



2020

**REPÚBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

---

**Sentencia**

**Rol 7587-19-INA**

[25 de junio de 2020]

---

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 79, INCISOS PRIMERO Y FINAL, Y 74, INCISO FINAL, DE DECRETO LEY N° 1.094, DE 1975, QUE “ESTABLECE NORMAS SOBRE EXTRANJEROS EN CHILE”.

BLANCO Y NEGRO S.A.

EN LA CAUSA SOBRE RECURSO DE PROTECCIÓN CARATULADA “BLANCO Y NEGRO S.A. CONTRA BELLOLIO”, DE QUE CONOCE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, BAJO EL ROL INGRESO CORTE PROTECCIÓN N° 41.868-2019.

**VISTOS:**

**Introducción**

A fojas 1, con fecha 9 de octubre de 2019, Blanco y Negro S.A. deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 79, incisos primero y final, y 74, inciso final, de Decreto Ley N° 1.094, de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile, para que surta efecto en la causa sobre recurso de protección caratulada “Blanco y Negro S.A. contra Bellolio”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol Ingreso Corte Protección N° 41.868-2019.

**Preceptos legales cuya aplicación se impugna**

Los preceptos legales impugnados disponen:

- **Artículo 79, inciso primero:**



*Las multas y amonestaciones establecidas en el presente decreto ley se aplicarán mediante resolución administrativa, con el solo mérito de los antecedentes que las justifiquen, debiéndose, siempre que ello sea posible, oír al afectado.*

- **Artículo 79, inciso final:**

*Será requisito previo para la interposición del recurso que el afectado deposite, cuando corresponda el 50% del importe de la multa, mediante vale vista tomado a la orden del Ministerio del Interior.*

- **Artículo 74, inciso final:**

*La infracción a lo dispuesto en este artículo será sancionada con multas de 1 a 50 sueldos vitales por cada infracción.*

### **Antecedentes y síntesis de la gestión pendiente**

Explica el requirente que, por resolución exenta N° 50845, de 21 de febrero de 2019, el Departamento de Extranjería y Migración le cursó una multa de 401,04 Ingresos Mínimos No Remuneracionales, equivalentes a \$74.504.412, sobre la base de la supuesta infracción al Reglamento de Extranjería, al haber dado trabajo a los extranjeros del plantel de fútbol profesional argentino Estudiantes de La Plata sin contar con las autorizaciones respectivas.

Agrega la actora que la participación de los jugadores del equipo extranjero ocurrió en el marco de la denominada "Noche Alba", en que el equipo Colo-Colo disputa un partido amistoso generalmente con un club extranjero invitado. Así, los jugadores extranjeros no estuvieron más de 36 horas en territorio nacional y, por expresa disposición de la normativa deportiva, no pueden ni podían contar con un contrato de trabajo con la sociedad Blanco y Negro S.A., puesto su relación contractual es con el equipo argentino. En esas circunstancias, Blanco y Negro recurrió de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, por estimar ilegal y arbitraria la resolución sancionatoria de Extranjería.

### **Conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal**

En cuanto al conflicto constitucional que se plantea ante esta Magistratura, en primer término, la actora señala que la aplicación del artículo artículos 79, incisos primero y final, del DL, en cuanto disponen que las multas establecidas en el presente Decreto Ley se aplicarán mediante resolución administrativa, con el solo mérito de los antecedentes que las justifiquen, debiéndose, siempre que ello sea posible, oír al afectado; y que para interponer recurso de reconsideración ante el Intendente Regional, será requisito previo que el afectado deposite el 50% de la multa, mediante vale vista tomado a la orden del Ministerio del Interior, vulneran las garantías mínimas del debido proceso y afectan el principio de igualdad ante la ley y el derecho de propiedad de la actora, dando por vulnerado así el artículo 19 constitucional en sus numerales 2, 3, 24 y 26.



