

Ámbitos singulares de la actividad administrativa

Día 2 – Panel 4

Tabla de contenido

I. Límites y condiciones de la Potestad Expropiatoria en la nueva Constitución. Su sustento a partir del Régimen convencional interamericano y la evolución del constitucionalismo chileno.....	2
Planteamiento.....	2
El derecho de propiedad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.	3
La potestad expropiatoria en la evolución constitucional chilena.....	6
La potestad expropiatoria en la evolución constitucional chilena.....	10
II. Estados de Excepción Constitucional y Nueva Constitución	11
Antecedentes históricos.....	11
Antecedentes constitucionales	13
Problemas en la práctica	17
Una reforma necesaria	19
III. Rol del Estado y Ciudad	22
IV. Concursabilidad ante los bienes públicos.....	28
Concursabilidad ex ante (adjudicación)	29
Concursabilidad ex post (adjudicación)	31
Propuesta	34

I. LÍMITES Y CONDICIONES DE LA POTESTAD EXPROPIATORIA EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN. SU SUSTENTO A PARTIR DEL RÉGIMEN CONVENCIONAL INTERAMERICANO Y LA EVOLUCIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO CHILENO

Patricio Ponce Correa

Planteamiento

Ad portas de un nuevo proceso constituyente en Chile, resulta relevante determinar el ámbito protección que se desplegará respecto de la propiedad privada y, en especial, el régimen a que se sujetará el ejercicio de la potestad expropiatoria, entendida esta última como la atribución de que goza el Estado para privar a un particular del derecho de dominio que tiene sobre un determinado bien, por resultar su adquisición necesaria para satisfacer un fin de utilidad pública o interés nacional, y bajo condición de indemnizar el daño patrimonial causado.

Y es que la propiedad se erige como un derecho esencial, reconocido ampliamente tanto en catálogos propios del ámbito internacional de los Derechos Humanos, incluso en aquellos propios del concierto interamericano, como acontece, como por ejemplo el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos; así como por la tradición constitucional chilena, siendo un derecho presente ya desde el reglamento constitucional de 1812 y, por cierto, la Constitución Provisoria de 1818 que marca el inicio de nuestro régimen constitucional como república independiente.

Junto al reconocimiento constitucional del derecho de propiedad y su contenido, resulta menester resguardar el régimen de garantías a que se sujetará el ejercicio de este derecho en la nueva Constitución, lo que incide directamente en el estatuto y límites de ejercicio que se reconozca respecto de la potestad

expropiatoria del Estado. Al mismo tiempo, las hipótesis que admitan las nociones de expropiación y nacionalización.

La siguiente ponencia tiene como premisa inicial que la garantía constitucional de la propiedad en la nueva Constitución debe respetar dos márgenes infranqueables. El primero de ellos, deriva de la previsión contemplada en el inciso 4° del artículo 135 de la Constitución, conforme a la cual deberá respetar “los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Y, el segundo, surge de estimar que la construcción y desarrollo evolutivo del derecho de propiedad, como derecho fundamental, ha experimentado a lo largo de la historia constitucional chilena permite identificar un mínimo irreductible.

Por ende, la ponencia sostiene que el régimen a que se sujetará el ejercicio de la potestad expropiatoria del Estado en la nueva Constitución, como garantía fundamental a la propiedad, se encuentra forzada a respetar ciertos mínimos que surgen a partir de los tratados internacionales, especialmente en materia de Derechos Humanos propios del sistema interamericano, y las características y límites con los que ha sido construida la potestad expropiatoria en Chile a lo largo de su evolución constitucional.

El derecho de propiedad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La propiedad está reconocida formalmente como un derecho humano, previsto en diversos instrumentos internacionales, dentro de los cuales podemos mencionar los artículos 17 y 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. En el sistema interamericano, podemos citar especialmente el artículo XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y especialmente el artículo 21 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

Pese a ello, cabe mencionar que su incorporación en catálogos de Derechos Humanos ha sido objeto de profundos debates. Se suele sostener, por ejemplo, que se trata de un derecho de segundo orden, que no posee la misma significación que otros derechos, y su inclusión suele ser calificada muchas veces como un debate más bien frívolo o "sofisticado". (Lopez Escarcena, Sebastián 2015). Incluso han existido importantes diferencias a la hora de reconocerlo, quedando fuera de diversos tratados internacionales, como ocurre con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos o el Pacto de Derechos Sociales y Económicos.

Podemos sostener que existe meridiano consenso acerca de que la propiedad reviste el carácter de Derecho Esencial y, por tanto, debe ser tutelada constitucionalmente, el verdadero debate parece actualmente centrado más bien en torno a su contenido y el alcance de su protección, especialmente en lo que refiere a su privación por vía de la potestad expropiatoria.

Por esta razón, frente a la limitación contenida en el inciso 4° del artículo 135, resulta de especial interés determinar el contenido de la garantía a la propiedad a la luz de los principios y reglas formulados especialmente en el seno del sistema interamericano al cual se encuentra adscrito Chile. Tales principios y reglas están conformados no solo por los tratados vigentes, esencialmente la Declaración y la Convención, sino además por aquellos que se desprenden a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos.

Dentro de ese contexto, la Corte Interamericana se ha pronunciado en diversas ocasiones acerca de la protección de la propiedad. En la mayoría de ellas el debate se centró en la propiedad colectiva, referida a los asentamientos territoriales de pueblos originarios y tribales; o fueron discusiones accesorias, en tanto se abordó propiedad con ocasión de la vulneración de otros derechos.

No obstante, en el caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador* (2008) el debate versó precisamente acerca de las condiciones convencionales para el desarrollo de la actividad estatal expropiatoria. En dicha oportunidad la Corte concluyó que "en el

marco de una privación al derecho a la propiedad privada, en específico en el caso de una expropiación, dicha restricción demanda el cumplimiento y fiel ejercicio de requerimientos o exigencias que ya se encuentran consagradas en el artículo 21.2 de la Convención” (párr. 63).

Lo anterior, considera que la expropiación se desarrolle por causa de “utilidad pública o interés social” y que como compensación se pague al dueño una el pago de una “justa indemnización”. Sobre este último punto, la Corte añade que “el pago de una indemnización constituye un principio general del derecho internacional, el cual deriva de la necesidad de buscar un equilibrio entre el interés general y el del propietario” (párr. 93). Y “para que la justa indemnización sea adecuada se debe tomar como referencia el valor comercial del bien objeto de la expropiación anterior a la declaratoria de utilidad pública de éste” (párr. 96).

Años antes la Corte ya había deslizado un criterio relativo a las condiciones del ejercicio expropiatorio en la sentencia del caso *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile* (2005). En ella la Corte razonó que la incautación y destrucción de una obra literaria constituye también una forma de privación del derecho de propiedad, y que “debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, limitarse a los casos y practicarse según las formas establecidas por la ley”. (párr. 108) Así, “la privación de la propiedad con fundamento en un ‘interés institucional’ es incompatible con la Convención” (párr. 109).

