Figura N° 12
Resultados de los casos derivados a SARC (2010-2014)

| | OAE no acepta SARC | Conformidad Objetiva | Desistimiento | Total |
|-------|--------------------|----------------------|---------------|-------|
| 2010 | 18 | 38 | 46 | 102 |
| 2011 | 85 | 62 | 106 | 253 |
| 2012 | 121 | 95 | 80 | 296 |
| 2013 | 93 | 97 | 57 | 247 |
| 2014 | 44 | 91 | 64 | 199 |
| Total | 361 | 383 | 353 | 1.097 |

Fuente: Elaboración propia a partir de las *Memorias Institucionales* del Consejo para la Transparencia (2010-2014).

Figura N° 13
Ingresos, egresos y stock acumulado de casos, por año (2009-2014)



Fuente: Elaboración propia a partir de las Memorias Institucionales del Consejo para la Transparencia (2009-2014).

a) Etapas

Para el análisis de la evolución de la aplicación de SARC en el CPLT, desde 2010 a la fecha, es conveniente distinguir varias etapas. En un primer momento se optó por dar continuidad al PP de 2010, de modo que la selección de los casos derivados a SARC continuó en la Unidad de Admisibilidad y las gestiones de SARC se mantuvieron en la Unidad de Promoción y Clientes de la Dirección de Estudios.

Con posterioridad, para responder a las peticiones de la Dirección Jurídica, las gestiones de SARC fueron concentradas en algunos de los analistas de la Unidad de Promoción y Clientes. Cabe señalar que el 2011 dicha Unidad dejó de formar parte de la Dirección de Estudios, integrándose a la Dirección General del CPLT. En la actualidad se encarga de diversas tareas, entre las cuales cabe mencionar:

- a) Gestionar el diseño, implementación y mantención del programa de capacitación para funcionarios públicos y ciudadanía;
- b) Gestionar los canales de atención y orientación de público,

- c) Recibir, analizar, tramitar, derivar y resolver las consultas, solicitudes de información y quejas que presenten los usuarios del CPLT,
- d) Establecer y mantener relación con la red de enlaces para canalizar iniciativas e inquietudes orientadas al cumplimiento de la LT,
- e) Gestionar la página de Transparencia Activa en el sitio Web del CPLT¹⁹.

A partir de marzo de 2012 el proceso de SARC fue asumido directamente por la Unidad de Admisibilidad, que pasó a denominarse UASARC. Esa decisión fue impulsada no sólo por la Dirección Jurídica, sino que también contó con el apoyo de la Dirección de Administración, Finanzas y Personas, pues se evaluó desde el punto de vista de los recursos humanos disponibles en el CPLT dónde era más conveniente que estuviese alojado el proceso SARC. Durante el 2012-2013, sólo tres analistas se desempeñaban en esta unidad. En esa época se priorizó la realización de los exámenes de admisibilidad y los envíos de los oficios respectivos, a fin de cumplir con los indicadores de gestión y traspasar a la UAF los casos que contasen con todos los antecedentes necesarios para su resolución. Como se verá más adelante, en la actualidad la Unidad cuenta con una jefatura y cinco analistas jornada completa y un analista jornada parcial.

Se debe considerar que los analistas de fondo reconocen que también efectúan SARC, aunque de manera más informal. Esos datos no se encuentran registrados estadísticamente porque los analistas de dicha Unidad redactan los borradores de las decisiones de fondo. A partir de las entrevistas efectuadas en esta investigación se ha podido corroborar que los analistas de fondo a veces advierten que un caso podría haber terminado con ante-lación si se hubieran efectuado las gestiones de SARC en la UASARC²⁰.

La curva de casos ingresados en el CPLT muestra en el tiempo una tendencia gradual al alza. En primer lugar, ello puede deberse en parte al hecho que el CPLT se ha dado cada vez más a conocer ante la opinión pública en estos cinco años. En segundo lugar, en abril de 2013 el CPLT desarrolló una aplicación tecnológica que permite interponer amparos y recursos a través de su sitio Web²¹. Al igual que en otras instituciones públicas, la posibilidad tecnológica de formular peticiones de manera

¹⁹ En consideración de las actuales responsabilidades de la Unidad de Promoción y Clientes, no sería recomendable que las gestiones de SARC volviesen a ser desarrolladas por dicho equipo.

²⁰ Desde agosto de 2012 se registra en qué Unidad termina el caso: en la UASARC o en la UAF.

²¹ http://extranet.consejotransparencia.cl/Web_SCL/Paginas/Login.aspx. [Fecha de consulta: 7 de diciembre de 2015].

directa y sin dilaciones ha provocado un aumento del número de casos. Una innovación importante fue establecer filtros en el sistema de reclamo en línea, y de esa manera prevenir que se interpongan amparos que no cumplan con los requisitos mínimos establecidos por la LT.

El principal interés del reclamante es obtener la información de manera oportuna. Por ello el CPLT se ha fijado la meta de cerrar todos los casos dentro de 120 días corridos desde la interposición del amparo²², y en un promedio de 100 días corridos para todos los casos. La presión de los plazos hace que la UASARC traspase los casos a la UAF en un promedio de 37 días. El tiempo que se destina a la búsqueda de SARC, en el evento que tales gestiones fracasen, lamentablemente podría afectar el cumplimiento de las metas de la Dirección Jurídica. Sin embargo, desde el punto de vista de las políticas públicas es un riesgo que es preferible asumir dentro de ciertos márgenes.

b) Dificultades

Durante el levantamiento de información efectuado para consolidar un diagnóstico sobre la aplicación de SARC en el CPLT fue posible detectar un conjunto de dificultades que en estos momentos podrían estar impidiendo que SARC sea una práctica más extendida para poner término a los amparos del derecho de acceso a información.

Desde el punto de vista de los reclamantes, la percepción que tienen los analistas de la Dirección Jurídica es que un porcentaje no menor prefiere que el CPLT dicte una decisión de fondo en vez de buscar una salida alternativa (o resolución informal) para el caso concreto. Ello se ve acrecentado en el caso de los reclamantes habituales o que concentran un porcentaje significativo de la carga de trabajo del CPLT.

Algunos enlaces han manifestado que SARC es un procedimiento informal que no cuenta con reconocimiento legal, por lo que no aceptan la invitación que les formula el CPLT de resolver por esta vía los amparos en contra de los OAE. Al respecto no existe una campaña comunicacional focalizada en promover la búsqueda de SARC junto a los OAE. En este aspecto el CPLT podría ser más proactivo, pues no basta con informar sobre la existencia de este mecanismo. Es conveniente generar incentivos para propiciar la realización de SARC. Por ejemplo, algunos enlaces han manifestado su molestia a los analistas de admisibilidad a propósito de

²² El 2012 la UAF “asumió como principal compromiso el de tramitar y resolver los casos admisibles en un plazo máximo de 120 días corridos –desde su ingreso al Consejo hasta la notificación de la decisión correspondiente–, estableciéndose un procedimiento especial para aquellos casos que superaran dicho plazo.” (CPLT 2013b: 30).

la búsqueda de SARC. Durante las negociaciones que sostienen con los analistas se les solicita que colaboren facilitando la información para poner término al caso. A pesar que el OAE haya accedido a proporcionar los antecedentes, el CPLT dicta una decisión que acoge el amparo, declarando la conformidad objetiva o aprobando el desistimiento. En algunas ocasiones los analistas de admisibilidad no han sido del todo veraces con los enlaces, asegurándoles que no se dictará decisión en contra del OAE. Para evitar suspicacias, no es recomendable acoger el amparo en aquellos casos en que el OAE ha colaborado en la búsqueda de una solución al problema; simplemente bastaría con cerrar el caso y hacer una alusión genérica en el sitio Web (indicando que se ha llegado a acuerdo entre las partes). Desde un punto de vista normativo, habría que analizar si es posible innovar en la manera en que se pondría término a la controversia. Cabe tener a la vista lo dispuesto en los arts. 40 y 41 de la Ley N° 19.880 (2003), sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, en el art. 33, letra b), de la LT, y en el art. 17, inc. 2°, del Estatuto de Funcionamiento del CPLT (2009).

Algunos entrevistados han señalado que la búsqueda de SARC no fue una prioridad para la jefatura anterior de la Dirección Jurídica. Recién este año se fijó un estándar para comprometer la realización de este proceso de trabajo. Para que SARC sea cada vez más aplicado como mecanismo para poner término a los amparos se requiere un compromiso institucional en todos los niveles que participan en esos procesos de trabajo. Los analistas que realicen las gestiones de SARC y sus superiores jerárquicos deben tener un alto compromiso con este mecanismo. Existen las condiciones institucionales para que la tasa de derivaciones de casos a SARC aumente gradualmente.

Una vez que ingresan los descargos de los OAE, lo que suele suceder es que los casos son traspasados a la UAF. Los analistas de esta Unidad señalan que muchas veces de la mera revisión de los descargos es posible advertir que el caso es factible de ser resuelto con la realización de gestiones oficiosas. Por ejemplo, en los descargos a veces sucede que el OAE proporciona la información solicitada. De acuerdo al modelo actual, se supone que los analistas de esta Unidad no realizan SARC, pero en la práctica estas decisiones son contabilizadas como decisiones de fondo²³. Adicionalmente, una vez que un caso es traspasado a la UAF, ésta no puede devolverlo a la UASARC, siendo que antes sí existía esta posibilidad si era conveniente para resolver de mejor manera el caso.

²³ Algo similar sucede en el caso de las decisiones de conformidad objetiva, en los casos derivados a SARC y que han sido gestionados por la UASARC, las que también están siendo contabilizadas como decisiones de fondo.

Se ha podido advertir que, en general, los analistas de UASARC y UAF cuentan con poca capacitación en técnicas de negociación, persuasión y comunicación.

La rotación de analistas en la Dirección Jurídica también puede ser vista como una dificultad adicional. Por ejemplo, desde 2009 cuatro profesionales han estado a cargo de la Dirección Jurídica, y en estos momentos se encuentra en concurso ante el Sistema de Alta Dirección Pública el cargo de Director Jurídico. De los 26 funcionarios que se desempeñan en esta Dirección²⁴, la mitad ha sido contratada en los últimos quince meses.

Los profesionales que realizan tareas relacionadas con el proceso SARC no lo hacen de manera exclusiva. En estos momentos los analistas de la UASARC deben: analizar la procedencia de admitir a tramitación las solicitudes de amparo del derecho de acceso a la información y los reclamos por incumplimiento de las normas de transparencia activa; proponer y preparar decisiones de inadmisibilidad y de los demás casos que no requieran ser traspasados a la UAF; encargarse de las subsanaciones, aclaraciones y traslados; preparar las reuniones del Comité de Admisibilidad, y gestionar SARC ante los OAE y comunicarse con los reclamantes²⁵.

Dado que las decisiones de inadmisibilidad deben ser fundadas, los analistas de admisibilidad revisan e incorporan aspectos de detalle del caso concreto al momento de redactar los borradores de tales decisiones. Ese tiempo podría reducirse aun más si la redacción de todas las decisiones de inadmisibilidad se efectuase llenando campos en el SGC, de modo que los documentos se generen en forma automática a partir de formularios tipo. Gran parte de la carga de trabajo de los analistas de la Unidad está destinado al análisis de los antecedentes del caso, para lo cual se alimenta la base de datos del SGC con las particularidades de cada amparo. A partir de los registros en el SGC es posible preparar los borradores de las decisiones de inadmisibilidad. Sin embargo, en aquellas que son de especial complejidad es necesario agregar algunos considerandos adicionales. Cabe agregar que en ocasiones se pierden días de tramitación porque los correos mediante los cuales son enviadas las respuestas de los enlaces y reclamantes son considerados *spam* por el sistema tecnológico del CPLT, lo cual debiera ser corregido.

Una dificultad adicional, aunque no menor, es la primacía de una cultura formalista en la composición de los equipos jurídicos, por sobre una cultura

²⁴ En junio de 2015 se desempeñaban en la Dirección Jurídica los siguientes profesionales: Director Jurídico, Jefe de la UAF, Jefe de la UASARC, Jefe de la Unidad de Normativa y Regulación, Jefe de la Unidad de Defensa Judicial, 13 Analistas de la UAF, 5 Analistas de la UASARC, 1 Analista de la Unidad de Normativa y Regulación, 1 Analista de la Unidad de Defensa Judicial, 2 Asistentes Ejecutivos.