Señala que no fue notificada ni oída en el procedimiento administrativo sancionador, no obstante que el precepto así lo dispone de ser posible, y que, para poder interponer el recurso administrativo de reconsideración debe pagar más de \$37.000.000, lo que conculca su derecho a defensa, y el derecho a la bilateralidad de la audiencia, pues opera el solve et repete para recién poder ser oída y defenderse, en circunstancias que esta Magistratura Constitucional en reiteradas oportunidades ha declarado que el solve et repete atenta contra la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. En fin se afecta en su esencia por el artículo 79 el derecho a la tutela judicial efectiva.

Asimismo, el impugnado artículo 74, inciso final, en cuanto preceptúa que la infracción a la prohibición de dar ocupación a extranjeros que no estén autorizados para trabajar en Chile, será sancionada con multas de 1 a 50 sueldos vitales por cada infracción, infringe los principios de legalidad y proporcionalidad de la sanción, desde que se contempla una multa sin criterios de objetivos de graduación, quedando a la arbitrariedad de la Administración del Estado la fijación de su monto. Se indica que, en este caso, la multa cursada corresponde al máximo posible, y equivale a una infracción de más de 376 días, por una estadía de 36 horas en Chile del plantel extranjero, lo que deja de manifiesto la desproporción anotada, así como la vulneración del artículo 19 constitucional en sus numerales 2 y 3.

#### **Admisión a trámite, admisibilidad y observaciones de fondo al requerimiento**

La causa fue admitida a trámite y declarada admisible por la Primera Sala de este Tribunal Constitucional (fojas 58 y 63).

Se hizo parte y formuló oportunamente observaciones sobre el fondo el Consejo de Defensa del Estado, en representación del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, instando por el rechazo del requerimiento.

#### **Observaciones del Consejo de Defensa del Estado**

En su presentación de fojas 71 y siguientes, el Consejo de Defensa solicita el rechazo del requerimiento en todas sus partes, aduciendo que en conformidad al mismo DL 1094 y su Reglamento, corresponde al Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior aplicar las sanciones administrativas por infracción a las normas de extranjería, órgano que por tanto ha actuado en el marco de la ley y sus competencias.

Agrega que, en el caso de la “Noche Alba” no se trataba de un evento de competencia deportiva, caso en que hay exención en la obligación de solicitar autorización de trabajo, sino de un espectáculo comercial, siendo así procedente la sanción aplicada.

Y añade que la normativa aplicable no exige oír al afectado, siendo ello una facultad de la Administración, que puede aplicar la multa con el solo mérito de los antecedentes.



Además, se indica por el Consejo de Defensa del Estado que no se puede interpretar el debido proceso como pretende la requirente, pues nos encontramos en el marco de un procedimiento administrativo, y no judicial. En el mismo sentido, siendo la obligación de consignar el 50% de la multa, un requisito para la reconsideración administrativa, no puede estimarse que el solve et repete afecta el derecho de acceso a la justicia, pues no es un requisito para acceder al juez, ni impide por tanto la tutela judicial.

Por otra parte, no se infringe la igualdad en el ejercicio de los derechos, ni existe discriminación ni arbitrariedad, desde que a todos los infractores se les aplica la sanción.

En fin, no se ven amagados los principios de legalidad ni de proporcionalidad en la especie, pues es permitido constitucionalmente que la autoridad fije discrecionalmente el monto de la multa, dentro de los parámetros mínimos y máximos fijados en la ley.

#### **Vista de la causa y acuerdo**

Traídos los autos en relación, en audiencia de Pleno del día 18 de diciembre de 2019, se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos certificados por el Relator. Con fecha 23 de diciembre de 2019 se adoptó el acuerdo, quedando la causa en estado de sentencia (certificado a fojas 111).