Como puede colegirse de lo anterior, la protección de la propiedad en el ámbito del derecho internacional de los Derechos Humanos, en el concierto interamericano, reconoce como límite al ejercicio de la potestad expropiatoria que esta última requiere ser ejercida en virtud de utilidad pública o interés social, sujeta al pago de una indemnización justa y al procedimiento establecido legalmente”.

Ahora, cabe advertir que las normas convencionales no contemplan un plazo específico en relación al pago, ni condiciones en torno a la forma en que debe

practicarse este último. No obstante, dichas materias pueden colegirse a partir de la identificación de una indemnización “justa”, lo que exige un pago que respete tal equilibrio de intereses. En su voto concurrente en el caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador (2008)* el juez Manuel E. Ventura Robles parece ir en esta línea y sostuvo que la “justa indemnización [...] deberá ser adecuada, pronta y efectiva, ya que ésta es una de las medidas mediante las cuales el Estado puede cumplir con el objetivo de lograr un justo equilibrio entre el interés general y el interés particular”.

La potestad expropiatoria en la evolución constitucional chilena

La protección de la propiedad es una materia que aparece en Chile desde los primeros ensayos constitucionales. El punto de partida podemos encontrarlo en los artículos XVI y XXIV del Reglamento Constitucional Provisorio de 1812, el último de los cuales concluía: “*A nadie se impedirá venir al país, ni retirarse cuando guste con sus propiedades*”.

El reconocimiento constitucional de la propiedad se amplía luego en el Proyecto de Constitución Provisoria de 1818, primera Carta dictada en Chile como Estado independiente, cuyo artículo 9º, Capítulo I, Título I, reconoce la garantía del derecho de propiedad y consagra la facultad del Estado de poder privar excepcionalmente a una persona del dominio o libre uso de sus bienes “fundado en las necesidades de la defensa de la patria y bajo condición que fuese un rateo proporcionado a las facultades de cada individuo”. Similar declaración encontraremos posteriormente en el artículo 221 de la Constitución Política de 1822, en el artículo 221.

En su artículo 117, la Constitución de 1823 innova y consagra abiertamente la potestad expropiatoria del Estado, añadiendo que sólo puede privarse de la propiedad “por necesidad pública, calificada por el Senado de notoriamente grave, y con previa indemnización”. Destaca esta Carta por introducir la condición de pago de una “indemnización previa”, requisito que volverá a estar presente en las Constituciones de 1833 y 1980.

El artículo 17 de la Constitución Política de 1828 sujetó la expropiación que esta fuera concretada a través de una sentencia judicial, pero no la condicionaba causal alguna, sólo bastaba que “el servicio público exigiese la propiedad de alguno”. Mantuvo la condición de pagar por ello una indemnización, omitiendo si ésta debía ser previa, aunque añade la condición de que fuese justa.

Con la Constitución de 1833, el 12 N° 5 se amplía el desarrollo del derecho de propiedad, y se refiere expresamente a la “inviolabilidad” de esta última, tanto respecto del bien o una parte, como los derechos sobre los que recayere. En cuanto a la potestad expropiatoria, mantiene la exigencia de que su ejercicio se concrete por medio sentencia judicial y la causal habilitante pasa a ser la “utilidad del Estado”. Finalmente, en cuanto a la indemnización, reinstala la exigencia de que el pago sea previo e introduce como procedimiento que ésta sea fijada de común acuerdo con el expropiado o por una “comisión de hombres buenos”, aunque elimina la voz “justa” que empleaba la Carta anterior.

Bajo la Constitución de 1925 la protección del derecho de propiedad se amplía, pero va a experimentar cambios sustanciales a lo largo de la vigencia de dicha Carta. El artículo 10 N° 10 del texto constitucional original reiteraba el carácter inviolable de la propiedad, al establecer que ésta sólo puede ser privada en virtud de expropiación calificada por ley, e innova al establecer como causal la “utilidad pública”, que resulta ser más amplia que la “utilidad del Estado” prevista por la Carta predecesora. En cuanto a la indemnización, conserva el carácter previo de su pago y dispone que su determinación se concreta por un acuerdo entre las partes o por un juicio, dando competencia a los tribunales de justicia en esta materia.

La reforma constitucional introducida por la ley N° 15.295 de 1963 dio lugar al proceso de reforma agraria y alteró sustancialmente los principios constitucionales que regulaban el régimen de expropiación anterior. La reforma habilitó al Estado para expropiar por causa de utilidad con el objeto de “propender a la conveniente división de la propiedad rústica”, aquellos “predios abandonados o

que estén manifiestamente mal explotados, y por debajo de las condiciones normales”. Para estos casos alteró la regla del pago previo y facultó al Estado para pagar solo “el diez por ciento de la indemnización y el saldo en cuotas iguales dentro de un plazo que no exceda de quince años, con interés fijado por la ley”.

En 1967 la ley de reforma constitucional N° 16.615 reemplazó íntegramente el artículo 10 N° 10 de la Constitución y fijó nuevas reglas en lo concerniente al ejercicio expropiatorio. En línea con la Convención Americana de Derechos Humanos, incorporó como causal el “interés social”, manteniendo además la “utilidad pública”. No obstante, en cuanto a la indemnización eliminó la exigencia de pago previo e íntegro que contemplaba la norma original. Precisó que “la ley determinará las normas para fijar la indemnización”, con lo cual rechaza la uniformidad de procedimiento de expropiación, y en el caso de la expropiación de predios rústicos establece que la indemnización podrá pagarse con una parte al contado y el saldo en cuotas en un plazo no superior a treinta años, todo ello en la forma y condiciones que la ley determine”. Sólo conservó la indemnización con pago previo para el caso de la pequeña propiedad rústica y la vivienda habitada por su dueño. Por último, cabe señalar que esta norma no reconoció el acuerdo como mecanismo de fijación de la indemnización.

En 1971 la Ley de reforma constitucional N° 17.450 introduce una última modificación al régimen de expropiaciones, en relación a la propiedad minera, permitiendo llevar a cabo el proceso de nacionalización de la gran minería y la regulación de los contratos – leyes. Consagra los principios generales a que debe sujetarse la ley para dicho proceso de nacionalización, decretándose ésta en la disposición decimoséptima transitoria, la que además reguló el procedimiento respectivo. Así, dicha norma creó un régimen ablatório especial de nacionalización, diverso a la expropiación.

Finalmente, la Constitución de 1980 vino a modificar nuevamente el régimen expropiatorio. Cabe mencionar que el reforzamiento del derecho de propiedad fue

un principio de gran interés para el constituyente de la época, el cual aparecía consignado expresamente en la Declaración de Principios del Gobierno de Chile de 1974 y al punto que, junto con la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, se designó una subcomisión de Derecho de propiedad que fue finalmente la más activa de las subcomisiones y preparó, entre otras cosas, el borrador del proyecto de Ley de Procedimiento de Expropiaciones, despachado finalmente por la CENC.