²⁵ Art. 17 del Reglamento Orgánico del Consejo para la Transparencia.

orientada a la gestión y resolución de conflictos. Para gatillar un giro o cambio cultural en esa dirección se requiere que los directivos y las jefaturas prioricen la gestión y la innovación, reservando la reflexión académico-jurídica para los casos de mayor complejidad. Por otra parte, en las nuevas contrataciones se tendrá que prestar más atención a las competencias profesionales, habilidades blandas y formación interdisciplinar de los postulantes.

c) Oportunidades

En esta sección se identifica un conjunto de oportunidades que fueron mencionadas en las diversas entrevistas llevadas a cabo en el CPLT durante el trabajo de campo:

En el CPLT existe un alto interés y la voluntad de introducir mejoras y reformular SARC, a objeto de extender su aplicación a una mayor cantidad de casos. Todos los entrevistados manifestaron que para la Dirección General del CPLT es fundamental fortalecer la aplicación de SARC en la gestión de casos. La inmensa mayoría de los entrevistados considera que SARC debería ser potenciado en el CPLT, de modo que sus ventajas se encuentran fuera de discusión.

Para ampliar el porcentaje de casos derivados a SARC bastaría con revisar los criterios de selección que son utilizados en estos momentos. Por ejemplo, todos los casos de media o baja complejidad podrían ser derivados a SARC, lo cual representa una cifra cercana al 90% de los casos. Se propone que el incremento de casos derivados a SARC sea gradual.

También se podría explicar a los enlaces las ventajas y externalidades positivas que tiene poner término a los casos mediante SARC. Existe la oportunidad de expandir la celebración de convenios con más instituciones públicas interesadas en que SARC sea la regla de general aplicación para la tramitación de los amparos, aunque sería conveniente asegurarles confidencialidad en caso de llegar a acuerdo con el reclamante. En estos momentos los organismos que tienen una visión más favorable a la realización de SARC son los siguientes: Carabineros de Chile, Servicio Nacional de Capacitación y Empleo, Instituto de Previsión Social, y algunas municipalidades.

Se ha podido advertir que los profesionales que se desempeñan en el CPLT cuentan con las calificaciones académicas y experiencia laboral suficientes para generar los cambios que se requieren para potenciar la búsqueda de SARC. En el corto plazo no se considera necesario contar con más profesionales en el CPLT para cumplir adecuadamente con la gestión de los casos. Existe la posibilidad que algunos profesionales del CPLT sean reasignados a la UASARC para apoyar las tareas de resolución de casos.

Es posible simplificar el contenido de las decisiones de inadmisibilidad, redactándolas en un lenguaje sencillo y sin tecnicismos jurídicos. Con

la finalidad de facilitar la comprensión por parte de los reclamantes cuyos amparos han sido declarados inadmisibles, junto con la decisión se podría acompañar una *Guía Práctica*, de modo que en una próxima oportunidad el interesado cuente con más herramientas para interponer correctamente los amparos o reclamos. Es evidente que no se puede pretender educar a los reclamantes a través de cada decisión que se redacta. Es preferible preparar un único documento en el cual se explique en términos simples cuáles son los requisitos que se deben cumplir para que un amparo sea declarado admisible, incluyendo ejemplos prácticos, y cómo se lleva a cabo su tramitación en el CPLT.

Es preferible ampliar el plazo otorgado a los analistas para la búsqueda de SARC. En estos momentos ellos cuentan con diez días hábiles para comunicarse de manera informal y directa con el enlace y el reclamante. En la medida que se siga cumpliendo con el tope máximo de 120 días corridos para cerrar los casos en la Dirección Jurídica, pudiera estimarse que diez días hábiles para la búsqueda de SARC es un período demasiado breve. Si se quiere potenciar la búsqueda de acuerdos y la resolución informal de los casos, es conveniente extender la cantidad de días que tendrían los analistas para la realización de gestiones informales.

Pudiera pensarse en una participación más activa por parte de los funcionarios de la Oficina de Partes en la declaración de aquellas inadmisibilidades que fuesen de fácil despacho. Los funcionarios de la Oficina de Partes pudieran efectuar una primera revisión de los amparos y completar una ficha en la que vayan informando los antecedentes principales de los documentos proporcionados. A continuación los analistas de admisibilidad recibirían los antecedentes para apoyarse en la revisión preliminar de la Oficina de Partes. En la medida que los analistas de admisibilidad capaciten y retroalimenten a los analistas de la Oficina de Partes, la calidad de las evaluaciones que se hagan al momento del ingreso de los amparos y reclamos debería aumentar en forma progresiva.

A propósito de la discusión de la agenda de probidad y transparencia que ha impulsado el actual Gobierno, es probable que se incorporen modificaciones a la LT. Es conveniente consagrar la figura de las resoluciones informales o SARC en la LT. También pudiera avanzarse en esta línea si se aprobase un Instructivo de SARC por parte del CPLT.

En cuanto al momento en que se realizan las gestiones de SARC en la Dirección Jurídica, es factible ampliar su aplicación a la fase de análisis de fondo. Evidentemente, es deseable que tales gestiones se efectúen lo más temprano posible, pero una vez conocidos los descargos es preferible que el analista a cargo del caso busque acuerdos entre el reclamante y el órgano reclamado antes de proceder a redactar el borrador de la decisión.

Según los entrevistados, si se revisa la tramitación de los casos se puede apreciar que no se están aprovechando todos los tiempos muertos que existen desde que el amparo es declarado admisible hasta que se dicta la decisión de fondo. Por ejemplo, una vez notificados los descargos y se espera la respuesta del OAE, es posible efectuar gestiones informales. Dado que es imposible que el analista de fondo redacte simultáneamente todas las decisiones de los casos que le han sido asignadas, también es factible que los analistas insistan en las comunicaciones con el enlace y el reclamante. Si hubiera recursos adicionales, sería conveniente identificar qué oportunidades existen en estos momentos durante la tramitación de los casos para insistir en la realización de gestiones informales.

Si una solicitud de información es denegada, pudiera establecerse como práctica generalizada que el solicitante pida al OAE que revise su decisión, tal como sucede en otros modelos de gestión de casos de acceso a información. Esta práctica ha sido útil en Inglaterra para descongestionar la carga de trabajo del Comisionado de Información²⁶.

Como práctica habitual, es factible aplicar evaluaciones para conocer los niveles de satisfacción de enlaces y reclamantes con el proceso SARC, y compararlos con los niveles de satisfacción en aquellos casos que no son derivados a SARC²⁷.

Para facilitar el traspaso de información sobre los precedentes del CPLT y la jurisprudencia relevante en materia de transparencia y acceso a información, pudiera ser de utilidad que los analistas de la Dirección Jurídica cuenten con un *blog* interno en el cual puedan informar a los demás integrantes del equipo a cargo de la gestión de casos los aspectos más relevantes de las decisiones de fondo. Esta medida ha sido útil en el Comisionado de Información en Escocia²⁸.

Existe la posibilidad de crear un sistema de tutorías en la Dirección Jurídica, de modo que los analistas junior o que se han integrado hace poco tiempo al CPLT puedan consultar dudas o discutir los borradores de sus decisiones con analistas senior.

²⁶ Kevin DUNION & Hugo ROJAS, “Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos y Derecho de Acceso a Información Pública: Análisis de las experiencias escocesa, inglesa e irlandesa”, pp. 69-91.

²⁷ La Unidad de Reportes y Estadística del CPLT aplicó el 2013 una encuesta a 167 reclamantes. La proporción de reclamantes que declaran estar satisfechos o muy satisfechos con los servicios que presta el CPLT es mayor si se trata de casos derivados a SARC (84,6%), mientras que en los casos no derivados a SARC los niveles de satisfacción son menores (66,6%). *Vid.* CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA: “Informe Final: Estudio de Satisfacción de Clientes Públicos y Privados”, p. 12.

²⁸ DUNION & ROJAS, *op. cit.*, pp. 69-91.

Una vez adoptado un conjunto de mejoras en el corto plazo a los procesos de admisibilidad y SARC, los tiempos de tramitación de los casos deberían disminuir. Si ello no fuera así, entonces habría que explorar distintas alternativas para introducir modificaciones sustantivas a la Dirección Jurídica, refundarla, y replantear por completo sus procesos de trabajo. Ello es especialmente relevante si la tendencia del número de ingresos aumenta considerablemente en los próximos meses.

Por último, diversos entrevistados han señalado que el Consejo Directivo estaría analizando demasiados casos en cada una de sus sesiones, siendo que el tiempo destinado a la revisión de casos debería estar acotado únicamente a aquéllos respecto de los cuales no existen precedentes, son de alta complejidad técnica o de connotación pública. Con la finalidad de hacer más ágil y expedita la firma de las decisiones de inadmisibilidad, que aprueban SARC, o que se refieren a casos de baja complejidad, se pudiera explorar que el Consejo Directivo apruebe y firme un Acta por sesión que contenga todas las decisiones de los casos de baja o mediana complejidad. En ese escenario, los analistas tendrían que preparar los oficios respectivos en los que se da cuenta de la decisión adoptada. Si el porcentaje de decisiones de fondo se reduce gradualmente gracias al aumento de término de los casos vía SARC y a una mejor gestión de casos, el Consejo Directivo también se vería beneficiado, pues podría abocarse en sus sesiones a otros temas estratégico-políticos.

d) Propuestas recientes de optimización

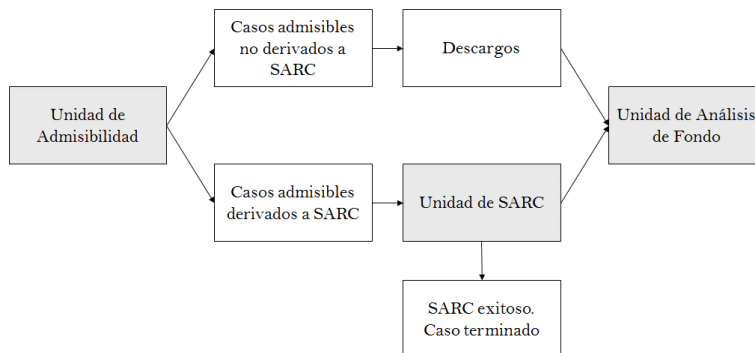
Se han podido conocer algunas propuestas que han sido impulsadas internamente para mejorar la aplicación de SARC en el CPLT. Durante el 2014 la Unidad de Arquitectura de Negocios e Información de la Dirección de Operaciones y Sistemas efectuó un levantamiento de información sobre SARC en el CPLT. Se conocieron de primera fuente otras experiencias de mediación a nivel nacional, en el Consejo de Defensa del Estado, Servicio Nacional del Consumidor, Dirección del Trabajo y Superintendencia de Salud. El 2 de diciembre de 2014 dicha Unidad formuló una propuesta global de modelo de operación para SARC²⁹. Se plantearon cambios a los procesos de trabajo, tanto en la UASARC como en la UAF, y se argumentó a favor de la creación de una nueva (sub)unidad de SARC en la Dirección Jurídica. La propuesta incluía el diseño y ejecución de un PP, donde se seleccionarían diez casos semanales, cada uno de los cuales tendría una duración estimada en 40 días hábiles, considerando una tasa de éxito del

²⁹ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA: "Propuesta de Rediseño de SARC", documento interno de trabajo, Unidad de Arquitectura de Negocios e Información, Santiago, 2 de diciembre de 2014.

85%. También se sugirió celebrar convenios con universidades y contratar mediadores externos, a quienes se les pagaría por caso concluido. También se efectuaron simulaciones de los tiempos necesarios para gestionar SARC, se formularon ajustes al sistema informático para cubrir las necesidades de SARC, se identificaron perfiles de analistas³⁰, criterios de selección³¹, etc. Sin embargo, esta propuesta no fue implementada.

En paralelo, el 2014 se desarrolló otra propuesta por parte de los analistas de la Dirección Jurídica, quienes argumentaron a favor de la creación de una Unidad de SARC³². Se planteó la idea de crear una Unidad de SARC dentro de la Dirección Jurídica, a quien se le encomendaría la administración de todas las gestiones de SARC, así como la realización de las decisiones correspondientes conforme al resultado obtenido. Esta Unidad recibiría los casos de la Unidad de Admisibilidad y, en paralelo, analizaría los descargos de los OAE. En cuanto a la composición del equipo de trabajo, se propuso que fuesen profesionales con dedicación exclusiva a SARC, capacitados en un conjunto de habilidades para obtener resultados en plazos breves: negociación, comunicación, planificación, trabajo en equipo, orientación a resultados, etc. También se sugirió ampliar el número de días para la búsqueda de SARC, pasando de 10 a 20 días hábiles.

Figura N° 14
Flujograma de la Propuesta de Unidad de SARC (2014)



Fuente: Consejo para la Transparencia: “Propuesta Solución Anticipada de Resolución de Controversia (SARC)”, documento interno de trabajo, Dirección Jurídica, Santiago, 2010.

