



Elementos constitucionales del régimen económico

14.04.2021



**JORGE
STREETER**

JAIME
ARANCIBIA

LUIS
CORDERO

RODRIGO
CORREA

**ARTURO
FERMANDOIS**

ENRIQUE
NAVARRO

NICOLE
NEHME

PABLO
RUIZ-
TAGLE

CONSTANZA
SALGADO



"A la hora de resolver el grave déficit de seguridad jurídica que resiente la economía, una solución a considerar es constitucionalizar el principio de buena fe. Esto es, replicar para efectos de los particulares, lo que ya existe para el ámbito público con la presunción de constitucionalidad de la ley y la presunción de legalidad del acto administrativo".

Agradezco la gentil invitación del Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez y su director, el profesor Felipe Irrázabal, para comentar el atractivo artículo del profesor Streeter que aborda y propone bases para el complejo vértice entre constitución y economía.

Se trata el que comento de un trabajo de gran profundidad, con trazos de historia, ciencia política, economía y derecho constitucional. En la disyuntiva de intentar un comentario general al esquema que propone el profesor o bien tomar alguno de los tópicos específicos aludidos por él, profundizando en este, optaré por este segundo camino.

En efecto, el esquema general de análisis propuesto me parece correcto, con pasajes sumamente coincidentes con lo que he sugerido en otros trabajos, como, por ejemplo, con lo reseñado por Streeter bajo el título de "*El Régimen del Poder Público*" y sus componentes. En ese apartado, el profesor incluye el necesario marco constitucional para el Estado Empresario, temática que hemos desarrollado en términos muy similares^[1]. Y así sucede con varios otros pasajes de su trabajo, de atractivo ritmo para la lectura.

En consecuencia, me propongo tratar aquí en específico el asunto de la seguridad jurídica, propuesto por el profesor Streeter como parte de la conexión entre constitución y economía.

La Seguridad Jurídica y constitucionalización del principio de buena fe

La seguridad jurídica constituye uno de los dos objetivos primigenios del derecho, junto a la justicia. Siendo entonces valor fundante de todo ordenamiento jurídico, estimo que hoy se encuentra lastimada en Chile, menospreciada y herida. Disposiciones recientes de rango legal, sumado a gobiernos de signos diferentes que se alternan en el poder con idearios políticos reformistas, todo unido a un creciente desprecio por los precedentes jurídicos, parlamentarios, administrativos y, en menor medida judiciales, están llevando a la seguridad jurídica a una grave crisis.

Don Jorge Streeter nos dice: “A la incertidumbre respecto de eventos y hechos futuros puede agregarse la falta de certeza que proviene de la aplicación del derecho en el tiempo por venir. Esa indeterminación tiene como efecto un no saber a que atenerse que conspira contra la inversión y la buena administración de la empresa, sus recursos y sus operaciones” (p. 21).

El profesor es acertadamente elocuente al describir la inseguridad jurídica. La falta de seguridad no consiste exclusivamente en la incertidumbre sobre si el derecho será o no aplicado, sino cuál derecho lo será, con qué sentido y alcance y con qué dirección, respecto de aquellos parámetros en que lo viene siendo en el pasado.

• **Primera fuente de inseguridad jurídica: la Contraloría General de la República (“CGR”) y su potestad dictaminante.**

La potestad dictaminante del Contralor, que carece de fuente constitucional^[2], tiene su origen en antiguos cuerpos legales^[3] de la década de 1950^[4], y se ha venido convirtiendo en los últimos diez años en uno de los elementos más disruptivos para la seguridad jurídica, la legítima confianza y los derechos adquiridos. Creada originalmente con el propósito de dotar a la Administración de un criterio uniforme en materias funcionarias -aplicación del Estatuto Administrativo en cuanto a sueldos, montepíos, feriados y otros análogos- ha devenido hoy en transformar al ente contralor en una especie de superregulador multisectorial, que bajo apercibimiento de sumarios se impone sobre la potestad reglamentaria, los contratos ya celebrados por particulares y los actos administrativos firmes que afectan a éstos últimos.