La Nueva Carta reestableció el principio de pago previo e íntegro de la indemnización expropiatoria, presente en las Constituciones de 1823, 1833 y 1825 en su texto original. Cabe mencionar que dicha incorporación fue obra del Consejo de Estado, pues el proyecto original de la CENC mantenía la posibilidad de pagar en cuotas. Contempló abiertamente que la expropiación se concreta a través de un acto administrativo controlable judicialmente y que la función del legislador es calificar la causal y no expropiar directamente. Mantuvo la causal de “utilidad pública” y sustituyó el “interés social” por “interés nacional”, con lo cual quedó sometida la nacionalización al mismo régimen de la expropiación, bajo esta última causal. Por último, si bien no por exigencia constitucional, el trabajo de la CENC tendió a la uniformidad de procedimientos expropiatorios, elaborando el proyecto de Decreto Ley 2186, que se mantiene hasta hoy vigente.

Así, de lo anterior resulta posible identificar ciertos principios presentes a lo largo del desarrollo constitucional chileno en materia expropiatoria. En primer término, en cuanto a las causales, cabe observar que aquella correspondiente a “la utilidad pública” parece haber estado presente gran parte de nuestra historia constitucional, más allá de que la Carta de 1833 hablaba de “utilidad del Estado”. La segunda causal, en cambio, aparece durante la segunda mitad del siglo XX bajo la voz “interés social” que luego en el proceso constituyente que da vida a la Carta de 1980 se decide sustituir por “interés nacional” para posibilitar eventuales procesos de nacionalización.

En cuanto a la distinción entre nacionalización y expropiación, cabe advertir que sólo se reconoció constitucionalmente un régimen diverso entre ambos institutos bajo la reforma constitucional de 1971, siendo una constante que los procesos estatales de privación de la propiedad privada, cualquiera fuera la categoría o finalidades del acto ablatorio, se sujeten a un mismo estatuto constitucional.

En cuanto al pago de la indemnización, podemos advertir que la regla de pago previo e íntegro primó bajo los siglos XIX, gran parte del siglo XX y lo que lleva del siglo XIX. Sólo se habilitó el pago en cuotas entre los años 1963 y 1981, época esta última en que entró en vigencia nuestra actual Constitución.

Por último, fue sólo a partir de la Constitución de 1980 que se limita la reserva legal a la sola habilitación de la causa, proscribiendo la dictación de leyes expropiatorias, opinión esta última que, por lo demás, no parece unánime al interior de la doctrina nacional, pues existen voces que sostiene que el legislador se haya actualmente habilitado para expropiar legalmente.

La potestad expropiatoria en la evolución constitucional chilena

En atención a lo expuesto, la ponencia pretende sostener que el ejercicio de la potestad expropiatoria, bajo la nueva Constitución, queda obligado a respetar, entonces, los principios de indemnización equitativa, íntegra y pagada en forma previa a la expropiación, mediante una actividad estatal controlable judicialmente y sujeta a causales de habilitación calificadas legalmente consistentes en la utilidad pública y el interés social o nacional, los cuales fluyen del derecho internacional de los Derechos Humanos, especialmente en el sistema interamericano, y la construcción evolutiva del derecho de propiedad y su protección fundamental al interior del constitucionalismo chileno.

II. ESTADOS DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL Y NUEVA CONSTITUCIÓN

Iván Obando Camino

(Presentación utilizada en las Jornadas)

Antecedentes históricos

- La regulación constitucional vigente del “derecho de excepción” obedece a una acumulación histórica de normas de distinta procedencia.
- Los estados de excepción se fundaron en la idea de **salvaguardar al Estado y su régimen político (y la paz interior en 1925)**, frente ataques exteriores y conmociones interiores
- Así se advierte en las vagas previsiones de la CPR 1828; CPR 1833; su reforma de 1874; la CPR 1925; y la CPR 1980 reformada luego de 1989.
- La **defensa del régimen político** también ha incluido aquellos de naturaleza autocrática, como se advierte en los decretos leyes constitucionales dictados por la Junta de Gobierno (N° 228/73, 527/74, 1008/75, 1553/76, 1684/77 y 1689/77); la CPR 1980 original, incluida su DT 24.
- Bajo la CPR 1833 y 1925, la regulación constitucional fue complementada – sino expandida- mediante normas legales que expandieron las potestades ejecutivas ordinarias que constituían una suerte de “derecho de necesidad” del Gobierno.
- Fue el caso de la Ordenanza General del Ejército de 1839, la ley de administración interior de 1844; la ley de responsabilidad civil de 1860; la ley de requisiciones de 1891; la ley N° 7.200/42 (creó las “zonas de emergencia”) y su reglamento (DFL N° 24/2.245 del mismo año); las leyes N° 8.837/47, 8.940/48, 8.960/40, 9.261/48; la ley N° 12.927 (crea el “estado de

emergencia”); entre otros, sin dejar de aludir a los decretos leyes dictados bajo el gobierno de Pinochet.

- En los hechos, el “derecho de excepción” fue utilizado para la persecución de la oposición política, como sucedió bajo la CPR 1833, y de actores políticos considerados anti-sistema (anarquistas, comunistas, socialistas, campesinos, sindicalistas, “partidarios del Eje, etc.) bajo la CPR 1833 y 1925.
- La normativa legal complementaria fue aún más funcional a este propósito, pues permitió al Ejecutivo eludir al Congreso Nacional y utilizar en ocasiones el proceso judicial, criminalizando la disidencia, como ha dicho Heiss (2020).
- La **defensa del régimen político** tomó precedencia respecto de la defensa del Estado.
- Leyes de facultades especiales (1828, 1833 y 1925), sitio (1833 y 1874), y asamblea (1925).
- Loveman (1995) dice que aquí se encuentra la conexión con la tradición histórica franco-española, de muy diversa inspiración, en la que los militares son los actores clave o protagonistas que equilibran el sistema político, muchas veces a solicitud de los gobiernos civiles, por lo que las particularidades del derecho de excepción descansan en la relación cívico-militar específica que existe en cada sistema político.
- Con esto no hay una diferencia respecto del resto de las repúblicas latinoamericanas, por lo que la supuesta insularidad chilena deja de ser tal y se inserta en un patrón común a todas ellas.
- También se advierte una vertiente de connotación **administrativa y pragmática**, la que enfatiza la oportunidad de la acción administrativa para enfrentar fenómenos que afectan la continuidad y regularidad de los servicios públicos y la acción del Estado, la que tiene también como participantes a los militares en una relación particular con el poder político.

- Originalmente, se trataba de la “*calamidad pública*” (catástrofes naturales), cuya indeterminación permitió su reinterpretación desde mediados de la década de 1960, para comprender posteriormente la “*conmoción interior*” (paralizaciones de industrias estratégicas), incluyendo así los hechos causados por el ser humano.
- Tenemos la ley N° 13.959/60, dictada con motivo de los terremotos de Concepción y Valdivia, modificatoria de la LSIE y que amplió el “estado de emergencia” a la ocurrencia de una “calamidad pública”; la ley N° 16.282/1965, conocida como “ley de sismos” (Ley N° 7.727/1943).