#### **Y CONSIDERANDO:**

#### **CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD**

**PRIMERO:** Que, en este caso, se cuestionan normas relativas a la potestad punitiva que el Decreto Ley N° 1.094, de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile, radica en el Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

Por una parte, se impugna el artículo 74, inciso final, por carecer del espesor jurídico suficiente como para evitar una desproporción en el castigo, al señalar -sin más- que la infracción de que allí trata “será sancionada con multas de 1 a 50 sueldos vitales por cada infracción”. Asimismo se objeta el artículo 79, inciso primero, por el hecho de que las sanciones administrativas que indica puedan imponerse “con el solo mérito de los antecedentes que las justifiquen, debiéndose, siempre que ello sea posible, oír al afectado”. Por último, se cuestiona el artículo 79, inciso final, el cual impone que, previo a deducir un recurso administrativo, el reclamante ha de depositar “el 50% del importe de la multa”.



El requerimiento hace recaer la contrariedad de dichos preceptos legales, con lo prescrito en el artículo 19, N°s 2, 3, 24 y 26 de la Constitución Política de la República;

**SEGUNDO:** Que el caso se suscita puesto que el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior, a través de la Resolución N° 50.845, sancionó a la requirente Blanco y Negro S.A. con una multa ascendente a 401,04 Ingresos Mínimos Remuneracionales (\$74.504.412). Teniendo tal pena como antecedente el hecho de que la requirente habría empleado a un grupo de extranjeros, no obstante tratarse de un evento conmemorativo único y determinado, sin contar con las autorizaciones legales, conforme lo habría acreditado así un informe de la policía.

En el mismo acto sancionador aparece que el órgano administrativo emisor comunicó a la requirente su derecho a interponer un recurso de reconsideración, dentro del plazo de diez días hábiles, pero subordinándolo a la necesidad de presentar un vale vista por el 50% del valor de la multa (fs. 43).

Como se puede vislumbrar, convergen en este caso dos cuestiones de constitucionalidad. Una, es la relativa al modo en que las leyes administrativas y sus actos de aplicación deben materializar el principio de proporcionalidad punitiva. La otra, concierne al racional y justo procedimiento que siempre ha de tener lugar, antes de que pueda aplicarse cualquier sanción, especialmente en lo referente a los principios de contradictoriedad y de impugnación que lo deben informar;

**TERCERO:** Que, a estos respectos, es dable tener presente que la jurisprudencia de esta Magistratura ha puntualizado que las sanciones administrativas deben cumplir dos tipos de garantías. Por una parte, aludiendo a los resguardos sustantivos, especialmente cuando se vinculan al imperativo de dar a cada uno lo suyo según su situación, ha señalado que los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución, han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado (STC Roles N°s 294-1996; 479-2006; 480-2006; 1413-2010; 1518-2010; 2381-2013; 5018-2019, y 6250-2019).

Por otra parte, ha establecido que deben satisfacer las salvaguardas vinculadas al derecho a un procedimiento justo y racional. Específicamente, este Tribunal, connotando el rico contenido del artículo 19 N° 3, inciso sexto, de la Carta Fundamental, ha hecho exigible al legislador establecer un procedimiento que permita al afectado una adecuada defensa de sus derechos, en sede administrativa, en forma previa a la imposición de alguna de las sanciones que contempla la ley, dándole la posibilidad de defenderse de los cargos que la autoridad le formule, y de reclamar la sanción impuesta en sede judicial (STC Rol N° 389-2003 y 2682-2014).



Estos derechos constituyen obligaciones para el legislador, puesto que al tener su fuente en la Constitución, a éste no le es posible sustraerse de ellas sin vulnerar el artículo 6° de la misma, según enseguida se explicará;

### PROPORCIONALIDAD

**CUARTO:** Que este Tribunal Constitucional se ha manifestado en numerosas oportunidades en favor del principio de proporcionalidad, entendiéndolo como la debida relación de equivalencia entre ilícitos y penas. De acuerdo a lo expresado en STC Roles N°s 5018-2018 y 6250-2019, la exigencia de un equilibrio entre el castigo impuesto y la conducta imputada, se extiende -como garantía- desde el campo penal a todo el orden punitivo estatal. Haciendo notar, además, que las garantías, como la proporcionalidad, vienen a materializar tanto el derecho constitucional de igualdad ante la ley (artículo 19, N° 2), cuanto aquella garantía que encauza la protección de los derechos del encartado en un procedimiento justo y racional (artículo 19, N° 3).