¿Cuál es el origen del disruptivo efecto de los dictámenes del Contralor? Para enumerar sólo algunos, lístense los siguientes: a) Carece de una competencia clara sobre las materias que le cabe dictaminar, extendiéndose por tanto y eventualmente a todas, sin distinción de detalles, asuntos técnicos o científicos propios de la Administración activa; b) Carece de procedimiento legal justo y racional previsto en una ley; b) Opera sólo entre Contralor y funcionario público, sin convocar ni emplazar a los destinatarios privados de los actos administrativos o contratos públicos sujetos a revisión o posible invalidación; c) Carece de oportunidad de aportación de pruebas; d) Emanada de un órgano unipersonal - Contralor- falta de cuerpos colegiados asesores o co-decisores (como lo es un tribunal de segunda instancia u órganos administrativos de moderna concepción, e.g. la CMF); e) Ejerce, sin embargo, atribuciones intrínsecamente jurisdiccionales, ordenando usualmente la invalidación administrativa de actos firmes que han producido efectos y emitiendo juicios de aplicación del derecho propios de los tribunales; f) Carece, sin embargo, de una división clara de competencias con los tribunales ordinarios de justicia y los especiales, siendo en la práctica débil y vaga la prevista en el artículo 8º de la Ley N° 10.336. Este precepto excluye a la Contraloría de informar sobre “*asuntos propiamente jurisdiccionales*” o que se encuentren en conocimiento de los tribunales, un intento de división de aguas que en la práctica no ha operado a niveles mínimamente satisfactorios por razones que en esta oportunidad sería lato describir. Por último, g) Carece de plazos de caducidad, de prescripción o de cualquier otra institución que consolide situaciones jurídicas o derechos, pudiendo sorprendentemente emitir dictámenes muchos años después del respectivo acto administrativo.

En un Estado que ha crecido hacia tamaños que eran impensados en 1980, en que ya existen 11 superintendencias - eran tres en 1981-, 24 ministerios -existían solo 16 en 1981- y toda clase de nuevos órganos públicos con competencias nuevas y amplias como el Sernac, una Administración en que su interacción con los particulares es intensa y cada vez más próxima, la falta de una definición clara del rol dictaminante de la Contraloría, compatible con el estado de derecho y la seguridad jurídica de los particulares, resulta un primer e ineludible asunto a abordar en el proceso constituyente.

La situación de grave precariedad en que quedan los derechos de quienes han confiado en la Administración, que recibieron permisos, autorizaciones, adjudicaciones o que suscribieron contratos, cuando la CGR dictamina *a posteriori* que el acto respectivo ha vulnerado la juridicidad, justifica una revisión completa de su rol en la materia. Recuérdese que la ley orgánica constitucional de la CGR es la única que no ha sido dictada bajo el imperio de la actual Constitución, de entre las 18 que ordena la Carta de 1980. Así, el órgano sigue rigiéndose por su estatuto legal orgánico que data de 1952, con mínimas modificaciones.

Una nueva constitución tendrá que abordar con mucha mayor claridad -como lo hizo la actual con la toma de razón- la existencia de la potestad dictaminante, quizá eliminándola y reemplazándola por otra clase de potestad, acotada a una intervención exclusivamente referida a aspectos funcionarios que no alcancen los derechos de terceros. Estos sólo pueden resultar afectados por las decisiones emanadas de los tribunales de justicia, previa tramitación de procedimientos justos y racionales, conforme a los principios universales de separación de poderes y de exclusividad de jurisdicción.

• **Segunda fuente de inseguridad jurídica: la invalidación administrativa de la Ley N°19.880.**

El profesor Streeter nuevamente acierta cuando sugiere que, para servir a la certeza jurídica, debe exigirse que “*las potestades de los órganos del Estado y las modalidades de su ejercicio estén expresamente contempladas en la Constitución*”.

Pues bien, ello no sucede con la facultad genérica de invalidar actos administrativos que llegó el año 2003 con la Ley N° 19.880 (D.O 29/05/2003), y que autoriza a cualquier autoridad administrativa que haya emitido un acto, a invalidarlo ella misma, cuando estime que es contrario a derecho. La actuación unilateral de la misma autoridad que cometió el yerro jurídico, los requisitos excesivamente genéricos que exige el artículo 53 de la ley -dos años y audiencia del interesado- junto a la ausencia de límites expresos en ese precepto -los derechos adquiridos-, hacen de esta potestad una negación sorprendente de la seguridad jurídica.

Las invalidaciones niegan la certeza del derecho, la estabilidad, y el principio básico de la buena fe que proviene del derecho romano “*nemo auditur turpitudinem propriam allegans*” (nadie será escuchado en su propia torpeza). Si la propia autoridad equivocó sus pasos, no puede hacer pagar a terceros su propio error. Y la combinación entre dictámenes de CGR que ordenan al funcionario invalidar o reparar un acto que el ente contralor estima ilegal, y la existencia de este procedimiento, hacen que esta dudosa institución repugne a la certeza a la que alude Streeter.