Antecedentes constitucionales

- La CPR 1980 sistematizó parte de los antecedentes históricos e incluyó tres de los cuatro estados de excepción constitucional previstos en el AC N° 4 (denominados “*estados de emergencia*”), que nunca entró en vigor: **asamblea, sitio y catástrofe**. De hecho, mantuvo los mismos supuestos de procedencia para cada uno de ellos.
- Les agregó el “**estado de emergencia**”, sin derogar las normas legales que hacían referencia a éste, el que procede en “*casos graves de alteración del orden público, daño o peligro para la seguridad nacional, sea por causa de origen interno o externo*”.
- Queda la duda si este estado de excepción se inspiró en ellos o en el proyectado “**estado de defensa contra la subversión**” del AC N° 4, que procedía por “*estado de subversión latente*”.
- Los estados de asamblea, emergencia y catástrofe se declaraban con acuerdo del COSENA, mientras que el estado de sitio se declaraba con acuerdo del Congreso Nacional, pudiendo el P. de la R. aplicarlo provisionalmente con acuerdo del COSENA.

- Podía declararse **simultáneamente** más de un estado de excepción y la afectación de los derechos y garantías era bastante gravosa (incluía la expulsión y prohibición prolongada de ingreso al país), el *habeas corpus* no procedía en estados de asamblea y sitio, y el de protección tampoco en los estados de excepción constitucional.
- Bajo emergencia y catástrofe, las zonas quedaban bajo la dependencia inmediata del Jefe de la Defensa Nacional designado por el Gobierno, con atribuciones y deberes que señalare la ley.
- Había derecho a indemnización de perjuicios por requisiciones de bienes y limitaciones al derecho de propiedad cuando importaren privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio y con ello se causare daño.
- Interesantemente, se autorizaba a una LOC (“podrá”) regular los estados de excepción constitucional y autorizar al P. de la R. para ejercer por sí o por otras autoridades sus atribuciones, “***sin perjuicio de lo establecido en los estados de emergencia y catástrofe***”.
- LRC 18.825/89 modificó parcialmente este estatuto constitucional y clarificó que lo que se afectaba era el ***ejercicio*** de los derechos y garantías.
- Modificó el impacto de los estados de sitio y de emergencia, en cuanto a los derechos que podían ser suspendidos o restringidos en su ejercicio, eliminando la expulsión de personas y la prohibición de ingreso o salida del territorial nacional que existía en el estado de sitio.
- Probablemente, estos estados eran los más susceptibles de ser declarados en el tiempo, dada los supuestos que los hacían procedentes y que decían relación eventualmente con asuntos de orden público.
- La reforma también hizo procedente la interposición de recursos de amparo y protección en los estados de excepción constitucional, bajo condiciones

determinadas y sin que pudieren suspenderse los efectos de las medidas decretadas.

- LRC 20.050/05 condicionó la declaración de los estados de excepción constitucional –que no pueden declararse simultáneamente- a que las situaciones de excepción **“afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado”**.
- Esto es apreciado ahora por el P. de la R. y el Congreso Nacional en el caso de los estados de asamblea y sitio, pudiendo el P. de la R. aplicarlos de inmediato mientras se reúne el Congreso Nacional y se pronuncia en el plazo de 5 días.
- En los estados de asamblea y sitio deben determinarse las zonas afectadas por el estado de excepción (antes era “todo o parte” del territorio nacional)
- Se redujo el plazo máximo del estado de sitio de 90 a 15 días, cuya p Prórroga puede solicitarla el P. de la R.
- Si el estado de sitio se aplicare de inmediato por el P. de la R., sólo puede restringirse el ejercicio del derecho de reunión y las medidas adoptadas pueden ser revisadas ampliamente por los tribunales de justicia (arts. 39 y 45 CPR) mientras no se reúna (“*en tanto no se reúna*”) el Congreso Nacional.
- Los estados de emergencia y catástrofe los declara el P. de la R., determinando la o las zonas afectadas. En el pasado se podía declarar todo o parte del territorio nacional en estado de emergencia.
- La duración del estado de emergencia se reduce de 90 a 15 días, pudiendo prorrogarlo por igual periodo el P. de la R., pero prórrogas sucesivas requieren el acuerdo del Congreso Nacional, en los mismos términos del estado de sitio.

- El estado de catástrofe lo puede declarar el P. de la R. por hasta un año, pudiendo el Congreso Nacional dejarlo sin efecto transcurridos 180 días, contados desde su declaración, si las razones que lo motivaron cesaron “**en forma absoluta**”.
- Para declararlo por sobre un año, se requiere acuerdo del Congreso Nacional, el que se tramita en los mismos términos del estado de sitio.
- Con la declaración de los estados de emergencia y catástrofe, las zonas respectivas quedan bajo la dependencia inmediata del Jefe de la Defensa Nacional que designe el P. de la R, quien asume la dirección y supervigilancia de su jurisdicción con las atribuciones que señale la ley.
- Un dato que llama la atención es que el estado de emergencia procede ahora por “**grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la Nación**”, expresiones que dicen relación, en el primer caso, con la vigencia efectiva de normas de funcionamiento del Estado Constitucional y Democrático y, en el segundo caso, con grave daño para la comunidad nacional (o la Nación), habiéndose eliminado además el “peligro”. Queda la duda si existe una diferencia de grados con respecto a las situaciones que autorizan el estado de emergencia, pero quien las aprecia es el P. de la R.
- La reforma de 2005 limitó considerablemente los derechos y libertades que pueden ser restringidas o suspendidas y estableció una impugnabilidad judicial amplia de las medidas particulares que afecten derechos fundamentales durante los estados de excepción.
- La regulación específica de los estados de excepción constitucional se encomienda a una LOC: regulación, declaración y aplicación de medidas legales y administrativas procedentes → Objetivo: lo estrictamente necesario para el “**restablecimiento de la normalidad constitucional y no podrá**

afectar las competencias y funcionamiento de órganos constitucionales”, ni los derechos e inmunidades de sus titulares.

- Las medidas que se adopten no podrán, “***bajo ninguna circunstancia***”, prolongarse más allá de la vigencia de los respectivos estados de excepción.

Problemas en la práctica

- Desde 1990 a la fecha se ha decretado el estado de catástrofe varias veces para enfrentar calamidades públicas derivadas de hechos de la naturaleza
- Excepcionalmente, se ha decretado el estado de emergencia en 2019 (el “estallido social”) y recientemente con motivo de la situación en la Araucanía (2021).
- No obstante la modificación del estatuto constitucional del “derecho de excepción”, la LOC N° 18.415, dictada en 1985 (¡en pleno apogeo del movimiento de protestas sociales!), sólo fue modificada por la ley N° 18.906 en 1990, sin receptar las restantes modificaciones de 2005.
- El marco legal complementario está desactualizado y todavía contiene referencias a situaciones o institutos que fueron derogados, inclusive recientemente, como por ejemplo en materia de gobierno y administración regional. ¡Ver art. 2°, 5° N° 1 y 8°, por ejemplo)!
- El P. de la R. puede delegar total o parcialmente sus atribuciones y en la mayoría de los casos en jefes militares. Sólo en el caso del estado de sitio se permite su delegación en los intendentes o gobernadores inexistentes, que eran funcionarios de su exclusiva confianza
- Esta amplia participación militar, por vía de delegación o no, puede generar dificultades con las autoridades elegidas popularmente en las zonas respectivas.