³⁰ *Ibid.*, p. 7. Los analistas no tendrían que ser necesariamente abogados, pues el equipo podría estar integrado por sociólogos, psicólogos, asistentes sociales, etc.

³¹ *Ibid.*, p. 8. Criterios de selección: 1°) Amparo; 2°) Complejidad baja o media; 3°) Precedentes del CPLT; 4°) Ausencia o denegación de respuesta por parte del órgano reclamado frente a la petición del reclamante; 5°) Institución con convenio SARC.

³² CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA: “Propuesta Solución Anticipada de Resolución de Controversia (SARC)”, documento interno de trabajo, Dirección Jurídica, Santiago, 2014.

Antes de revisar las innovaciones recientes en el CPLT es conveniente tener en cuenta el contexto a partir del cual surgen. Durante el 2014 ingresaron al CPLT 2.812 casos, con un promedio mensual de 234 casos. Ese mismo año egresaron 2.444 casos, con un promedio mensual de 204 decisiones. Esta última cifra se desglosa de la siguiente manera: 1.086 decisiones de inadmisibilidad (44,43%), con una duración promedio de tramitación de 22 días; 1.212 decisiones de fondo (49,59%), con una duración promedio de 119 días; y 146 decisiones que acogen el desistimiento del reclamante (5,97%), con una duración promedio de 51 días. Ese año sólo se derivaron a SARC 199 casos, con una tasa de éxito del 77,69%: 91 decisiones que acogen el amparo y declaran la conformidad objetiva (45,72%), y 64 decisiones que acogen el amparo y declaran el desistimiento del reclamante (32,16%). Las gestiones de SARC fracasaron en 44 casos (22,11%). El *stock* acumulado de casos el 30 de diciembre de 2014 era de 803 casos³³, lo cual fue evaluado con preocupación y se adoptaron medidas para mejorar la situación³⁴.

En consideración de esos resultados, a comienzos de 2015 la Unidad de Planificación y Calidad de la Dirección General estableció un nuevo indicador de gestión para la UASARC, fijando en 40% la tasa de derivación de casos a SARC. Entre el 1° de marzo y el 30 de junio ingresaron 988 casos, de los cuales 615 fueron declarados admisibles (62,24%). En ese período se seleccionaron 267 casos para ser derivados a SARC, lo que corresponde al 43,4%; mientras que los otros 348 casos han continuado con su tramitación (56,6%). Otro antecedente importante es que en esos cuatro meses se han efectuado diligencias para lograr SARC en 232 casos. En 155 de esos casos se ha tenido éxito (66,8%)³⁵, y en 77 casos han fracasado las gestiones de SARC (33,2%).

³³ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA: *Memoria Institucional 2014*, pp. 23, 56-60, 76-81.

³⁴ En diciembre de 2014 se desempeñaban en el CPLT 100 funcionarios, 20 de los cuales se dedicaban a la gestión de casos en la Dirección Jurídica. Durante el primer semestre de 2015 el número de funcionarios del CPLT aumentó a 122, y 26 integraban la Dirección Jurídica.

³⁵ El porcentaje de SARC exitoso es levemente superior, pues habría que sumar otros casos en que se han efectuado diligencias SARC y que han concluido mediante la dictación de decisiones de inadmisibilidad o de fondo.

Figura N° 15
Ingresos, egresos y derivaciones a SARC
(marzo-junio 2015)

| | Marzo | Abril | Mayo | Junio | Total |
|---|-------|-------|-------|-------|-------|
| Ingresos | 223 | 236 | 251 | 278 | 988 |
| N° amparos declarados admisibles | 162 | 120 | 136 | 197 | 615 |
| N° amparos admisibles no derivados a SARC | 102 | 68 | 60 | 118 | 348 |
| N° amparos admisibles derivados a SARC | 60 | 52 | 76 | 79 | 267 |
| Tasa de derivación a SARC (%) | 37,04 | 43,33 | 55,88 | 40,10 | 44,09 |
| Egresos | 331 | 273 | 237 | 282 | 1123 |
| N° decisiones de inadmisibilidad | 124 | 93 | 64 | 102 | 383 |
| N° decisiones de fondo | 183 | 172 | 160 | 162 | 677 |
| N° decisiones que acogen desistimiento | 24 | 8 | 13 | 18 | 63 |
| Stock acumulado (casos pendientes) | 734 | 697 | 711 | 708 | |

Fuente: Elaboración propia a partir de los antecedentes proporcionados por la Unidad de Planificación del Consejo para la Transparencia (julio de 2015).

Los resultados que se han alcanzado con las modificaciones incorporadas en marzo de 2015 son auspiciosos. En estos momentos pudiera ser conveniente discutir un conjunto de ajustes encaminados a reforzar la aplicación de SARC en el corto plazo. Si los resultados siguen siendo positivos durante el segundo semestre de 2015, entonces tales ajustes podrían consolidarse en el tiempo. Por el contrario, si los resultados son menos optimistas habría que tensionar y abandonar el modelo actual de gestión de casos y reformular los procesos de trabajo en la Dirección Jurídica. Con todo, es imprescindible que en los próximos meses la cantidad de ingresos sea monitoreada con especial atención, pues una tendencia al alza podría acelerar el debate sobre una eventual refundación de la Dirección Jurídica.

II. PROCESOS DE TRABAJO EN LA UASARC

Dado que en la actualidad los procesos de búsqueda de resoluciones informales y anticipadas se llevan fundamentalmente a cabo en la UASARC, en esta sección se explica la tramitación de los amparos desde que ingresan al CPLT hasta que son traspasados a la Unidad de Reclamos de la Dirección Jurídica. Interesa especialmente describir los procesos de trabajo en la UASARC, cuya misión consiste en analizar los amparos, reclamos y recursos administrativos que ingresan al CPLT, con el objeto de determinar si cumplen con los requisitos establecidos en la LT y en la Ley N° 19.880,

declarar su inadmisibilidad o iniciar su tramitación, gestionar el SARC, y emitir las decisiones de fondo cuando la respuesta del órgano sea extemporánea y se declare la conformidad objetiva³⁶.

Ingreso

Los amparos del derecho a acceso a información pública ingresan al CPLT por alguna de estas tres vías:

- i) Oficina de Partes,
- ii) Portal Transparencia, y
- iii) Sistema de Reclamo en Línea del CPLT.

Esta última vía se encuentra disponible en el sitio Web del CPLT y es la principal modalidad utilizada por los reclamantes.

Confección de la carpeta física

La Oficina de Partes prepara las carpetas físicas con todos los antecedentes de los amparos que son interpuestos ante el CPLT. Si se trata de amparos que han ingresado electrónicamente, en forma automática el SGC les asigna un Rol y almacena los documentos presentados. En cambio, si se trata de amparos que han sido interpuestos mediante escritos recibidos por la Oficina de Partes, esta les asigna un Rol de ingreso y procede a digitalizar los documentos, todo lo cual es ingresado al SGC.

Traspaso de las carpetas físicas a la UASARC

Durante el curso del día, o a más tardar al día siguiente, los funcionarios de la Oficina de Partes le entregan las carpetas físicas con los nuevos casos a la asistente ejecutiva de la Dirección Jurídica. La fecha de recepción de las carpetas por parte de la UASARC es registrada en el SGC³⁷. Asimismo, la asistente ejecutiva le entrega las carpetas físicas al Jefe de la UASARC.

Revisión preliminar

El Jefe de la UASARC efectúa una revisión rápida de los casos nuevos. Si se trata de casos respecto de los cuales existen precedentes en el CPLT, el Jefe de la UASARC anota los Roles de los casos respectivos. Con posterioridad, el analista a quien le corresponda revisar el caso debe con-

³⁶ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA: "Procedimiento: Admisibilidad (versión 6.0)", documento interno de trabajo, Unidad de Admisibilidad y SARC, Santiago, junio de 2015.

³⁷ En la aplicación intranet SGC se incorporan los datos en la pestaña "Admisibilidad", sección "Fecha de Recepción en Unidad de Admisibilidad".

siderar esa información. El Jefe de la Unidad también revisa el nombre del reclamante y la materia. Si se trata de un reclamante habitual, por lo general el nuevo amparo es asignado al analista que ha conocido de amparos interpuestos por el mismo reclamante en el pasado. En cuanto a la materia o contenido, el Jefe de la Unidad analiza ciertos antecedentes que le permiten anticipar el nivel de dificultad o complejidad del caso. En ese sentido, el Jefe de la Unidad considera

- 1°) si hay o no precedentes por parte del CPLT,
- 2°) si se afectan o no derechos de terceros,
- 3°) si el amparo contiene pocos o muchos documentos,
- 4°) si se invocan o no causales de reserva que aparentemente pudieran ser válidas, y
- 5°) si la calidad del órgano reclamado está o no determinada como sujeto obligado por la LT.

Esa revisión le permite al Jefe de la Unidad determinar la calificación del caso según su grado de complejidad: baja, media o alta. Si existen precedentes, el caso es calificado en baja o media complejidad. La cantidad de antecedentes del caso también incide en la calificación, pues a mayor cantidad de antecedentes, mayor será su complejidad. La existencia de terceros involucrados determina que estos casos sean considerados de media o alta complejidad. Si el órgano reclamado invoca causales de reserva, el caso es considerado de media o alta complejidad.

Asignación de los casos

A continuación el Jefe de la UASARC asigna los casos a los analistas de admisibilidad en consideración de su experticia y carga de trabajo. Además, el Jefe de la Unidad considera los siguientes criterios al momento de asignar los casos entre los distintos analistas de admisibilidad: identidad del reclamante, materia o contenido, y complejidad del caso. La asignación es registrada en el SGC. En ocasiones el Jefe de la Unidad se apoya en la asistente ejecutiva para la entrega de las carpetas físicas y el registro en el SGC de dicha entrega.

En estos momentos en la UASARC se desempeñan cinco analistas jornada completa. Además se cuenta con el apoyo de un analista que trabaja en la Unidad de Defensa Judicial, en la medida que este profesional tenga tiempo disponible. No es posible planificar con antelación la cantidad de horas de trabajo que este analista puede destinar a la revisión de amparos en la fase de admisibilidad, pues depende de la carga de trabajo que tenga en la Unidad de Defensa Judicial. Los casos más complejos son asignados a la analista senior, quien además subroga al Jefe de la UASARC. En cuanto

a la cantidad de casos que se asigna a cada analista, en términos generales son bastante similares, salvo que la analista senior tenga que efectuar tareas que le sean solicitadas por el Jefe de la Unidad, o que la analista de la Unidad de Defensa Judicial no tenga disponibilidad. Por cierto, a dicha analista no se le asignan más de siete casos a la semana.

Evaluación y análisis

El analista de admisibilidad a quien se le ha asignado un caso debe completar una ficha en formato Word, donde da cuenta de su análisis del caso y formula la propuesta de admisibilidad³⁸. El analista verifica si el amparo interpuesto cumple o no con los requisitos legales para ser admitido a tramitación. El Jefe de la UASARC recibe por correo electrónico la ficha de análisis, y procede a comparar la información proporcionada con los antecedentes que se encuentran disponibles en el SGC. A continuación, el Jefe de la Unidad envía por correo electrónico al analista a cargo del caso su parecer frente a la propuesta. El Jefe puede aprobar el análisis y la propuesta, solicitar correcciones de forma o sustantivas, si fuere necesario. Si el Jefe de la Unidad está en desacuerdo con el análisis y la propuesta efectuada por el analista, se lleva a cabo una reunión, en la cual el Jefe explica su decisión, y después procede a enviarle por correo electrónico la ficha corregida. A continuación el analista procede a subir al SGC la información contenida en la ficha de análisis, en los términos en que ha sido aprobada por el Jefe de la Unidad.

Decisión de admisibilidad

El análisis del amparo interpuesto requiere de una decisión respecto del examen de admisibilidad que ha efectuado el analista, la cual ha sido validada por el Jefe de la Unidad (CPLT 2012). Tres son las decisiones posibles:

- a) *Declarar inadmisibile el amparo*. Las causales de inadmisibilidad son las siguientes:
 - 1°) extemporaneidad, por haber vencido el plazo previsto en el art. 24 de la LT o antes del plazo fijado en el art. 14 de la LT;
 - 2°) incompetencia objetiva, toda vez que la materia reclamada no dice relación con el ejercicio del derecho de acceso a información o se encuentra fuera de la competencia del CPLT, o bien, la solicitud de acceso a información es ingresada por un canal no habilitado por el órgano reclamado;

³⁸ Los campos a completar en la ficha en formato Word son similares a los disponibles en la pestaña "Admisibilidad" del SGC.