El asunto podría resolverse explicitando en la ley aquello que siempre ha sido una barrera a las retractaciones, el que la invalidación administrativa tiene como límite la confianza legítima de los administrados en los actos de la autoridad, sus derechos adquiridos y las “*situaciones jurídicas consolidadas*”. Así lo reconocían los antiguos dictámenes de la Contraloría[5] y así también lo hace expresamente el artículo 61 de la Ley 19.880 para efectos de la revocación por razones de bien común, pero lo omitió para la invalidación, lo que ha llevado a la jurisprudencia a criterios vacilantes en este trascendental punto de justicia y certeza[6].

Con todo, y pese a vacilaciones de tribunales, la Corte Suprema ha adoptado el sano criterio de entender que una vez abierto un procedimiento de invalidación, no puede éste iniciarse con un resultado predeterminado, aún si así ha sido instruido por la CGR[7]. La autoridad administrativa debe resolver conforme al mérito del procedimiento, en el que estarán los descargos de los interesados.

Como sea, la nueva Constitución debe enfrentar este nudo crítico de inestabilidad jurídica para las decisiones económicas, enmarcándola en un principio superior de seguridad jurídica y buena fe de la forma que se explica más adelante.

• **Tercera fuente de inseguridad: las constancias en la historia de la ley y su decreciente valor.**

Una nueva forma de deteriorar la seguridad jurídica y económica consiste en traicionar -al aplicar un precepto- la intención precisa y escrita del legislador estampada sobre él en las actas del Congreso. Cuando los parlamentarios le atribuyen un determinado sentido y alcance al aprobarlo, daña la credibilidad futura del derecho que nace, el que administrador o cortes se aparten nítidamente de él al emitir un acto o resolver una disputa. Es una traición al espíritu y la buena fe del proceso legislativo y alimenta la incertidumbre de su posterior operatividad. Un ejemplo de esta situación se observó en el caso “Postes”, del Tribunal Constitucional[8].

Este fenómeno, más explicable y hasta legítimo si el tiempo transcurrido entre aprobación y aplicación es largo -décadas-, se torna decepcionante si ello ocurre en breve tiempo desde la entrada en vigencia del precepto respectivo. Nos parece que la historia de la ley, otrora elemento determinante de interpretación, viene siendo minusvalorado crecientemente por la vía de desentenderse del espíritu con que el derecho ha sido creado.

Un proceso legislativo más profesional, dotado de órganos asesores de máximo nivel, aumentado el control ciudadano a Administración y tribunales, todo concebido desde la Constitución, hará más nítido el sentido y alcance que el legislador imprimió a cada precepto y ello contribuirá a honrar de mejor manera la certeza jurídica.

• **Cuarta fuente de inseguridad: el desprecio al precedente.**

Un último foco histórico de inseguridad jurídica para la economía consiste en el desprecio tradicional por el precedente, administrativo y en menor medida, judicial.

En el plano administrativo, lo decíamos, la llegada sucesiva de gobiernos de signos distintos al que los antecede, con agendas de gobierno antagónicas a él, han dañado como nunca antes la deferencia al precedente. Derogaciones reglamentarias, retiros de actos administrativos de la Contraloría, invalidaciones administrativas, modificaciones reglamentarias a poco de promulgarse los textos iniciales, entre otros, se han sucedido en forma inédita durante los

últimos diez años. Ejemplo reciente de este fenómeno, y de alta connotación pública, fue el *vía crucis* que hubo de recorrer el derecho a la objeción de conciencia institucional a obligación de asistencia médica para la interrupción del embarazo en el Tribunal Constitucional, Contraloría y sucesivos reglamentos del Ejecutivo^[9].

Otro tanto puede decirse de los cambios repentinos en el criterio contralor, a veces causada por la llegada de titulares distintos a esa alta sede, y otras provenientes del mismo titular que vuelve sobre sus propios pasos.

La Corte Suprema aplicó un exigente y muy acertado test a los cambios faltos de motivación de los criterios del Contralor en la causa rol N° 20.701, de 7 de octubre del 2020, “*Coopeuch y otros con Contraloría General de la República*”. Ahí el máximo tribunal, dejando sin efecto el dictamen N°19.951, de 4 de junio de 2019, identificó una insalvable ausencia de explicaciones suficientes del órgano contralor sobre cuál es el precedente vigente en la CGR, sobre qué antecedentes nuevos que no estaban disponibles en ese momento harían necesario cambiar el criterio aplicado previamente y por qué, etc.

De esta breve explicación fluye que la constitución debe someter a los órganos del Estado a un trato respetuoso del precedente, como insumo esencial de las decisiones económicas.