- Las delegaciones presidenciales han recaído en funcionarios distintos a los señalados en la LOC N° 18.415; y, en el reciente estado de catástrofe la zona afectada fue todo el territorio nacional.
- No hay una distinción clara entre las atribuciones presidenciales delegadas a los Jefe de la Defensa Nacional, en estados de emergencia y catástrofe, y que les confieren directamente la ley en sus arts. 5° y 7°, como dice Bassa.
- Resulta difícil reconducir medidas específicas a aquellas previstas en los arts. citados y a las atribuciones presidenciales previstas en la CPR. Este es el caso del toque de queda aplicado en estado de emergencia y catástrofe: ¿es suspensión o restricción de la libertad de locomoción; es un control de tránsito, de entrada o de salida de una zona?
- Control parlamentario inexistente, especialmente en relación con la declaración del estado de emergencia y de catástrofe, como consecuencia del diseño constitucional, lo que lleva a que sea el P. de la R. el intérprete exclusivo para determinar la “afectación grave al normal desenvolvimiento de las instituciones” del Estado, que exige el art. 39 CPR.
- Tampoco se exige por la CPR y la ley que la solución de la situación de emergencia exceda del ejercicio de las potestades ordinarias de la Administración; de hecho, las normas que limitan ordinariamente –no extraordinariamente- el ejercicio de derechos siguen aplicándose, como sucedió desde antes de la declaración de catástrofe por la pandemia.
- Sospecha sobre la declaración de ciertos estados de excepción: emergencia en 2019 y 2021; catástrofe en caso de incendios en la Araucanía en 2019; catástrofe por la pandemia en 2020.
- ¿Se pretende involucrar a los militares en actividades de control del orden público? ¿Y porqué en esas zonas y periodos? ¿No se estará criminalizando

la protesta política de sectores desafectados del régimen político? ¿No se estará haciendo campaña electoral en algunos casos?

- Las medidas suelen durar más allá de la vigencia de los estados de excepción, como sucede con medidas administrativas y especialmente con reformas legales *express* aprobadas durante el estallido social de 2019 y durante la pandemia, como bien indican Bassa, Lovera y Valdés.
- En definitiva, cabe preguntarse quién(es) es(son) el(los) árbitro(s) de la política nacional ante situaciones de emergencia que conduzcan a declarar un estado de excepción: ¿es el P. de la R. el Congreso Nacional o los militares?

Una reforma necesaria

- La superación del estado de cosas existente requiere definición previa sobre la relación cívico-militar: debe reducirse la autonomía de los militares para asegurar la vigencia de un Estado Social y Democrático de Derecho.
- Ello supone definir su misión preferentemente por la defensa de la Nación, como comunidad organizada y su subordinación sin ambages al poder político elegido popularmente. Con ello se asegurará su profesionalismo y carácter no deliberativo.
- A partir de lo anterior, se puede comenzar a modificar el derecho de excepción existente.
- Los estados de excepción constitucional sólo debieran declararse cuando el ejercicio de las potestades ordinarias de los poderes públicos, especialmente del Poder Ejecutivo, no permite solucionar la situación de emergencia; en caso contrario, debiera acudir al ejercicio de estas potestades que limitan ordinariamente el ejercicio de los derechos y libertades, dejando las limitaciones extraordinarias para situaciones en que realmente está en juego la defensa del Estado Social y Democrático de Derecho.

- Reducir los estados de excepción a los de asamblea (guerra exterior), sitio (guerra interior y conmoción interior) y catástrofe (calamidad pública), eliminando el estado de emergencia de tan triste recuerdo...
- El ejercicio de la discrecionalidad presidencial para declarar **provisionalmente** el estado de asamblea y sitio debe reducirse mediante un control parlamentario efectivo que se hiciera efectivo **dentro de tercero día**, dadas las virtudes de los medios remotos probados durante la reciente pandemia, para lo cual bastaría una sesión de carácter híbrida del parlamento. El quórum de mayoría de los miembros presentes debiera mantenerse.
- El P. de la R. puede declarar unilateralmente el estado de catástrofe por 30 días, pero para prórrogas sucesivas debe requerir acuerdo del Congreso Nacional, en los términos indicados.
- Declaración unilateral del estado de catástrofe por el P. de la R. debe ser revisable, mediante un procedimiento concentrado, por un órgano jurisdiccional de rango constitucional y autónomo, como podría ser una Corte Constitucional.
- Los estados de excepción constitucional deben ser dejados sin efecto tan pronto cesen las situaciones de emergencia que dieron origen a ellos; sin embargo:
- El Congreso Nacional pondría término al estado de asamblea, en cualquier momento, declarado o constatado el cese de las hostilidades;
- El estado de sitio no debiera prolongarse por más de 15 días, sin perjuicio que el P. de la R. solicite su prórroga por igual término al Congreso Nacional; con todo, el Congreso Nacional podría poner término al estado de sitio, declarado por **conmoción interior**, en cualquier momento, por mayoría de los miembros en ejercicio.

- El Congreso Nacional pondría término al estado de catástrofe tras una segunda prórroga, en cualquier momento, por mayoría de sus miembros en ejercicio.
- Las medidas administrativas adoptadas en ejercicio de potestades jurídicas, conferidas por el derecho de excepción, deben cesar en sus efectos tan pronto se ponga término al estado de excepción.
- El Gobierno debe rendir cuentas de las medidas adoptadas durante la vigencia de cualquier estado de excepción constitucional, especialmente de sus efectos y resultados obtenidos, ante el Congreso Nacional.
- Declarado un estado de excepción constitucional, el Presidente de la República ejerce sus atribuciones directa y responsablemente o por medio de sus delegados en la o las zonas afectadas, estándole subordinada la Administración civil y militar. Los delegados deberán coordinar la acción de los servicios públicos centrales con las autoridades regionales y locales.
- Control jurisdiccional de las medidas administrativas: récord muestra un patrón de deferencia judicial al Poder Ejecutivo en Chile (y especialmente en Estados Unidos). Puede depender de la estructura del gobierno judicial En tiempo de emergencia, los tribunales ordinarios suelen no ser baluartes de la defensa de los derechos y libertades.
- ¿Debiera establecer, en su lugar, un amparo directo a una Corte Constitucional o diversos recursos para ante la jurisdicción ordinaria y la constitucional, dependiendo del derecho afectado?
- Por último, debiera establecerse un régimen jurídico especial, de configuración legal, para hacer efectiva la responsabilidad del Estado en sus diversas vertientes como juzgador, legislador y administrador, aparte de las hipótesis de responsabilidad patrimonial por las requisiciones de bienes, pudiendo tener un carácter administrativo y no judicial.