- 3°) incompetencia subjetiva, si el órgano reclamado no es una entidad que se encuentre regulada por la LT;
- 4°) ausencia de infracción a la normativa sobre transparencia y acceso a información;
- 5°) falta de subsanación³⁹, y
- 6°) falta de legitimidad activa o titularidad para ejercer la acción⁴⁰.

La decisión de inadmisibilidad es redactada por el analista de admisibilidad a cargo del caso, para luego ser firmada por el Consejo Directivo. La decisión es notificada mediante oficio conductor –firmado por el Director General o el Director Jurídico– despachado por la Oficina de Partes, quedando registro de todo lo anterior en el SIGEDOC⁴¹.

- b) *Solicitar subsanación o aclaración*: si en el amparo no se acompañan todos los antecedentes, es necesario solicitar al reclamante que subsane las deficiencias que hayan sido detectadas. Por ejemplo, ello sucede cuando el reclamante no acompaña la solicitud de información, la respuesta del órgano reclamado, o de los antecedentes que han sido acompañados no se aprecia claramente la infracción cometida. En esos casos se le solicita al requirente que proporcione otros antecedentes o que clarifique el sentido de su amparo, dentro del plazo de cinco días hábiles. Para acelerar la comunicación con el reclamante, el analista de admisibilidad le envía el contenido del oficio de subsanación mediante correo electrónico⁴². El oficio de subsanación es redactado por el analista y firmado por el Director Jurídico o el Jefe de la UASARC, lo cual queda registrado en el SIGEDOC. Si el reclamante no acompaña los documentos pedidos o no clarifica su petición, el amparo es declarado inadmisibile. Por el contrario, las subsanaciones o respuestas del reclamante son recibidas y analizadas por la UASARC, siendo igualmente registradas en SIGEDOC. Una

³⁹ Esta hipótesis ocurre cuando el reclamante no subsana alguna omisión o aclara su solicitud dentro del plazo de 5 días hábiles (Art. 46, inc. 2°, Reglamento de la LT) o del plazo otorgado por el CPLT para complementar la información.

⁴⁰ Ello sucede cuando el derecho de solicitar la información está restringido a un sujeto específico y éste no haya formulado la solicitud, o cuando no exista identidad entre el solicitante de información y quien interpone el amparo.

⁴¹ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA: “Acuerdo del Consejo para la Transparencia que delega facultades de tramitación de los amparos y reclamos en directivos del CPLT”, publicado en el *Diario Oficial* el 20 de junio de 2013.

⁴² A través de la pestaña “Subsanación” del SGC es posible enviar el contenido del oficio. Para tales efectos se utiliza el correo electrónico: tramitaciondereclamos1@consejotransparencia.cl o el correo del analista.

vez terminada la fase de subsanación, corresponde determinar si el amparo ha de ser declarado admisible o inadmisible, lo cual es analizado en el siguiente Comité de Admisibilidad.

- c) *Declarar admisible el amparo* y someterlo a tramitación en el CPLT. En este escenario, el analista a quien se le ha asignado el caso puede derivar el caso a SARC o dar traslado al órgano para que evacúe sus descargos.

Comité de Admisibilidad

El día anterior a la sesión de Consejo Directivo, el Jefe de la UASARC crea en el SGC el “Comité de Admisibilidad” respectivo. A través de esa aplicación se genera el Acta del Comité de Admisibilidad, donde se da cuenta de los casos ingresados, las propuestas de líneas de acción y decisiones tempranas. Se da cuenta del Acta en la sesión del Consejo Directivo.

Traslado

Si el Comité de Admisibilidad determina que se debe dar traslado al órgano reclamado y a los interesados, el analista de admisibilidad procede a redactar los oficios respectivos. Mediante la notificación del oficio básicamente se le informa al órgano que se ha interpuesto un amparo en su contra, se le indica el contenido de la solicitud del reclamante, se precisan las peticiones concretas y necesarias para que el amparo pueda ser resuelto, otorgándosele un plazo de diez días hábiles para evacuar el traslado. Por ejemplo, si el órgano reclamado invoca causales de reserva, en el traslado se le solicita que se refiera a dichas causales. También se le puede solicitar que entregue copia de determinados documentos cuando se constata que el reclamante no estuvo en condiciones de acompañarlos. Si corresponde, se le piden los datos de terceros que podrían verse afectados y los antecedentes del procedimiento de comunicación con tales terceros, en su caso. Los oficios de traslado son revisados por el Jefe de la UASARC. El oficio de traslado se notifica por correo certificado o es enviado directamente a las dependencias del organismo si éste se encuentra ubicado cerca de las oficinas del CPLT. Al igual que en todas las notificaciones que efectúa el CPLT, la Oficina de Partes es responsable de llevarlas a cabo. Por el momento, Carabineros de Chile es el único organismo que es notificado mediante correo electrónico, pues ambas instituciones suscribieron un convenio que permite dicha notificación.

Descargos

Los descargos de los organismos ingresan al CPLT principalmente a través de la Oficina de Partes. Pero también pueden ingresar mediante vía electrónica al correo institucional del CPLT, al correo de la asistente ejecutiva de la Dirección Jurídica, o al correo de tramitación de casos. La fecha que se registra en el SGC es la fecha en que fueron recibidos los descargos en el CPLT, cualquiera sea la modalidad utilizada. Si es la Oficina de Partes quien recibe los descargos, entonces procede a digitalizar los antecedentes e incluirlos en el SIGEDOC⁴³. Si la Oficina de Partes recibe electrónicamente los descargos, entonces no es necesaria su digitalización, bastando que sean registrados en el SIGEDOC. Si los descargos son recibidos mediante correo electrónico por la asistente ejecutiva de la UASARC, entonces procede a incorporar los datos en el SIGEDOC.

La asistente ejecutiva es la persona encargada de hacerle seguimiento al oficio de traslado, centralizando la recepción de todos los descargos. Las carpetas físicas de los casos que han terminado recientemente y de los que se encuentran pendientes de decisión son administradas por la asistente ejecutiva de la Dirección Jurídica, quien guarda los archivos en un *kardex*. La asistente ejecutiva es la persona responsable de incorporar copia física de todos los documentos que se han ido acumulando en cada caso, por ejemplo, subsanaciones, descargos, pronunciamientos de SARC, etc. Ella mantiene informados por correo electrónico a los analistas de admisibilidad a cargo de los casos respecto de los descargos que ingresan al CPLT.

Se verifica que no existan gestiones pendientes en la UASARC. En los casos en que el órgano proporciona información o da respuesta según lo solicitado, el analista de admisibilidad formula en la ficha de la carpeta material los lineamientos que podrían ser de utilidad para la UAF al momento de redactar el borrador de la decisión. Por ejemplo, el analista de admisibilidad puede sugerir que se consulte al reclamante sobre su nivel de conformidad con la información obtenida, pidiéndole que se pronuncie al respecto. También pudiera ser que el analista llegue a la conclusión que corresponde declarar la inadmisibilidad del amparo en consideración de los nuevos antecedentes que han sido proporcionados por el órgano. Por ejemplo, el órgano podría informar que entregó respuesta al reclamante dentro de plazo, quien ha negado haberla recibido. En esta hipótesis, corresponde al analista de la UAF redactar el borrador de la decisión de fondo.

⁴³ El SGC y el SIGEDOC se encuentran interconectados, de modo que los analistas tienen acceso a toda la información registrada en ambos sistemas.

Si no se reciben descargos, la asistente ejecutiva verifica que se haya notificado al órgano y que se haya cumplido el plazo otorgado para evacuar los descargos. Normalmente el analista de admisibilidad o la asistente ejecutiva envían un correo electrónico al enlace del órgano respectivo, otorgándole un plazo extraordinario de tres días hábiles para que evacúe el traslado. Ese correo es incorporado en la carpeta material y la gestión se incorpora en la ficha del SGC.

En el evento que existan gestiones pendientes, el analista de admisibilidad le solicita a la asistente ejecutiva que envíe un correo electrónico al órgano, reiterando la petición inicial y otorgándole tres días hábiles para contestar. Si los datos solicitados no aluden a terceros, la UASARC traspasa inmediatamente el caso a la UAF. En cambio, si hay referencia a terceros, la UASARC espera el transcurso de los tres días hábiles para darles traslado por diez días para que ellos hagan valer sus derechos que podrían verse afectados con la publicidad de la información. Si los terceros evacúan traslado, los antecedentes que proporcionen se integran a la carpeta material, se actualiza la ficha de análisis y se consigna en el SGC, para luego proceder a traspasar el caso a la UAF.

SARC: Si el Jefe de la UASARC considera que el caso puede ser derivado a SARC, esa decisión se registra en el SGC y “se recibe el caso en SARC”. Los casos que son derivados a SARC son de complejidad baja o media. Corresponde al analista a cargo del caso enviar un correo electrónico al enlace para proponerle la búsqueda de SARC, indicándole que cuenta con un plazo de dos días hábiles para acusar recibo del correo y aceptar SARC, además de los diez días hábiles para responder la solicitud de información. Durante esos días se suspende la realización de otras gestiones referidas al caso. Sin embargo, lo que sucede en la práctica es que después de dos días los analistas de admisibilidad por lo general llaman por teléfono al enlace para informarle sobre el correo enviado y la propuesta de SARC. Si dentro de los diez días el enlace no responde, se envía un correo reiterando la presentación y se le señala que si no hay respuesta inmediata se entiende que la gestión de SARC ha fracasado. Estas comunicaciones son consignadas en la ‘pestaña’ de SARC disponible en el SGC.

Si el enlace ha señalado que hay interés de buscar SARC pero se está por cumplir el plazo y no se ha enviado la información, entonces el analista de admisibilidad suele llamar por teléfono para consultar al enlace sobre el nivel de avance. Si el enlace envía la información dentro del plazo señalado, el analista de admisibilidad procede a analizarla con objetividad, verificando si los antecedentes proporcionados están o no conforme a lo solicitado. En caso que la información esté (aparentemente) completa,

se solicita pronunciamiento por parte del reclamante. Para tales efectos se notifica al reclamante mediante carta certificada, a menos que haya renunciado a esa forma de notificación. Si el reclamante está de acuerdo con la información recibida, se le solicita que se desista. El desistimiento puede ser expreso o tácito. A continuación el analista de admisibilidad redacta la decisión de desistimiento.

Si el requirente de información recibe durante las gestiones de SARC los antecedentes que ha solicitado, pero no se desiste expresa o tácitamente de su amparo, el analista a cargo procede a comparar la información entregada por el órgano reclamado y la solicitada por el reclamante. Si la información entregada está acorde con la solicitud del reclamante, se declara su “conformidad objetiva” y se redacta la decisión respectiva. También pudiera suceder que a la luz de los antecedentes lo que corresponde es declarar la inadmisibilidad del amparo. Por ejemplo, pudiera ocurrir que en las gestiones de SARC el órgano reclamado acredita haber respondido la solicitud dentro del plazo fijado por la LT, y si el reclamante no se declara conforme el CPLT puede declarar inadmisibile el amparo por ausencia de infracción. Ello también puede suceder en los casos en que el amparo es declarado inadmisibile por extemporaneidad o cuando el reclamante no emite pronunciamiento.