De allí que este Tribunal haya valorado que una ley clasifique las infracciones a su normativa en gravísimas, graves y leves, con un correlativo margen de castigos, además de establecer aquellos criterios o factores que la autoridad debe considerar al momento de seleccionar la concreta sanción atribuida (STC Rol N° 2264-2012, considerandos 18° y 19°, y Rol N° 2658-2014, considerandos 7° a 12°);

**QUINTO:** Que, al tenor de esta jurisprudencia constitucional, el principio de proporcionalidad es materia primeramente de la ley, para luego ser objeto del consiguiente acto singular que aplica la respectiva sanción. Así lo hace el legislador, al establecer la acción infractora y las penas correlativas, y asimismo cuando considera la relevancia del bien jurídico protegido e incorpora determinados cuadros con márgenes mínimos y máximos de punición, dentro de los cuales el órgano de ejecución podrá juzgar y seleccionar la pertinente pena individual, acorde con ciertos criterios de graduación indicados en la ley.

Tales marcos y criterios están llamados a operar como límites a la discrecionalidad del órgano de aplicación, aunque sin eliminar la flexibilidad que amerita la adopción de una decisión esencialmente particular.

Por último, es pertinente, además, vincular los principios de legalidad y de tipicidad con el de proporcionalidad, dado que los dos primeros establecen que la infracción debe describirse en la ley con un grado de completitud tal, que la sanción con que se amenaza la realización de la conducta descrita, sea una consecuencia equivalente a la infracción que se busca prohibir;

**SEXTO:** Que, traído lo anterior a este caso, permite advertir que el impugnado artículo 74, inciso final, del DL N° 1.094, no satisface las garantías mínimas que este Tribunal ha establecido para sancionar válidamente una conducta infraccional, desde que su texto no cumple con establecer un marco adecuado para que el órgano





sancionador, y en definitiva el juez, puedan imponer una sanción que se relacione en justa medida con la infracción.

Se revela esta inconstitucionalidad, al comprobar -en primer término- que la norma cuestionada no considera ni siquiera la gravedad de la infracción para modular la cuantía de la multa que dispone, ya que no especifica límites dentro de los cuales la multa pueda aplicarse en relación a precisas conductas, de carácter más o menos graves. De igual modo, es indicativo de la inconstitucionalidad de la norma, la inexistencia de otros criterios o parámetros de graduación, a partir de los cuales la Administración o los Tribunales de Justicia puedan, dentro de cada margen o marco punitivo previamente fijados, morigerar o agravar la concreta sanción al infractor.

Lo anterior consuma en el acto administrativo sancionador, al observarse -en segundo término- que éste no aporta motivos que lo llevan a adjudicar el castigo en \$74.504.412 (fs. 43), esta omisión se origina en la insuficiencia de la norma cuya inaplicabilidad se solicita. Siendo de reparar, además, en lo expresado por el Departamento de Extranjería al informar el recurso de protección deducido en contra de dicha sanción, donde, invocando un fundamento que no figura en el acto reclamado, como lo requiere el artículo 8º, inciso segundo de la Constitución, alude a que la cuantía total se habría calculado considerando que “por cada extranjero se impuso una sanción de \$2.069.566”, amén de que la requirente ya habría sido sancionada con anterioridad (fs. 30), aspectos marginales que no atañen directamente a la cuestión, cuyos contornos no fueron delimitados precisamente por no haberse escuchado previamente al infractor;

#### **DERECHO A UN PROCEDIMIENTO JUSTO Y RACIONAL**

**SÉPTIMO:** Que, en este sentido, se denuncia como vulnerado el derecho a un procedimiento justo y racional, en dos vertientes: de un lado, se acusa que la norma establece una traba antes de ejercer el reclamo administrativo, consistente en la obligación de depositar la mitad del importe de la multa; del otro, se denuncia que el procedimiento administrativo sancionador no contempla la garantía de una audiencia previa;

#### **Solve et repete**

**OCTAVO:** Que, siguiendo lo sustentado por este Tribunal en otros fallos, cabe reiterar que la figura de la consignación previa a la impugnación de una multa, entraba injustificadamente el derecho a reclamo reconocido en los artículos 20 y 38, inciso segundo, de la Constitución, así como en los artículos 2º y 9º de la Ley N° 18.575, orgánica constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado.