III. ROL DEL ESTADO Y CIUDAD

Paola Tapia Salas¹

La discusión de ciudad y espacio público y el rol que en ellas debe tener el Estado, debe ser abordado en la nueva Constitución, para construir las bases sobre las cuales disminuir la segregación territorial, económica, social y cultural. Para integrar con cohesión social la diversidad, promoviendo la convivencia en las ciudades, con especial énfasis en la vulnerabilidad, se requiere una mayor intervención del Estado.

En el mismo sentido no podemos soslayar que la crisis que dio origen al estallido social en nuestro país tuvo su génesis, precisamente en un tema de ciudad, como es el aumento de la tarifa del transporte público y así, no han sido pocos los países en que éstas mismas razones han generado y motivado crisis políticas, como la propia “revolución pingüina”, en que en nuestro país se otorga el uso del pase escolar y de educación superior, las 24 horas del día los siete días de la semana. La historia también tiene varios episodios similares como la “Revolución de la chaucha” en 1949, que dio origen a una serie de protestas por el aumento de la tarifa en el transporte público, que se estima generó las bases para la posterior creación de la Central Única de Trabajadores.

La inequidad tiene claramente diversas formas no sólo desde el territorio sino también desde la regulación jurídica, como cuando regulamos o más bien desregulamos el modo de transporte público, siendo Chile una sociedad que reconocidamente privilegia el uso del automóvil en desmedro del transporte masivo, colectivo, sostenible, incluso como el transporte público.

La movilidad y la accesibilidad, marca el acceso a bienes y servicios públicos, de ahí su importancia, no sólo en cuanto a la cobertura y valor, sino también a su

¹ Magíster en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Directora de Derecho, Facultad de Derecho y Humanidades. Docente de Derecho Administrativo y Constitucional.

calidad. En este sentido, el acceso a salud, educación, empleo, vivienda, protección social, seguridad, medioambiente, cultura, y áreas verdes, está fuertemente marcado por el lugar de residencia de una persona, más aún si esa persona es una mujer, una adulta mayor o migrante, por señalar sólo algunos ejemplos.

Considerando lo anterior, el desafío de construir una nueva Constitución, debe reconocer entonces que necesitamos un Estado no regulador y fiscalizador, - tareas que por lo demás no todos los gobiernos asumen con el mismo énfasis- sino también y porque no, un prestador de este servicio esencial.

Lo anterior forma parte de las exigencias de mayor intervención del Estado, para generar una reconfiguración de las relaciones sociales en la ciudad, en base a la igualdad. En efecto, el uso del espacio público y la movilidad repercuten directamente en otra serie de derechos fundamentales tales como la seguridad, la participación y asociación, la libertad de expresión e información, de reunión y manifestación, como otros tantos, que deben estar presentes en el estudio y debate de la Constitución que se genera en torno a las ciudades.

Surge así el derecho a la ciudad, como una articulación compleja y dinámica, que requiere integrar y reivindicar los derechos humanos en el territorio, en los que el Estado y los gobiernos deben ejercer con mayor énfasis sus obligaciones y responsabilidades.

El derecho a la ciudad se estableció en la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad del año 2005, que fue concebida como un instrumento destinado precisamente a fortalecer los procesos, reivindicaciones y luchas urbanas. En el mismo sentido busca la consagración de este derecho para promover con mayor énfasis su implementación, regulación y puesta en práctica.

El Derecho a la ciudad obliga al Estado y a cualquier persona a no discriminar en ella, a preservar su memoria e identidad cultural, consagrando los principios de sustentabilidad, democracia, equidad y justicia social.

Se trata entonces de un derecho colectivo, estructurado para proteger especialmente a las personas más vulnerables en la búsqueda del pleno ejercicio del derecho a la libre autodeterminación y un nivel de vida adecuado.

Así también el derecho a la ciudad ha sido abordado en otra serie de instancias internacionales tales como la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas y la Cumbre del Milenio y el proyecto de la Carta de los Derechos Humanos Emergentes en el Mundo Globalizado, Foro Social de las Américas, entre otros.

En esta nueva visión del Derecho a la ciudad el Estado debe jugar un rol activo garantizando el derecho a un hábitat seguro y saludable, al pleno disfrute pleno de la ciudad y de sus espacios públicos.

En concreto, el Estado debe participar en la plusvalía que genere sus distintos grados de intervención en la ciudad como la construcción de una línea de metro, regular con mayor énfasis en la función social, la utilización no sólo del suelo, sino también del espacio aéreo para su uso en post del bien común.

Su función debe comprender no sólo el desarrollo de infraestructura, sino una movilidad segura, accesibilidad, eficiencia, sostenibilidad, calidad, inclusión e igualdad.

La conceptualización del transporte como servicio público comprende las prestaciones realizadas por la administración pública, activa, directa o indirectamente para la satisfacción de necesidades colectivas, pudiendo el Estado no sólo autorizar o reglamentar la actividad.

El servicio de transporte cubre en términos genéricos una necesidad pública, trasladarse de un lugar a otro. Esta necesidad pública de traslado tiene un carácter colectivo. Este interés colectivo está también asociado a una serie de intereses particulares, que el usuario y usuaria busca satisfacer en específico a través del desplazamiento en este medio de transporte. En consecuencia, apreciamos en la

relación usuario y usuaria y, servicio público, tiene una doble dimensión. Por un lado una dimensión pública y por la otra una privada. La dimensión pública que tiene el usuario/a y la administración a quien corresponde garantizar la prestación de los servicios calificados como de interés general, y en particular, las obligaciones de servicio público. Dicha administración tendrá potestades de organización, vigilancia, control y eventualmente de prestación de servicios, directamente autorizadas desde la propia Constitución, atendido el carácter público y esencial de este y otros servicios.

La existencia de un mercado de transporte menos regulados; o de la aplicación de principios que entregan preeminencia a los arreglos de mercado - Estado subsidiario, o mínima intervención de la autoridad-; claramente han quedado superadas por una necesidad de mayor intervención que requiere tener su consagración constitucional para ajustarlas a las nuevas realidades que van surgiendo a propósito de los cambios en el transporte y desde la finalidad pública insoslayable, que el Estado debe satisfacer a una creciente parte de la población.

No basta de esta forma, ejercer una actividad de fomento, en que el Estado subsidia el transporte público, sino que debe participar en forma más efectiva por ejemplo constituyendo empresas modelo, que permitan conocer con certeza los costos del sistema, el manejo de su operación y buscar establecer los parámetros de un sistema eficiente. Asimismo, se debe contemplar la innovación y uso de tecnologías como eje central de la participación del Estado y de los particulares que presten servicios.

Todo lo anterior, debe estar en armonía con el desarrollo productivo compatible con la calidad ambiental, el uso de tecnologías no contaminantes.

Las personas requieren que el estado garantice el acceso a una movilidad sustentable, que debe ser consagrado en forma amplia e integrada en la Constitución con el derecho a la ciudad y al espacio público.