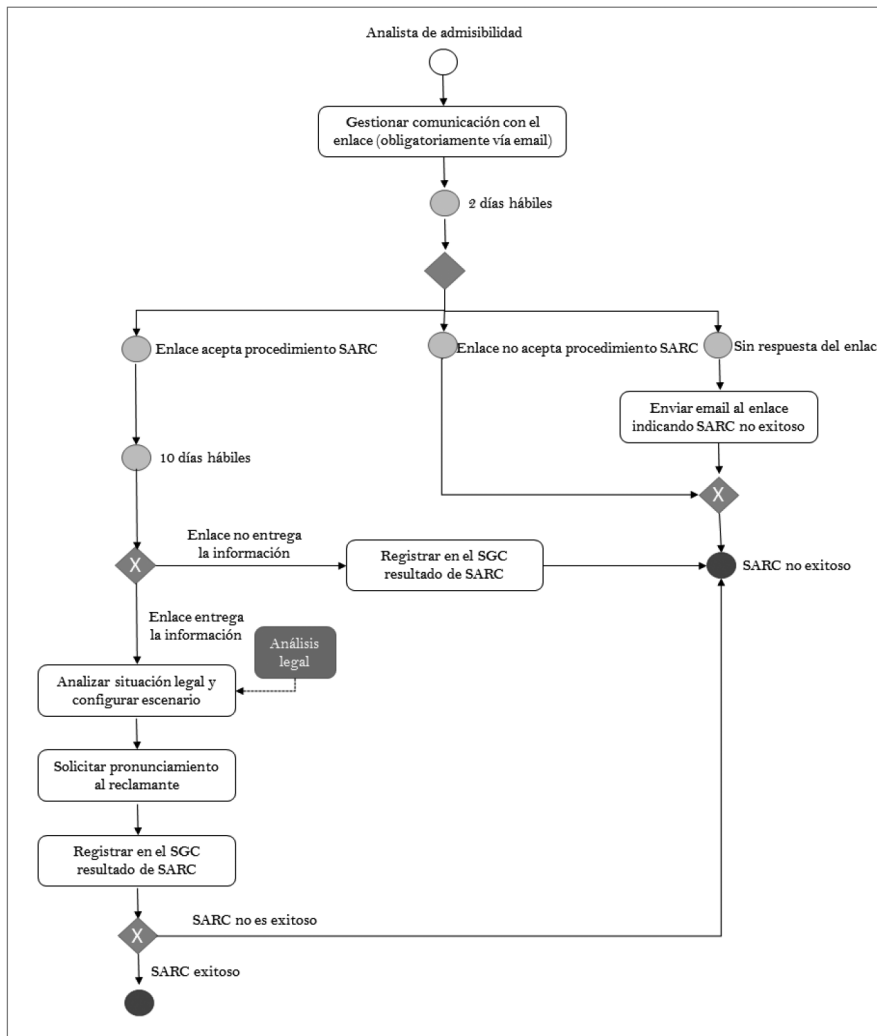
Si las gestiones de SARC fracasan, se verifica que no existan gestiones pendientes en la fase de admisibilidad y se procede a traspasar el caso a la UAF, lo cual será explicado más adelante.

En cuanto al formato de las negociaciones, generalmente ocurren por correo electrónico. Los analistas se contactan con distintos enlaces en su trabajo porque la distribución de casos no considera al órgano como factor determinante. Al reclamante no se le informa que el caso se encuentra en SARC. Sólo se le informa si las gestiones ante el órgano han prosperado, para que declare su conformidad con los antecedentes recibidos. Hay mucha diversidad en la manera en que los enlaces se comunican con los analistas de admisibilidad a propósito de la búsqueda de SARC. Por ejemplo, algunos responden de inmediato, mientras que otros lo hacen al final del último día de plazo. Cabe mencionar que los analistas de admisibilidad han recibido muy poca capacitación en técnicas de negociación, habilidades de comunicación y atención de usuarios.

En estos momentos las gestiones de SARC son desgastantes para los analistas porque deben comunicarse en diversas ocasiones con el enlace respectivo. Las respuestas de los órganos suelen ser incompletas e incluso en ocasiones son desordenadas. Dado que las comunicaciones de los enlaces no suelen ser prolijas, el analista de admisibilidad se encuentra obligado a revisar cada uno de los datos que envían, identificando la in-

formación faltante. En reiteradas oportunidades sucede que los enlaces envían un exceso de información, aumentando el tiempo de revisión de los antecedentes por parte del analista de admisibilidad. También puede tornarse desgastante la comunicación con los reclamantes, pues ellos pueden referirse a múltiples temas o aristas del caso cuya resolución les interesa, sin aportar antecedentes concretos.

Figura N° 16
Flujograma del Proceso SARC en el CPLT



Fuente: Elaboración propia a partir de los antecedentes proporcionados por la UASARC (entrevistas efectuadas en junio de 2015).

Traspaso interno

El traspaso de los casos por parte de la UASARC a la UAF se efectúa dos veces por semana, de acuerdo al siguiente procedimiento: el analista de admisibilidad le entrega la carpeta material al Jefe de la UASARC, quien a su vez traspasa el caso a través del SGC⁴⁴, enviando al Jefe de la UAF un correo electrónico en el que queda constancia de la nómina de los casos entregados, identificados por Rol. Además, el Jefe de la UASARC hace entrega de las carpetas físicas al Jefe de la UAF.

Si transcurre aproximadamente el plazo de un mes desde el despacho del oficio de traslado y no se recibe respuesta por parte del órgano o de terceros, el caso es traspasado a la UAF⁴⁵.

Indicadores de gestión. A partir del 1° de marzo de 2015, el indicador que se fijó para la UASARC es derivar a SARC el 40% de los casos que son declarados admisibles, sin considerar en ese cálculo los reclamos por transparencia activa. Cabe mencionar que en los meses previos el porcentaje de casos derivados a SARC era inferior al 20% de los casos declarados admisibles, de modo que se ha doblado la cantidad de casos en los cuales se está buscando SARC. Pudiera concluirse que antes del 1° de marzo de 2015 la búsqueda de SARC no fue una prioridad para el CPLT.

En los hechos, en la UASARC ha asumido el compromiso interno de cerrar los casos inadmisibles y que no requieran gestión dentro de 22 días corridos desde la fecha de ingreso. Para el caso de los reclamos de transparencia activa se ha fijado la meta de declarar la inadmisibilidad dentro de 30 días corridos. Respecto de la redacción de las decisiones que declaren la inadmisibilidad por falta de subsanación, la meta es cerrar tales casos dentro de 50 días corridos desde la fecha de ingreso. Estos fueron los indicadores de la UASARC hasta el 30 de diciembre de 2014.

Conclusiones

El sentido de este documento ha sido ofrecer una visión panorámica sobre el origen de SARC en el CPLT, dando cuenta de los resultados alcanzados durante sus primeros cinco años de aplicación (2010-2015). Para que el derecho de acceso a información sea eficaz, se requiere que los amparos presentados por los ciudadanos ante el CPLT sean resueltos conforme a

⁴⁴ Dicha aplicación se encuentra en la pestaña “Admisibilidad” del SGC.

⁴⁵ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA: “Protocolo de Traspaso de Casos”, aprobado por el Consejo Directivo, Sesión N° 290, 14 de octubre de 2011.

derecho y dentro de plazos breves. A partir del 2010, el CPLT ha asumido un rol activo en la realización de gestiones informales encaminadas a poner término anticipado a aquellas controversias que sean de baja o mediana complejidad. Se ha dispuesto que la UASARC del CPLT seleccione tempranamente los casos en que considere que es factible alcanzar una resolución alternativa a la decisión de fondo. Para tales efectos, los analistas de dicha Unidad se comunican en primera instancia con los enlaces de los organismos regulados a objeto de solicitarles la entrega de la información solicitada. Si los antecedentes son proporcionados, luego se comunican con el reclamante para que determine su grado de conformidad y desista del amparo deducido. Las principales ventajas de SARC son:

- 1) mayor eficiencia de los recursos destinados a la gestión de amparos,
- 2) menores tiempos de tramitación de los amparos, y
- 3) mayores niveles de satisfacción de los usuarios.

La tasa de éxito y los buenos resultados alcanzados en el PP muestran que es posible disminuir de manera considerable el *stock* de casos pendientes de decisión a través de SARC. El aumento de la tasa de derivación de los casos a SARC y la tasa de éxito alcanzada durante el primer semestre de 2015, son algunas de las medidas recientes que ameritan ser destacadas.

Sin embargo, en estos momentos no se están aprovechando en el CPLT todas las oportunidades y beneficios que un sistema alternativo de resolución de conflictos debería ofrecer. En parte ello se debe a la tasa de crecimiento anual del número de casos que ingresan al CPLT. Pero también a una cultura demasiado formalista y procedimental en los profesionales que han sido contratados en su Dirección Jurídica. Como se ha podido apreciar, los distintos procesos de trabajo que ocurren en la UASARC son demasiado rígidos y verticales. El porcentaje de casos derivados a SARC entre el 2011 y 2014 fue inferior al originalmente previsto cuando se diseñó el modelo. Las capacidades y habilidades en negociación y comunicación de los analistas de la Dirección Jurídica son insuficientes. La rotación de analistas en estos seis años es un factor que, sin duda, ha incidido negativamente en el desempeño global de la Dirección Jurídica. En la práctica, el plazo que se otorga a los analistas para gestionar SARC es demasiado breve. La redacción y revisión de las decisiones de inadmisibilidad podría tomar menos tiempo. También se debe reconocer que los órganos regulados no tienen suficientes incentivos para colaborar en la búsqueda de acuerdos. Lo mismo se puede decir respecto de los reclamantes que no expresan su voluntad de desistirse una vez que obtienen la información solicitada.

A partir del diagnóstico sobre la aplicación de SARC en el CPLT, las deficiencias y oportunidades detectadas, se ha propuesto un conjunto de ajustes al modelo actual. Para poner término a los amparos al derecho de acceso a información pública dentro de plazos breves, se requiere reforzar las gestiones informales de los analistas del CPLT. El número de casos derivados a SARC debería ser gradualmente incrementado. Para ello se requiere discutir internamente los criterios de selección, de modo que SARC pase a ser la regla de general aplicación. En las futuras contrataciones y capacitaciones se debería prestar más atención a las habilidades blandas de los postulantes y analistas. En tanto facilitadores de acuerdos, los analistas deberían destinar más tiempo a la comunicación directa con los enlaces de los órganos y reclamantes. Para aumentar la cantidad de horas destinadas a la búsqueda de SARC es probable (y conveniente) que algunos profesionales del CPLT tengan que ser reasignados temporalmente a la UASARC. Asimismo, el tiempo destinado a la redacción de las decisiones de inadmisibilidad debería cada vez ser menor. Las gestiones de SARC también podrían ser promovidas en la UAF. La Oficina de Partes podría prestar más apoyo en la verificación del cumplimiento de los requisitos formales de los amparos interpuestos ante el CPLT. Es preferible que los ciudadanos puedan revisar una guía práctica en la cual se explique en forma amigable cómo han de ser formuladas las solicitudes de información y cómo se lleva a cabo la tramitación de amparos y reclamos en el CPLT. Además se deben establecer incentivos concretos para que los órganos privilegien la búsqueda de SARC. Por ejemplo, si los órganos colaboran y entregan la información solicitada, los amparos no deberían ser acogidos. Incluso si esa colaboración se produce en la fase inicial de tramitación del caso, la información difundida en el sitio Web del CPLT pudiera ser mucho menor, a objeto de no afectar la reputación del órgano. Sería conveniente que la resolución informal de amparos estuviese contemplada en la LT o en un Instructivo del CPLT. La firma de convenios institucionales también puede ser una medida que contribuya a la búsqueda de SARC.

Bibliografía

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA: DOCUMENTOS

“Acta de la Sesión Ordinaria n° 137 del Consejo Directivo”, Santiago, 30 de marzo de 2010.

“Ficha de registro de las gestiones de la Unidad de Promoción y Clientes en el Sistema Alternativo de Resolución de Conflictos”, documento interno de trabajo, Santiago, abril de 2010.

- “Flujograma del Plan Piloto de SARC en el CPLT 2.0”, documento interno de trabajo, Santiago, mayo de 2010.
- Memoria Institucional 2009*. Santiago, 2010.
- “Plan Estratégico 2010-2012”, Santiago, abril de 2010.
- “Plan Operativo del Plan Piloto de SARC en el CPLT”, documento interno de trabajo, Santiago, abril de 2010.
- “Plan Piloto SARC”, documento interno de trabajo, Unidad de Admisibilidad y Unidad de Promoción y Clientes, Santiago, 2010.
- “Protocolos de Atención de Sistema Alternativo de Resolución de Conflictos”, documento interno de trabajo, Santiago, abril de 2010.
- “Protocolo de Traspaso de Casos”, aprobado por el Consejo Directivo, Sesión N° 290, 14 de octubre de 2011.
- “Guía de Estilo para la Redacción de Decisiones del Consejo para la Transparencia”, Dirección Jurídica, documento interno de trabajo, Santiago, 21 de septiembre de 2012.
- “Acuerdo del Consejo para la Transparencia que delega facultades de tramitación de los amparos y reclamos en directivos del CPLT”, publicado en el *Diario Oficial* el 20 de junio de 2013.
- Memoria Institucional 2012*. Santiago, 2013.
- “Informe Final: Estudio de Satisfacción de Clientes Públicos y Privados”. Dirección de Estudios, Santiago, 2013.
- Memoria Institucional 2013*. Santiago, 2014.
- “Propuesta de Rediseño de SARC”, documento interno de trabajo, Unidad de Arquitectura de Negocios e Información, Santiago, 2 de diciembre de 2014.
- “Propuesta Solución Anticipada de Resolución de Controversia (SARC)”, documento interno de trabajo, Dirección Jurídica, Santiago, 2014.
- Memoria Institucional 2014*. Santiago, 2015.
- “Procedimiento: Admisibilidad (versión 6.0)”, documento interno de trabajo, Unidad de Admisibilidad y SARC, Santiago, junio de 2015.