• ***Un camino de solución: la constitucionalización del principio de buena fe. Consecuencias.***

A la hora de resolver el grave déficit de seguridad jurídica que resiente la economía, una solución a considerar es constitucionalizar el principio de buena fe. Esto es, replicar para efectos de los particulares, lo que ya existe para el ámbito público con la presunción de constitucionalidad de la ley y la presunción de legalidad del acto administrativo (art. 3º, ley 19.880).

Cicerón vinculaba la buena fe con la justicia, de la siguiente forma: “*la buena fe, entendida como la fidelidad y sinceridad de los acuerdos, constituye el fundamento mismo de la justicia*”^[10].

La buena fe, entonces, no es un principio exclusivo del derecho privado. Así como el Código Civil construye toda su lógica sobre la buena fe y la autonomía de la voluntad, la Constitución exige al funcionario público honrar la probidad (artículo 8º) y reviste sus actos de validez. Pero se hace necesario construir un puente dogmático entre estos dos mundos, entre lo público y lo privado, cuyas tablas se soporten por el principio de buena fe.

La buena fe en esta dimensión pública consistiría entonces, en el deber de los órganos del Estado de estarse siempre a la validez de los actos y contratos otorgados por los particulares en la forma que ellos han sido otorgados, y los efectos de tales, tal como lo define el artículo 4º Bis del Código Tributario^[11]. El compás jurídico inicial, la mirada potestativa estatal sobre los particulares será siempre entonces de deferencia, de respeto y no de sospecha, de valoración y no desprecio de lo obrado, lo que sólo puede ceder ante la prueba de la mala fe, ofrecida y sentenciada en un juicio ante un tribunal independiente.

Aceptar que el Estado inicie su mirada desde la presunción de mala fe hacia lo no estatal, repugna los principios democráticos de una sociedad sana. La mala fe es la excepción y deberá probarse en los casos que lo merezca, persuadiendo al juez respectivo.

La nueva Constitución deberá abordar entonces, impostergablemente, este vértice crucial para la economía. Al hacerlo, estaríamos siguiendo el camino de países como Alemania y Colombia, que han constitucionalizado el principio^[12].

El artículo 83 de la Carta colombiana dispone explícitamente: “*las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las actuaciones que aquellos adelanten ante éstas*”.

Así entonces, un precepto constitucional como éste sería un enorme avance para la seguridad jurídica, puesto que ratificaría la estabilidad y presunción de regularidad que reviste la infinidad de actos privados que nutren diariamente el curso de la economía.

^[1] Fernandois Vöhringer, Arturo (2006): “*Derecho Constitucional Económico, Tomo I*” (Ediciones UC, Santiago, 2º ed.).

^[2] La genérica fuente que se invoca en los dictámenes de la CGR para respaldar la potestad dictaminante es el artículo 98 inciso primero de la Constitución, específicamente el pasaje que se le atribuye la función de ejercer “...el control de la legalidad de los actos de la *Administración*”. Sin embargo, esta sola frase no puede tenerse por suficiente título habilitante para una institución de la envergadura que ostenta dicha potestad. Los argumentos para rechazarla son varios, entre ellos, las constancias en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC) en sentido de excluir a la Contraloría de esta clase de verdaderos juzgamientos jurisdiccionales (Comisionado Ortúzar en Acta Oficial de la CENC,

sesión N° 319, de fecha 04/10/1977, p. 38). Como también, la frase del mismo artículo 98, en que la Carta Fundamental vincula el control de la legalidad únicamente con el mecanismo de toma de razón (“*en el ejercicio de la función de control de la legalidad, el Contralor tomará razón (...)*”).

[3] La Ley N° 10.336, de 1952, contiene una fuente legal tan amplia como peligrosa para esta potestad, al facultar al Contralor dictaminar obligatoriamente sobre cualquier asunto relacionado “*con el funcionamiento de los servicios públicos que constituyen la Administración Civil del Estado, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen*” (art. 8vo).

[4] Ley Orgánica Constitucional N° 10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la Pública (D.O 29/05/1952).

[5] Las nuevos dictámenes de Contraloría suelen afirmar que un acto administrativo ilegal no genera derechos, negando así la tradición de décadas de respeto a las situaciones jurídicas consolidadas que tuvo el mismo órgano contralor. Sin embargo, olvida esta afirmación que es el mismo funcionario público forzado a la invalidación quién ha emitido primeramente el acto y el que ha apreciado su legalidad, alimentando la confianza del administrado. Ante esta refutación, se suele replicar en estrados -en defensa de la CGR- que tal o cual particular se encontraba de mala fe, sin probar ni ofrecer pruebas de tal afirmación, invirtiendo impropiamente el principio general del derecho de la buena fe.