Conforme indicaba Lefebvre, se debe considerar como derecho básico de las personas el derecho a la ciudad, que otorga una garantía para vivir en territorios dotados de espacios públicos adecuados para la sana convivencia, el desarrollo tanto individual como colectivo, así como la cohesión social y la identidad cultural. Lo anterior, facilita y posibilita la utilización del tiempo, permitiendo la posibilidad de usar plenamente los momentos y lugares.

Así también será posible lograr que Chile tenga una democracia más representativa y participativa, con pleno disfrute, respeto y promoción de los derechos que la sociedad debe garantizar en forma igualitaria.

El derecho a la ciudad es así un derecho colectivo que permite el desarrollo equitativo sustentado en los principios de sustentabilidad, igualdad y justicia social, considerando el desarrollo individual y las necesidades de grupos que deben ser priorizados como las adultas y adultos mayores, los y las niñas, personas en realización de las personas, a partir del derecho a la vivienda, a la infraestructura y servicios públicos de calidad y accesibles, sobre los principios de sustentabilidad, inclusión, participación y seguridad.

El Estado debe propender a que la infraestructura y servicios asociados a la ciudad, sean planificados a nivel regional y local, garantizando una movilidad accesible, integrada, de calidad y eficiente, fomentando el uso de la innovación y tecnología, privilegiando el uso del transporte sustentable y resguardando la convivencia vial.

En definitiva, el Estado tiene el deber de reconfigurar las relaciones sociales en el espacio público como igualitarias e integradoras, con mayor autonomía e igualdad para todas y todos.

Asimismo, debemos fortalecer un Estado de bienestar biocéntrico que conserve y proteja la biodiversidad que permita contrarrestar actividades monopólicas y extractivistas sin control; un Estado que participe en empresas de

servicios públicos esenciales; que promueva la ciencia y el desarrollo de una industria tecnológica local que nos ponga a la vanguardia; que posea servicios públicos de calidad y eficientes y que sea capaz de garantizar derechos, superar brechas, eliminar toda forma de discriminar y segregar.

IV. CONCURSABILIDAD ANTE LOS BIENES PÚBLICOS

Jaime Arancibia Mattar

El objeto de este trabajo es proponer el reconocimiento constitucional del debido concurso o principio de concursabilidad ante los bienes públicos.

Así como existe la garantía del “debido proceso” decisonal, debería existir un “debido concurso” ante los bienes públicos. Su principal sustento dogmático es la justicia distributiva que exige la igualdad de trato de los integrantes de la comunidad ante el Estado. El debido concurso permite asegurar una selección basada en criterios de objetividad, igualdad, mérito, transparencia, publicidad y restricción de la discrecionalidad. Si bien la Constitución vigente reconoce algunos elementos, su falta de precisión determina que los silencios legislativos sobre la materia puedan ser interpretados de modo arbitrario. Por lo mismo, el principio de concursabilidad ante los bienes públicos debería ser una de las innovaciones de la nueva Constitución.

Una tradición constitucional sana exige aprender de los errores y omisiones del pasado. Entre los nuestros destaca la tendencia a premiar la lealtad, cercanía o provecho propio por sobre el mérito o la necesidad a la hora de distribuir lo que pertenece a todos. Me refiero Neruda denunciando en su *Canto General* el intento del inglés North de obtener concesiones salitreras mediante regalos a Balmaceda, que éste rechazó ejemplarmente. Es la crítica de Huidobro en su *Balance Patriótico* a la contratación “a costillas del Fisco” de las conquistas amorosas de los gobernantes, precedida de la pregunta “¿y el mérito, en dónde está el mérito?” Es el *Discurso del Buen Ladrón* relatado por Parra: “Acuérdate de mí cuando estés en tu reino. Nómbrame...”. Es la razón, en fin, del desprestigio de algunas instituciones ante la ciudadanía.

Detengámonos un momento en las leyes sobre contratos con el Estado, autorizaciones o concesiones monopólicas, designación de autoridades centrales o

autónomas, acceso a cargos de elección popular, o relativas a fondos y subsidios públicos, entre otras. ¿Es la concursabilidad la regla general en ellas? Y en caso de serlo, ¿gozan sus procedimientos de elección o adjudicación de las garantías inherentes a todo concurso? En la mayoría de los casos, la respuesta sería: sólo parcialmente. Así lo atestigua también la jurisprudencia. Por lo mismo, parece conveniente reformar estos criterios a nivel constitucional.

Concursabilidad ex ante (adjudicación)

El problema de la falta de concursabilidad o de sus atributos inherentes se observa en varios casos de adjudicación de bienes públicos.

En materia de funcionarios, por ejemplo, la administración pública se ve desbordada de cargos a contrata o a honorarios designados directamente en la mayoría de los casos. La rotación masiva este personal luego de cada elección popular permite dudar de su justificación por razones estrictas de mérito o buen servicio.

De otro lado, la concursabilidad de los contratos administrativos es reconocida apenas en un artículo de la Ley Nº 18.575, de Bases de la Administración del Estado, y desarrollada legalmente sólo para ciertos contratos nominados. Además, las causales de licitación privada o trato directo son interpretadas en términos bastante amplios, sobre todo en casos de concursos declarados desiertos, término anticipado de contrato por causas extra-legales, situaciones de urgencia, emergencia o imprevisto, o ante la existencia de un proveedor único o la necesidad de uno “confiable” o “seguro”.

En cuanto a la concursabilidad de actos autorizatorios, es preciso evitar la configuración de un régimen de mero licenciamiento sujeto a únicamente a subasta monetaria, pues puede dar origen a una relación leonina entre el Estado, que recauda sin compartir el riesgo financiero de la actividad, a diferencia de cuando es contratante respetuoso de la ecuación financiera de la concesión, y el particular, que compromete anticipadamente un pago fijo a todo evento. Este modelo de

autorización ofrece incentivos indeseables a los postulantes entrantes o incumbentes, pues podrían verse tentados a sacrificar la inversión en prevención de riesgos con tal de mejorar el compromiso económico con el Estado. De esta forma, el legislador faltaría a su deber de promover el bien común integral en relación a la actividad que regula, privilegiando el aporte económico por sobre los criterios de fe pública y salud, entre otros. En este sentido, Edward Glaeser, profesor de Economía de Harvard ha señalado en materia de autorizaciones para casinos de juego que “no quisiéramos sólo recompensar al oferente más alto. Queremos más que sólo recaudación de nuestros casinos, como inversiones de capital y sensibilidad hacia nuestras comunidades”.

A este respecto, la Contraloría General de la República ha sostenido que las actuaciones tendientes a otorgar una concesión de casinos con el sólo objetivo de obtener mayores recaudaciones para la Municipalidad no resulta concordante con el principio de racionalidad, *“toda vez que las decisiones de la Administración deben ser debidamente motivadas, sin que constituya suficiente fundamento la circunstancia de percibir el municipio recursos económicos por la sola celebración del contrato respectivo, ya que se desentiende de todas las consideraciones de hecho y de derecho que existan en esa época y que pudieran ser relevantes en el otorgamiento de la concesión para los efectos del eficiente cumplimiento de las funciones municipales”* (Dictamen 30.318 de 2004). En igual sentido, el ente contralor ha señalado que el interés en la recaudación económica *“no garantiza que la municipalidad circunscriba su pronunciamiento sólo al impacto y efectos que el proyecto postulado haya de provocar en el desarrollo de la comuna, particularmente desde las perspectivas social, económica y turística”* (Dictamen 39.165 de 2005).