BIBLIOGRAFÍA DE APOYO

- DUNION, Kevin & ROJAS, Hugo: “Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos y Derecho de Acceso a Información Pública: Análisis de las experiencias escocesa, inglesa e irlandesa”, en *Transparencia & Sociedad*, n° 3, 2015, pp. 69-91.
- OLAVARRÍA, Mauricio: *La institucionalización y gestión estratégica del acceso a la información y la transparencia activa en Chile*. Banco Interamericano de Desarrollo & Consejo para la Transparencia, 2012.
- ROJAS, Hugo: *Solución Alternativa de Amparos del Derecho de Acceso a Información en el Consejo para la Transparencia*. Tesis para optar al grado de Magister en Gerencia y Políticas Públicas, Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, 2010.

NORMATIVA CONSULTADA

- CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, Resolución Exenta n° 398/2012, *Aprueba nuevo Reglamento Orgánico del Consejo para la Transparencia*, 18 de julio de 2012, modificado el 10 de junio de 2013.
- MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA, Decreto n° 13, *Reglamento de la Ley n° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública*, publicado en el *Diario Oficial* el 13 de abril de 2009.
- MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA, Decreto N° 20, *Estatuto de Funcionamiento del Consejo para la Transparencia*, publicado en el *Diario Oficial* el 23 de mayo de 2009.
- Ley N° 19.880, *sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado*, publicada en el *Diario Oficial* el 29 de mayo de 2003.
- Ley N° 20.285, *de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado*, publicada en el *D.O.* el 20 de agosto de 2008.

Comentarios de jurisprudencia

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 8 | 2016

CORTE SUPREMA 19.11.2015
CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO
21.8.2015

DE DOMPIERRE DE CHAUFEPIÉ C/SERVICIO DE REGISTRO
CIVIL E IDENTIFICACIÓN
(RECURSO DE PROTECCIÓN)

*Eduardo Soto Kloss**

¿Hay algo, acaso, más personal, más propio, más de uno, que el nombre de una persona? ¿No es, acaso, su nombre lo que la identifica como alguien, como un ser humano? ¿No es, acaso, uno de los llamados atributos más específicos de una persona, sino el más específico de todos ellos?. Y, sin embargo, en Chile la mismísima Corte Suprema –en un fallo que yo incluiría de inmediato en el “Registro de los Horrores Jurídicos”– no admite que alguien pueda aparecer en su CI con su nombre completo, es decir, con sus dos o tres nombres y dos apellidos, porque el apellido paterno es muy largo y el sistema computacional utilizado por el órgano del Estado que tiene por función jurídica la individualización de las personas, no lo permite. O sea, el derecho más esencial de una persona, como es llevar su nombre, su identidad, de modo completo, y que así lo compruebe su CI, está condicionado por un programa computacional, identidad que le es reducida según lo estime el Estado, incluso cortándose el apellido paterno. De no creerlo, pero así ha ocurrido, y recientemente, y es lo que nos ha movido a plantear este comentario.

Es el caso de la acción de protección cuyos fallos hemos recién transcrito.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en su brevedad (cuatro considerandos) es suficientemente precisa para decidir acertadamente por el acogimiento de la pretensión deducida. Recuerda la finalidad y el contenido de la CI de las personas y cómo la autoridad estatal competente debe adoptar las medidas para que la individualización de ellas sea exacta, o sea completa (consid. 4°), Recuerda, luego, (consid. 5°)

* Doctor en Derecho, Universidad de París/Panthéon- Sorbonne. Profesor titular de Derecho Administrativo Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile; ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás. Correo electrónico: sotokloss@ust.cl

lo que la ley establece como obligación del Servicio de Registro Civil e Identificación (Servicio) en este aspecto (Ley 19.477, artículos 7° y 4°). Sentado ello (consid.6°) concluye el Tribunal que no se ha cumplido la ley en cuanto a dichas obligaciones desde que la CI de la recurrida no contiene su verdadera identidad desde que no aparece completa. Es más, no sólo resulta *ilegal* el proceder de la autoridad estatal, sino, además, *arbitrario* (“no razonable”, se dice textualmente) puesto que la razón aducida para haber procedido a “truncar” el apellido paterno, reduciéndolo, no resiste un control de racionalidad (como es que no cabe el apellido paterno completo en el formato tecnológicamente usado por el Servicio). Ello ha afectado el derecho de la recurrente a la “igualdad ante la ley” (consid. 7°), puesto que a todas las personas se les entrega su CI con la debida individualización, que consiste en sus nombres y apellidos completos, tal como aparece en su inscripción de nacimiento (art. 19 N° 2 de la Constitución).

Declarado *ilegal y arbitrario* el acto administrativo recurrido, esto es, por haber vulnerado la ley del Servicio y carecer de fundamento racional y haber vulnerado el derecho a la igualdad ante la ley de la recurrente, la Corte de Apelaciones de Santiago, en su Novena Sala, ordena al Servicio recurrido “otorgar a la actora una cédula de identidad que consigne en forma íntegra y completa los nombres y apellidos que constan en su respectivo Registro de Nacimiento” (redacción ministra Sra. Pilar Aguayo Pino).

Este fallo, límpido en su factura, contenido y decisión, ha sido revocado y desechada la pretensión protectoria deducida, por la Corte Suprema (19.11.2015), en una sentencia que no la honra en lo más mínimo y que hace dudar legítimamente del sentido de justicia que anima a los integrantes de la Tercera Sala, que conocieron, en esa ocasión, del asunto (cierto es que con dos votos en contra, del ministro Sr. Valderrama y del abogado integrante Sr. Quintanilla).

La argumentación suprema nos aparece como deleznable: una Resolución exenta (del trámite de control de juridicidad de la Contraloría General de la República) emitida por el Servicio de Registro Civil e Identificación “permite truncar los nombres y apellidos” de las personas cuando en la Cédula de Identidad no quepan completos, limitándose al apellido paterno con un máximo de 42,5 caracteres; si excede, se le corta y, por tanto, dado que el Servicio ha dado cumplimiento a esa Resolución exenta, no hay acto ilegal o arbitrario, debiendo rechazarse la protección interpuesta (considerandos 2° y 3°).

Llama la atención en este fallo la curiosa argumentación suprema (digo “curiosa” por diplomacia...), porque se da primacía a una Resolución administrativa exenta por sobre la ley, la cual regula nada menos que la

individualización de las personas, ley que señala que esa individualización debe comprender nombres y apellidos y, obviamente, completos, no “truncados”, ni señalados con un letra (“D” en el caso presente) ni abreviados (como en este caso). Cabe preguntarse ¿qué sostendrían los señores Ministros que formaron mayoría en este fallo y decidieron la revocación del fallo apelado y el rechazo de la acción constitucional de protección deducida, si en sus cédulas de identidad aparecieran, *v.gr.*, sus apellidos como Pier o Sand? ¿Se imaginan lo que un vasco despotricaría contra Uds. si llamándose, por ejemplo, Javier Ignacio Urrutigoicoechea de Mendizábal y Colón de Larreátegui, en su cédula de identidad le “truncaran” su apellido paterno consignándolo como “Urru. de M.”?

Hasta un alumno de primer año o semestre de Derecho Constitucional sabe que una Resolución de autoridad administrativa no puede modificar ni alterar las disposiciones de la ley y más aún tratándose de una materia esencialísima como es la individualización de las personas. Sin embargo, con un criterio del más exacerbado estatismo –al modo del absolutismo imperial romano (la voluntad del jerarca es ley)– lo que decide la autoridad estatal está bien y prima sobre los dispuesto por la ley y prima sobre los derechos fundamentales que la propia Constitución reconoce a todas las personas.

En efecto el fallo supremo no sólo pasa de largo por sobre la jerarquía de las normas y sobre la supremacía constitucional (art. 6° de la Constitución), sino pasa por sobre los derechos fundamentales de las personas (arts. 1° inciso 4°, 5° inciso 2°, y 19 en varios de sus numerales).

1. Sin entrar en detalles y yendo derechamente al meollo del tema, la ley 4.808, sobre Registro Civil, de 10.2.1930 y la actual ley del Servicio de Registro Civil e Identificación, 19.477, confieren a éste la función de “registrar la identidad civil de las personas” (arts. 1, 12, 20, 24, 31 y 33, entre otros, de la ley 4.808 cit. y 4° y 7° de la ley 19.477).

Ello con la finalidad de cumplir con ese derecho fundamental de existir las personas debidamente individualizadas dentro de la comunidad en que nace, vive, se desarrolla y dentro del mundo. Esto de individualizar a las personas humanas viene de la más remota antigüedad: piénsese en “Abraham de Ur de Caldea”, así ya individualizado en el *Génesis* (originalmente, Abram, 11,21), o siglos después, “Marco Tulio Cicerón” en el sistema romano, ya mucho más preciso, o ya en el sistema cristiano hispánico, un “Gonzalo Fernández de Córdoba”, o en el llamado siglo de oro un “Domingo de Soto”, etc. Y ello lo contempla la ley 19.477, en su artículo 4°, que establece que función del Servicio de Registro Civil e Identificación es “registrar la identidad civil de las personas y otorgar los documentos oficiales que acrediten la identidad”.

Cuando se habla de “identidad” es más que obvio que se refiere a la *individualización completa*, que es la que permite identificar real y verdaderamente a una persona y así hacerla diferente de otras¹.

No puede, por tanto, la autoridad estatal por una simple resolución administrativa (y exenta de la toma de razón de CGR) modificar la ley y pretender individualizar a una persona “truncando” su apellido paterno (o materno o sus nombres) porque no cabrían dentro de un espacio no mayor de 42,5 caracteres, que es el que permite el programa tecnológico que ha adoptado el Servicio, como si el nombre de las personas, esto es, su individualización, tiene que estar condicionado por el número de caracteres impuesto por acto administrativo, no obstante que la ley establece la *identidad completa*, que es la única manera jurídicamente válida de identificar a las personas.

La razón la tiene, sin duda, el fallo del Tribunal de la instancia cuando establece que el “truncar” un apellido y reducirlo a una sola letra respecto de su segunda parte, si es compuesto, NO cumple el texto de la ley 19.477 (art. 4°), lo que hace contrario a la ley, es decir *ilegal*, ese “truncar” el apellido paterno de la actora, pero además lo hace *arbitrario*, ya que “no es razonable” no cumplir la ley, y menos parece “razonable” que no se cumpla la ley alegando que el programa tecnológico que se utiliza para extender la cédula de identidad no permite incluir más de un determinado número de caracteres. No puede admitirse jurídicamente que un tema meramente tecnológico prime por sobre la ley y que los derechos de las personas sean conculcados abiertamente por la autoridad administrativa basada en un programa tecnológico pasando de largo por sobre la mismísima Constitución de la República.

¹ Es cierto que en Chile se dan casos como el ocurrido en un recurso de protección “Juan Pérez Soto”, en el cual se pudo comprobar que existían más de 33 personas que tenían ese mismo nombre; protección deducida por uno de ellos por cuanto se le negaba otorgarle crédito en casas comerciales por aparecer ese nombre en Dicom como deudor moroso, en circunstancias que el recurrente no tenía deuda alguna impaga. Fruto de esa comprobación es que la Corte Suprema, acogiendo la protección referida, ordenó a Dicom que se agregara en sus Registros el rol único tributario de cada deudor, lo que permitiría precisar con exactitud la individualización de cada persona registrada. Puede verse el caso indicado en *RDJ* t. 78/1981, 2.5, 296-300. De allí también la buena costumbre en nuestro país de colocar por lo menos dos nombres a los hijos e incluso tres, lo que permite una más adecuada diferenciación entre las personas, dada la presencia de apellidos idénticos que se dan cuando éstos son muy comunes (piénsese González, García, Díaz, Fernández, Martínez y qué decir Pérez, etc.).

¿De qué modo se viola directamente la Constitución?

Varios son los derechos fundamentales que son agraviados por la decisión de la autoridad estatal recurrida y que ha sido avalada por la Corte Suprema, violándolos directamente.

(a) El fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago ha dicho de modo muy certero que el “truncar” el apellido paterno de la recurrente afecta de modo directo su derecho que le reconoce la Constitución a la “igualdad ante la ley” (art. 19 N° 2 de la Constitución).