[6] Un ejemplo jurisprudencial relativamente reciente fue la Sentencia de la Corte Suprema en el caso “Mall Barón” rol N° 15.561-2017 de 27 de diciembre de 2017, en la que se decidió dejar sin efecto el permiso de edificación del mall en Valparaíso; en el mismo sentido sentencia Corte Suprema causa “Edificio Botero” rol N° 49.726-2016 de 2 de octubre de 2017; ver también: CS rol N° 5980-2017 (18/12/2017) y CS rol N° 6029-2017(27/02/2018). En contrario, la sentencia de la Corte Suprema, Tercera Sala, rol N° 1853-2005 de 31 de mayo de 2005, conocida como “Caso Celco” constituye un valioso precedente en defensa de la seguridad jurídica, al dejar sin efecto el Dictamen N° 20.477 de 2003 de la Contraloría, afirmando que los órganos del Estado no pueden invalidar ni revocar actos administrativos cuando estos han creado derechos para los particulares, so pena de vulnerar el citado principio universal de derecho.

[7] Ver caso “Parque Pumpin”: Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol N°2116-2017 y N°2.992-2017, ambas de fecha 17 de abril de 2020.

[8] STC rol N° 2069-2011 de 31 de julio de 2012.

[9] STC Rol N° 3.729, de 27 de agosto de 2017, el derecho a objetar la realización de las prestaciones abortivas fue extendida también a las instituciones. Protocolos: En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 119ter de la Ley N° 21.030 se elaboraron sucesivos protocolos: (i) Primer Protocolo, Pdta Michele Bachelet por Resolución Exenta 61, 22-1-2018, numeral IV.2, excluyó a las instituciones de salud privadas que hubieren celebrado convenios con el MINSAL con objeto de prestaciones de obstetricia y ginecología; (ii) Segundo Protocolo: Resolución Exenta 434, marzo de 2018, que hizo extensivo el derecho a los establecimientos de salud privados sin distinción; (iii) Tercer Protocolo, DS Reglamentario N° 67, de 29-6-2018 (Pdte. Piñera, publicado 23/10/2018). Reglamento dictado después del Dictamen N° 11.781 de 2018 de la CGR, el cual concluyó que no se ajustaba a derecho la resolución exenta N° 432 de 2018 del MINSAL. Así, se dictó un nuevo protocolo que repuso el texto original de la Pdta. Bachelet, en el que se especificaba que la objeción de conciencia sólo podrían ejercerla instituciones privadas, siempre y cuando no hubiesen suscrito convenios de salud regulados en el DFL N° 36, de 1980, del MINSAL, o a las que, habiéndolos suscrito, no contemplaren prestaciones de obstetricia y ginecología. Luego, se presentaron requerimientos de inconstitucionalidad en contra del art. 13 del DS N° 67 del MINSAL (por el cual el Pdte. aprobó el reglamento final sobre objeción de conciencia institucional), acumulados bajo el rol N° 5562. La causa fue acogida por el TC el 18 de enero de 2019, dejando sin efecto la exclusión.

[10] “*De Officiis*”, 1,7,23. Traducción de González Méndez, Amelia (2001): “Buena fe y derecho tributario” (Marcial Pons, Madrid) p.22.

[11] Código Tributario, artículo 4° Bis: “*El Servicio deberá reconocer la buena fe de los contribuyentes. La buena fe en materia tributaria supone reconocer los efectos que se desprendan de los actos o negocios jurídicos o de un conjunto o serie de ellos, según la forma en que estos se hayan celebrado por los contribuyentes*”.

[12] La literatura también incluye a Alemania entre los países cuyo ordenamiento constitucional recoge implícitamente el principio de buena fe, el que se deriva de la cláusula del estado de derecho. Herrera Molina, Pedro y Chico de la Cuadra, Pablo (1998): “El Principio de Buena Fe en Derecho Tributario”, en *Revista de Derecho Tributario Latinoamericano*, N°5, p. 91.

[#CONSTITUCIÓN](#)

[#CONSTITUCIONAL](#)

NEWSLETTER

[ACTUALIDAD](#)

[OPINIÓN](#)

[INVESTIGACIONES](#)

[PODCAST](#)

[GLOSARIO](#)

[DIÁLOGOS](#)

[EVENTOS](#)

[NOSOTROS](#)

[EQUIPO](#)

[CONTACTO](#)



[Términos y condiciones](#)
[y políticas de](#)
[privacidad](#)
[Políticas de Cookies](#)

Av. Presidente Errázuriz
3485, Las Condes,
Santiago de Chile.

Teléfono
(56 2) 2331 1000