A nuestro entender, la lógica de estos pronunciamientos resulta aplicable a cualquier licitación de acto autorizatorio.

En materia de renovación de actos adjudicatorios, es preciso detenerse en el derecho preferente del operador vigente a continuar con su actividad, sobre todo en

materia de actos autorizatorios. Particularmente, conviene revisar los criterios para hacer valer dicha preferencia. En algunos casos por ejemplo, se suele proponer la mera igualación de la oferta económica o técnica de un competidor entrante. Sin embargo, soluciones de este tipo a veces adolecen de escasa aplicación en la práctica. Por tratarse de una competencia que se dirime en razón de una oferta económica, bastaría la diferencia de un peso para descartar el escenario de empate entre tales operadores. Para salvar esta dificultad en casos donde el concurso se dirime por la oferta económica, se propone basar la preferencia en una igualación de *rangos* de precio más que en una cifra exacta. De esta forma, se aseguraría un mayor equilibrio entre la igualdad de los postulantes y la necesidad de reconocer los méritos del operador vigente.

Al respecto, cabe señalar que el derecho comparado ha reconocido las expectativas legítimas del operador respetuoso de la ley a obtener la renovación de su permiso. Ésta se concreta en una garantía de real alcance y no en la mera posibilidad de alcanzar un empate eventual. Así, por ejemplo, la jurisprudencia de Estados Unidos sobre permisos de radio y televisión reconoció tempranamente el derecho preferente del operador vigente y diligente a renovar el permiso como una forma adecuada de ponderar los valores de interés público y estabilidad de la industria. Posteriormente, este derecho fue reconocido en la *Federal Communications Commission Act* de 1996 (Sec. 204) en términos absolutos. Es decir, sólo se llama a concurso para renovar la licencia en caso de que el operador vigente no haya cumplido con los estándares de renovación. En este caso, el operador puede particular igualmente en el concurso.

Concursabilidad ex post (adjudicación)

Por otra parte, todo incumplimiento de deberes relevantes contenidos en las bases de licitación por parte del adjudicatario de un beneficio público constituye una modificación tácita de las reglas del concurso que, de no ser sancionada o resarcida, privilegia injustificadamente al adjudicatario *vis-á-vis* el resto de los oferentes. En

otras palabras, el adjudicatario de un concurso que incumple los términos de su oferta ganadora, según lo exigido por las bases, adquiere la ventaja arbitraria de regirse por un estatuto “a la medida” desconocido por aquellos que ofertaron bajo otras condiciones. Ellos podrían haber presentado ofertas diferentes de saber que, en la práctica, uno de los deberes iba a variar durante la etapa de ejecución del contrato o actividad autorizada.

En igual sentido, la sola existencia de un error sustancial en las bases de licitación, hace suponer que su corrección podría alterar el objeto del adjudicado en términos tales que sería necesaria una nueva licitación para resguardar el principio de igualdad de los oferentes con respecto a las reglas del concurso. Semejante modificación afecta incluso el derecho de los oferentes potenciales que declinaron participar en la licitación por las condiciones originales ofrecidas y no por las que podrían resultar de una modificación sustancial de las reglas del concurso.

En Chile, por regla general, las modificaciones válidas a las bases de licitación *ex post* cuya entidad sería discriminatoria son aquellas que superan umbrales *de minimis* de variabilidad presupuestaria. Por ejemplo, en contratos de suministro o de prestación de servicios, el Reglamento de la Ley N° 19.8864 dispone que la modificación del contrato *ex post* por acuerdo de las partes u otras que establezcan las leyes “deberá encontrarse prevista en las bases de la licitación. En tal caso, no podrá alterarse la aplicación de los principios de estricta sujeción a las bases y de igualdad de los oferentes, así como tampoco podrá aumentarse el monto del contrato más allá de un 30 % del monto originalmente pactado” (art 77 inciso final, la cursiva es nuestra).

Asimismo, en obra pública a suma alzada, el Reglamento respectivo dispone que “[el] monto total de las [nuevas] obras que se ejecutan en base a lo señalado en este artículo, no podrá superar el 30% del valor del contrato inicial” (art. 105 inciso 4°). Además, el monto total de los aumentos efectivos de un contrato “no

podrán sobrepasar, en su conjunto, el 35% del monto inicial del contrato, contabilizando las disminuciones convenidas” (art. 106).

Sin embargo, estos criterios de umbrales *de minimis* no están presentes en todas las reglas concursales, razón por la cual se hace necesario reconocerlos de un modo más genérico. Lo anterior es consistente con la jurisprudencia europea. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Justicia ha declarado que: “En principio, no es posible introducir una modificación sustancial en un contrato público ya adjudicado mediante una negociación directa entre el poder adjudicador y el adjudicatario, pues ello requiere un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato así modificado...”.

Sin perjuicio de lo anterior, la modificación podría ser válida, pese a ser sustancial, cuando el hecho que motiva el cambio habría afectado al resto de los oferentes del mismo modo que afectó al adjudicatario. Al respecto, la Contraloría General de la República ha declarado que, para incurrir en discriminación arbitraria de oferentes, el hecho que motiva el cambio de licitación no puede ser uno que “habría afectado de la misma forma a cualquiera que hubiese sido el contratista”.

En igual sentido la Comisión Europea consideró que la variación negociada del contrato para modernizar el metro de Londres con posterioridad a la adjudicación no discriminaba arbitrariamente al resto de los oferentes porque “*the final results of the process (including the elements negotiated after the selection of the bidders) would not have changed the outcome of the tendering procedure*”.

Finalmente, dado que la modificación de las bases de licitación con posterioridad a la adjudicación es una excepción al principio general de invariabilidad de las reglas del concurso para asegurar la igualdad de los oferentes, la Corte Europea de Justicia ha declarado que “*la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien quiera beneficiarse de ellas*”.

Propuesta

La propuesta de elevar el principio de concursabilidad ante los bienes públicos a rango constitucional no es tan ingenua como para pensar que pondrá fin a las inclinaciones menos concursales de la cultura nacional. De hecho, este principio es infringido pese a contar con cierto “anclaje” en las normas constitucionales vigentes sobre igualdad ante la ley y el Estado en materia funcional o económica (art. 19 números 2, 19, y 22). Sin embargo, a mayor claridad normativa, menor espacio para la discrecionalidad o silencio legal. Por eso que soy partidario de consagrar constitucionalmente este principio y sus garantías inherentes.

Mi propuesta de texto sería la siguiente: “La Constitución asegura a todas las personas: La admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes. La Constitución garantiza la concursabilidad en el acceso a los cargos y contratos públicos, así como los principios de estricta sujeción a la normativa, igualdad, imparcialidad y probidad que la rigen”.