1. Y ello porque significa una “diferencia arbitraria”, es decir, una decisión no razonable, caprichosa, el hacer primar un condicionamiento tecnológico, meramente instrumental, sobre un derecho fundamental, fundamentalísimo, como es la individualización completa de una persona por y a través de la CI, la cual debe ser la exacta repetición de su nombre según lo registra su inscripción de nacimiento, con todos sus nombres y apellidos expresados de modo íntegro, sin restricción alguna de ellos, tal como lo establece la ley. Atenta, pues, en contra de esa “igualdad ante la ley” de la actora, porque “al resto de las personas se les ha otorgado la cédula de identidad con los nombres y apellidos completos” (como bien dice el fallo del tribunal *a quo* en su considerando 7°).

2. Pero es más, hay afectación al derecho a la igualdad ante la ley, que reconoce la Constitución a toda persona y también a la recurrente agraviada por la referida resolución administrativa, porque *la autoridad recurrida ha dejado de aplicar la ley* debiendo hacerlo por expresa disposición de ésta (Ley 19.477, art. 4°), lo que significa que ha incurrido en una “diferencia arbitraria”, esto es, carente de razonabilidad, ya que lo propio de toda autoridad estatal, aquí administrativa, es “sujetarse” a las disposiciones de la Constitución y a las normas dictada en su conformidad (art. 6° inciso 1°), norma que obliga directamente a toda autoridad estatal, sin excepción (art. 6° cit. inciso 2°) y específicamente a la administrativa conforme a lo que prescribe la Ley 18.575/1986, orgánica constitucional de bases de la Administración del Estado (art. 2°). No aplicar la ley hace caer a la autoridad administrativa en una “diferencia arbitraria”, como decíamos (art. 19 N° 2 inciso 2°), es decir, “irracional”, no razonable, caprichosa, proscrita por el Derecho, ya que significa hacer primar la voluntad meramente personal del órgano que así actúa y no la voluntad de la ley, de la cual dicha autoridad es, por esencia, “servidora” (art. 1° inciso 4° de la Constitución) en un Estado en que impere el Derecho y no la mera voluntad despótica del órgano que manda (arts. 1° inciso 4°, 5° inciso 2°, y 6° y 7°).

(b) Un segundo derecho fundamental pasado a llevar y violado por el acto administrativo impugnado, sin embargo coonestado por el fallo supremo, es *el derecho a la integridad síquica* de la recurrente (art. 19, N° 1° inciso 1°), que invocado por la actora en su libelo de protección el fallo de primera instancia no se pronunció al respecto prefiriendo acoger la pretensión deducida por violación del N° 2 del aludido precepto constitucional.

Y, no obstante ello, no cabe duda que atenta en contra de su *integridad síquica* el solo hecho de ver que su Cédula de Identidad no la individualiza en cuanto a su verdadero nombre, desde que aparece en ella su apellido paterno de modo incompleto, ya que siendo compuesto se ha “truncado” indicando la segunda parte de él con una sola letra al inicio (“D.”). ¿Imagina Ud., lector de estas líneas, el apellido paterno de alguien que es “De la Fuente de los Reyes”, o como existe en la realidad “De la Plaza de los Reyes”, que aparezca en la cédula la identidad como “De la Fuente R.”? ¿Se encuentra, acaso, debidamente individualizado? Y ¿conforme a su inscripción en el Registro de Nacimiento que lleva el Servicio? Obviamente que no. Y, sin embargo, la Corte Suprema lo admite como conforme, en un activismo judicial insólito.

Decíamos al comienzo de este comentario que el nombre de una persona es lo más propio que posee, lo más suyo, lo que la distingue propiamente de toda otra persona; de allí que verse despojado de su nombre por la propia autoridad estatal, al reducirlo, abreviarlo y dejarlo irreconocible al extender su cédula de identidad, implica un menoscabo cierto, indiscutible y contrario a Derecho desde todo punto de vista.

¿Qué decir de la tradición, y tradición familiar especialmente, que se ve agraviada con este “truncar” por vía administrativa abreviando el apellido paterno y cercenándolo en su estructura compuesta, y en el que la Cédula referida no da cuenta del contenido exacto del verdadero apellido que se lleva y que han llevado generaciones antes que la actora! ¿Cómo no va a significar un menoscabo síquico si la prueba de su identidad se hace por medio de la cédula de identidad y ella no da cuenta exacta de esa identidad? Y no me refiero aquí –para no alargar– a todo el cúmulo de perturbaciones de todo tipo que ello significa en la vida de relación de la recurrente, tanto en lo económico como en lo comercial, con ese cercenamiento de su identidad: piénsese en el cobro en un Banco de sus propios cheques o de otros a su nombre, o en el cobro de pensiones o de bonos (tan de moda en este gobierno populista), o en los contratos que celebre, honorarios que reciba, tarjetas de créditos que obtenga, etc.

(c) Por otra parte, –y como hacía presente el Servicio recurrido en su informe al tribunal *a quo*– pretender que la recurrente deba llevar consi-

go no sólo la cédula de identidad (*falsa en su contenido*), sino también el certificado de nacimiento para poder así comprobar su exacta identidad, no es únicamente *arbitrario*, sino, además, “desfachatado” (por no decir injurioso, por su “humor negro”), ya que viene a significar imponerle una “carga” adicional que ley alguna ha puesto a su respecto, lo que infringiría, de otro lado, no sólo la referida “igualdad ante la ley” (art. 19 N° 2), sino asimismo el derecho fundamental a la *igualdad ante las cargas públicas* (art. 19 N° 20), en atención a que le impone una “carga” que es “especial” y no general, como es probar la actora su identidad ya no por su cédula de identidad –como todas las personas en Chile–, sino debiendo agregar su certificado de nacimiento (que curiosamente no se corresponde con esa cédula), certificado que carece de fotografía y huella dactilar (como la cédula aludida). Más aún, el Servicio pretende imponerle una “carga especial” carente de fundamento legal, y con un documento que aparece como insuficiente, ya que no se corresponden; y que no se corresponden debido al *actuar ilegal y arbitrario de la autoridad estatal* que otorga una cédula de identidad *incompleta, inexacta y que no da cuenta de la realidad*.

Esa carga no es “pública” y menos “general”, desde que es impuesta no a toda la población o a la generalidad de ella, sino solamente a la recurrente y, además, para ser “pública” ha de ser impuesta por ley, no por acto administrativo; no siendo así, resulta flagrantemente inconstitucional y, por tanto, *nula* la decisión administrativa impugnada que la ha establecido en el caso analizado (art. 7° inciso 3°).

(d) Pero hay más: esto que recién comprobamos origina la “responsabilidad del Estado”, es decir, la responsabilidad constitucional del Servicio de Registro Civil e Identificación por el daño producido en la actora, daño que se ha producido tanto en el *ser* de ella –integridad síquica (art. 19 N° 1 inciso 1° de la Constitución) como en su *tener* –derecho de propiedad (art. 19 N° 24) por los perjuicios que le produce dicha cédula de identidad que no contiene su verdadera individualización, daños que probándose en el proceso correspondiente habrán de ser debidamente indemnizados por el Servicio referido autor de ellos (arts. 6° inciso 3°, 7° inciso 3° y 38 inciso 2° de la Constitución y 4° y 42/44 de la ley 18.575)². Y esa responsabilidad puede perseguirse por el régimen general de la

² Varios casos pueden citarse en que se ha perseguido la responsabilidad de este Servicio por los daños que ha producido por actuaciones ilegales y que han provocado ingentes perjuicios a las víctimas; *vid. v. gr.*, entre otros, *Arce Bahamondes c/Servicio del Registro Civil e Identificación* (Corte de Apelaciones de Santiago, 21.7.2009, rol 9872-06) y *Godoy Díaz c/Fisco* (Corte Suprema, 26.8.2010, rol 6210-08); hemos comentado el primero en *Ius Publicum* 25/2010, pp. 118-119.

Constitución³ o el especial de la llamada “falta de servicio”, sea que se la entienda como “culpa del servicio” o bien como “omisión” de la atención legalmente establecida y no efectuada en la forma debida⁴.

(e) No puede terminarse este comentario sin señalar que la Resolución exenta que ha servido de fundamento seudojurídico al Servicio para otorgar una cédula de identidad incompleta en la individualización de la recurrente, ha violado, además de los derechos fundamentales reconocidos a toda persona por la Constitución en su artículo 19 N°s 1, 2 y 20, *el derecho a no ser afectado en el contenido esencial* de ellos (art. 19 N° 26), puesto que ese acto administrativo impide el ejercicio de su derecho a ser individualizada por sus nombres y apellidos de modo completo y no “trunco”, con una traba que ni siquiera tiene fundamento en la ley, desde que la ley 19.477 (art. 4°) establece como función del Servicio aludido “registrar la identidad civil de las personas y otorgar los documentos oficiales que la acrediten”, lo que no ha ocurrido en este caso, en el cual se ha extendido una cédula de identidad que consigna un apellido (el paterno) *distinto* al que la actora posee según consta en su inscripción en el Registro de Nacimientos que lleva ese mismo Servicio.

Concluyendo, no resta más que decir ¡a qué barbaridades puede conducir a un tribunal supremo la obsecuencia ante la autoridad administrativa y el desprecio de los derechos fundamentales de las personas! Al punto de admitirse que un programa computacional prime y no se trepide en “cargar” a una víctima con el hecho de que sea desconocida su propia identidad, otorgando el mismísimo Servicio de Registro Civil e Identificación una cédula de identidad falsa, que no corresponde a la realidad que sus propios Registros Oficiales establecen.

Bien se advierte que el virus del estatismo es uno de los peores que pueden afectar el cerebro de los jueces, produciendo obsecuencia ante la autoridad ejecutiva, debilidad para imponer el Derecho sobre intereses inferiores o subalternos y hasta el olvido de la supremacía constitucional.

³ Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, pp. 811-819.

⁴ *Ibid.*, pp. 833-842.

Recensiones

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 8 | 2016

BRIAN MCCALL, *LA CORPORACIÓN COMO SOCIEDAD PERFECTA*, MARCIAL PONS, MADRID, 2015, 142 PÁGS.

José Díaz Nieva

Brian McCall, profesor de disciplinas jurídicas (principalmente derecho civil, en su vertiente patrimonial y derecho mercantil) de la Universidad de Oklahoma, tras haber ejercido la abogacía en un estudio internacional, es un relevante investigador desde la tradición del derecho natural, que aplica a las cuestiones tocantes a la regulación legal de la economía. Se trata de un sector por lo general abandonado al positivismo y al liberalismo, de manera que su línea iusnaturalista y católica (por lo mismo antiliberal) no solo es original, sino necesaria para los estudiosos de la doctrina social (en sentido amplio) de la Iglesia. En este volumen, acogido a la prestigiosa colección “Prudentia iuris”, que con el mismo llega al número décimo séptimo de la serie *minor*, aplica la filosofía aristotélica a la empresa corporativa, término que se entiende en su acepción anglosajona, esto es, como grandes sociedades (por lo general cotizadas) de capital.

Entre la introducción y la conclusión se desarrollan cuatro artes. En la primera (capítulo 2) se ofrece un resumen de la metafísica corporativa, destacando que el derecho corporativo presenta dos dimensiones: como derecho de propiedad y como derecho contractual. En la segunda (capítulo 3) se trata del constitucionalismo corporativo, esto es, de la concepción de la corporación como una comunidad política. Ahí, a partir de la distinción aristotélica entre comunidades perfectas e imperfectas, ubica naturalmente a las corporaciones entre las segundas. Y destaca las notas de su orientación a un fin y de la posesión de un atributo de autoridad. En la tercera (capítulo 4) se las ve con la naturaleza singular del bien común de la corporación, mientras que en la cuarta (capítulo 5) afirma que la metafísica corporativa es coherente con el derecho corporativo existente. Así pues, puede concluirse que la corporación es una de las sociedades imperfectas que conforman la sociedad perfecta de la comunidad política. Por ello, la cor-

poración se debe dirigir de manera coherente con el bien común de la corporación, pero también con la debida atención al bien común de la sociedad perfecta de la cual forma parte. No se postulan grandes cambios, sino que se explican mejor los resultados de muchas de las decisiones del derecho corporativo.

Esperamos que el profesor McCall, colaborador de estas páginas, conocido por sus publicaciones relativas a la condena católica de la usura o la elucidación del concepto clásico del precio justo, con esta monografía traducida por Clara Gamba, y acogida por la relevante editorial jurídica Marcial Pons, pase a ser conocido y respetado en el ámbito del derecho patrimonial y comercial.

DANILO CASTELLANO, *EUTANASIA: UN DIRITTO?*, NÁPOLES, EDIZIONI SCIENTIFICHE ITALIANE, 2015, 128 PÁGS.

Juan Cayón

La llamada eutanasia constituye una cuestión al mismo tiempo filosófica, jurídica y ética de gran actualidad. También, claro está, de esencial importancia. No es nueva en nuestro tiempo, pues bajo algún ángulo aparece ya en la Antigüedad. Hoy, sin embargo, reaparece a partir del invocado “derecho” a la autodeterminación absoluta. Y levanta debates enconados al tiempo que plantea dramáticos interrogantes.

Este volumen recoge un texto histórico de Marco Cavina (Universidad de Bolonia), otro de derecho comparado de Giovanni Cordini (Universidad de Pavía), otro filosófico de Ignacio Barreiro (Vida Humana Internacional) y otro de doctrina de la Iglesia de Danilo Castellano (Universidad de Udine). Castellano, que coordina el volumen, firma también una introducción de gran densidad y claridad conceptuales. Observa que el tema de la eutanasia “cala” de cuando en cuando en la existencia cotidiana de los individuos y de los pueblos a través de casos concretos que escuecen la convivencia social e interpelan a la inteligencia y la conciencia de los individuos. Y muestra que, para que sea considerada un derecho, es necesario postular la asunción de la libertad negativa (la que no admite otro criterio que la propia libertad), hoy considerada (así lo demuestra la legislación comparada) el último y supremo derecho individual. Finalmente señala también que en ambientes católicos se han buscado explicaciones (como las del “don” de la vida) que no siempre sirven para sustentar un debate puramente racional, para lo que desarrolla cómo la vida es más bien algo “dado”, por tanto indisponible.

Siglas y abreviaturas

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 8 | 2016

SIGLAS Y ABREVIATURAS

| | |
|----------------------|--|
| ACME | Área de Cumplimiento de Mercado |
| <i>al.</i> | <i>alis</i> (otros) |
| art. | artículo |
| arts. | artículos |
| BCE | Banco Central Europeo |
| CEDDET | Fundación Centro de Educación a Distancia para el Desarrollo Económico y Tecnológico |
| CEDH | Convenio Europeo de Derechos Humanos |
| CEPC | Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid |
| Cfr. | confróntese |
| CGR | Contraloría General de la República en Cuba |
| CI | cédula de identidad |
| CIDH | Corte Interamericana de Derechos Humanos |
| cit. | citada |
| cons. <i>a veces</i> | consid. considerando |
| coord. | coordinador |
| CP | <i>Código Penal</i> |
| CPLT | Consejo para la Transparencia |
| <i>C.Pol.</i> | <i>Constitución Política de la República</i> |
| CPP | <i>Código de Procedimiento Penal</i> |
| DF | Distrito Federal |
| DFL | decreto con fuerza de ley |
| DL | decreto ley |

| | |
|----------------------------|--|
| D.O. | <i>Diario Oficial</i> |
| ed. | edición, <i>a veces</i> editor |
| EFS | Entidades Fiscalizadoras Superiores |
| ej. | ejemplo |
| EMAS | Eco-Management and Audit Scheme (Reglamento Comunitario de Eco-gestión y Ecoauditoría) |
| etc. | etcétera |
| FEEF | Fondo Europeo de Estabilización Financiera |
| FIIAP | Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas |
| FMI | Fondo Monetario Internacional |
| <i>Ibid.</i> | <i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar) |
| inc. | inciso |
| INDH | Instituto Nacional de Derechos Humanos |
| INTOSAI | Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores |
| ISO | International Standard Organization |
| ISP | Instituto de Salud Pública de Chile |
| ITV | Inspección Técnica Vehicular |
| LCAP | Ley 2/2000, de Contratos de las Administraciones Públicas |
| LRJPAC | Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. |
| LT | Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información del Estado |
| MEDE | Tratado constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad |
| n. | nota |
| N° <i>a veces</i> núm, Nr. | número |
| OAE | organismos de la administración del Estado |
| | obra citada |
| OMT | Organización Mundial del Trabajo |
| <i>op. cit.</i> | <i>opus citatis</i> (obra citada) |
| Ord. | ordinario |

| | |
|----------------------|---|
| p. | página |
| PAS | <i>Procedimiento Administrativo Sancionatorio</i> |
| PEC | Pacto de Estabilidad y Crecimiento |
| PIB | Producto Interno Bruto |
| pp. | páginas |
| PP | Plan Piloto |
| RDJ | <i>Revista de Derecho y Jurisprudencia</i> |
| SARC | Sistemas alternativos de resolución de conflictos |
| SEBC | Sistema Europeo de Bancos Centrales |
| SEREMI | Secretaría Regional Ministerial |
| SGA | Sistema de Gestión Ambiental |
| SGC | Sistema de Gestión de Casos |
| SIGEDOC | Sistema de Gestión Documental |
| ss. | siguientes |
| Sr. | señor |
| Sra. | señora |
| SSTC | Sentencias del Tribunal Constitucional |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| SVS | Superintendencia de Valores y Seguros |
| TC | Tribunal Constitucional |
| TECG | Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza |
| TFUE | Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea |
| TS | Tribunal Supremo |
| UAF | Unidad de Análisis de Fondo |
| UASARC | Unidad de Admisibilidad y SARC |
| UE | Unión Europea |
| UEM | Unión Económica y Monetaria |
| USA | United State of America |
| v. a veces vs. v.gr. | <i>verbi gratia</i> (por ejemplo) |
| v a veces vs. | versus |
| <i>vid</i> | véase |
| vol. | volumen |

Instrucciones a los autores

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 8 | 2016

INSTRUCCIÓN PARA LOS AUTORES

Derecho Público Iberoamericano es una revista semestral del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Se publica los meses de abril y octubre de cada año.

Se propone analizar el derecho público contemporáneo desde una perspectiva problemática, levantando dudas donde hay consensos artificiosos, aportando certezas donde abundan los disensos permanentes, con la convicción de que los principios primarios de toda investigación en este ámbito son los derechos fundamentales de la persona humana y la promoción del bien común. En tal tarea buscamos vincular a la comunidad científica nacional y extranjera promoviendo con especial empeño el análisis de las dificultades que afronta el derecho iberoamericano, sin merma de la pluralidad y del interés universal que corresponde a toda publicación científica.

Para alcanzar tales objetivos, *Derecho Público Iberoamericano* promueve, cultiva y difunde el estudio del derecho público desde las diversas aproximaciones científicas: dogmática constitucional, derecho internacional de los derechos humanos, teoría constitucional, filosofía jurídica y política, sociología jurídica, historia del derecho y otras disciplinas concurrentes.

La revista cuenta con tres secciones permanentes: “estudios”, comentarios de jurisprudencia” y “recensiones”.

1. Materias de interés

1. Derechos fundamentales. 2. Justicia constitucional. 3. Organización política. 4. Derecho Administrativo. 5. Regulación económica. Otras disciplinas concurrentes: Derecho Tributario, Derecho Económico, Derecho Ambiental, Derecho Eléctrico, Derecho de Aguas, etcétera.

2. *Perspectivas de interés*

1. Dogmática jurídica. 2. Teoría del Derecho. 3. Evaluación práctica. 4. Análisis jurisprudencial. 5. Sociología jurídica. 6. Historia del Derecho. 7. Filosofía jurídica y política. 8. Otras ópticas concurrentes.

3. *Tipos de colaboración*

1. Artículos de doctrina. 2. Monografías. 3. Ensayos. 4. Comentario de jurisprudencia. 5. Comentario de problemas jurídicos. 6. Recensiones o reseñas bibliográficas.

4. *Normas para la redacción de los trabajos*

1. Los trabajos deben ser inéditos y originales. Serán escritos en español, salvo que la filiación académica del autor sea diversa, en cuyo caso el manuscrito se publicará en el idioma correspondiente. No se consideran originales las traducciones al español de artículos ya publicados en otro idioma.
2. Los trabajos deberán ir encabezados con un título en español e inglés, un resumen en español e inglés de no más de ciento cincuenta palabras, y de palabras claves en ambos idiomas. Este recurso es obligatorio tratándose de estudios y ensayos.
3. El nombre del autor se indicará bajo el título. A pie de página se mencionarán el título profesional, los grados académicos y la universidad o institución a la que pertenece. En casos de tener varios grados académicos, se indicará el más alto.
4. Los manuscritos deben ser redactados en tipografía Times New Roman, tamaño 12 con interlineado de 1,5 para el texto y 10 para las notas con interlineado de 1,15, en hoja tamaño carta.

5. *Referencias bibliográficas*

1. Las referencias bibliográficas a pie de página serán abreviadas, con la finalidad de no abultar en demasía el texto. Se indican sólo tres elementos: autor –nombre y apellidos (EN VERSALES)–, título de la obra (*cursiva* si es libro, y “entre comillas” si es artículo), y página citada.

Ejemplo: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, p. 46.

2. Las referencias jurisprudenciales se indicarán del modo que sigue: Tribunal/ (año de dictación); Rol/, considerando o párrafo citado.
Si la identidad de las partes es relevante para la identificación de la sentencia, podrá también ser agregada, a continuación de la identificación del tribunal y antes del año de dictación.

Tratándose de tribunales extranjeros o internacionales, la referencia a pie de página podrá hacerse de acuerdo al uso oficial o común de cada tribunal reconocido en la comunidad científica, como es el caso, por ejemplo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o del Tribunal Constitucional español.

3. La referencia completa de las obras citadas se hará al final del trabajo bajo el título Bibliografía.

Si se trata de un *libro*, se sigue el siguiente orden: AUTOR (ES), sea institución o persona (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES), *Título de la publicación (en cursiva)* / (Edición, si no es la primera, Lugar de publicación, Editorial, Año de publicación, vol. o vols. –sin indicar el número de páginas.

Ejemplo: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1983, vol. III.

Si es una traducción puede indicarse así:

Ejemplo: Philippe LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil*, traducción de Javier Tamayo Jaramillo, Bogotá, Editorial Legis, 2004.

Si se trata de un artículo dentro de un libro: AUTOR(ES) del artículo (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES) / “Título del artículo” (entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’ indicación de nombre y APELLIDOS del editor (ed.), coordinador (coord.) o director (dir.)/ *Título del libro (en cursiva)* / Número de edición, si no es la primera, Lugar de publicación, Editorial, Año de publicación.

Ejemplo: Elena VICENTE DOMINGO, “El daño”, en L. Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª ed., Madrid, Editorial Aranzadi, 2006.

Si se trata de un artículo de revista: AUTOR(ES) del artículo (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES) / “Título del artículo” (en redondas y entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’ *Nombre de la revista (en cursivas)*, año, vol. y N° (cuando corresponda) / Ciudad /Año.

Ejemplo: Andrés BERNASCONI RAMÍREZ, “El carácter científico de la dogmática jurídica”, en *Revista de Derecho*, año 2, vol. XX, N° 1, Valdivia, 2007.

En cuanto a las referencias ya citadas: por regla general se identifican por apellido del autor (en VERSALES), las dos primeras palabras de la obra, puntos suspensivos (en cursivas si es *libro* o entre comillas si es “artículo”), *op. cit.* y página, o simplemente apellido (en VERSALES) y *op. cit.*, cuando corresponda.

Ejemplos: GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio...*, *op. cit.*

BERNASCONI RAMIREZ, “El carácter...”, *op. cit.*, p. 35.

LE TOURNEAU, *op. cit.*

En el caso que la obra o documento citado se reitere inmediata y sucesivamente, basta con colocar *ibid.* u *op. cit.* y página, según corresponda.

Si se trata de un documento en formato electrónico: AUTOR(ES) (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES,) / *Título (en cursiva si es libro y entre “comillas” si es artículo)*, año de publicación / Disponible en: Dirección electrónica completa. Consultada el...

Si se trata de jurisprudencia: Tribunal / (Año de dictación): Rol / Fecha de la sentencia. Sede de edición o publicación y responsable de la misma, o la fuente electrónica donde se ubica.

6. Envío de los trabajos

Los trabajos deben ser enviados a *Derecho Público Iberoamericano*, correo electrónico rdpi@udd.cl, a nombre del director de la revista, Dr. Julio Alvear Téllez, o de la coordinadora de redacción, Srta. Daniela Céspedes.

7. Proceso de selección de los trabajos

7. Si el trabajo ha cumplido con las normas precedentes, *Derecho Público Iberoamericano* decidirá su publicación previo informe favorable de dos árbitros especialistas en el tema. La evaluación será anónima. El autor recibirá oportunamente el resultado de los informes de acuerdo con los criterios de relevancia u oportunidad de la materia tratada, redacción, originalidad, solidez argumentativa y conclusiva, y uso de fuentes bibliográficas, entre otros.

Este número, de mil ejemplares,
se terminó de imprimir en el mes de abril de 2016
en Versión Producciones Gráficas
Santiago de Chile