En efecto, comoquiera que una tal consignación perturba el ejercicio legítimo de ese derecho, al poner un obstáculo que no posee otra explicación que desalentar la impugnación, conforme se recordara en STC Rol N° 1.865-2010, este Tribunal



Constitucional, mediante varias sentencias de inaplicabilidad, desde el año 2008, sostenidamente ha privado de validez particular a esa exigencia del “solve et repete”.

Así, las sentencias recaídas STC roles N°s 946, 968, 1.332, 1.356, 1.382, 1.391, 1.418, 1.470 y 1.580 declararon inaplicable el inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo. Si bien por STC Rol N° 1.173 se rechazó un requerimiento, en orden a declarar inconstitucional esta norma, ello únicamente lo fue por no haberse reunido el quórum constitucional a ese efecto;

**NOVENO:** Que, análogamente, esta Magistratura, en sentencia pronunciada a propósito del control preventivo de la Ley N° 20.123, justamente declaró inconstitucional la imposición de consignar “*la tercera parte de la multa aplicada, en caso que correspondiere*” por parte del Director del Trabajo (Rol N° 536). Igualmente, las STC Roles N°s 792, 1.046, 1.061, 1.253, 1.262 y 1.279 declararon invariablemente inaplicable la misma figura, contenida en la frase final del inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario, hasta que, por sentencia de inconstitucionalidad Rol N° 1.345, se privó de validez general a esta traba puesta por el Código Sanitario.

Los diversos motivos que han llevado a esta Magistratura a impedir la aplicación particular o general de esta exigencia, se relacionan con los N°s 3° y 26° del artículo 19 constitucional, y más concretamente con la condición injustificada que tal imposición proyecta sobre el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva. Lo que, a su vez, repercute como un obstáculo infundado sobre el inmediato cumplimiento de las funciones jurisdiccionales que le asisten a los tribunales de justicia;

**DÉCIMO:** Que, por lo demás, siguiendo esta tendencia, el legislador ha ido derogando expresamente dicho injustificado condicionamiento procesal, por no ser conciliable con un régimen de Estado de Derecho. Así, en el Mensaje que dio origen a la aludida Ley N° 20.087, sobre reforma al procedimiento laboral, y en la que -entre otros aspectos- se eliminó el referido inciso tercero del artículo 474 del Código del ramo, se dejó explícita constancia de que, a este respecto, su objetivo fue “*materializar en el ámbito laboral el derecho a la tutela judicial efectiva, que supone no sólo el acceso a la jurisdicción sino también que la justicia proporcionada sea eficaz y oportuna*” (Boletín 3.367-13, Mensaje Presidencial, septiembre de 2003, p. 4).

Ha primado idéntica disposición al derogarse esta figura en diversos cuerpos legales, como el N° 14 del artículo 1° de la Ley N° 20.361, de 2009, que la eliminó del Decreto Ley N° 211, vigente desde el año 1973. Sirviendo de ejemplo, también, el N° 59 del artículo 1° de la Ley N° 20.417, de 2010, que la excluyó de la normativa vigente desde el año 1994, en la Ley N° 19.300;

Por último, la incompatibilidad constitucional del “solve et repete” ha venido siendo expuesta por la doctrina reciente, la cual ha cuestionado la legitimidad de la





exigencia de cara a la Carta Fundamental (Sebastián Lewis, “*La regla solve et repete en Chile*” Revista Estudios Constitucionales N° 12, 2014, pp. 239-272; Marcelo Araya Rojas, “*El solve et repete frente al Derecho Administrativo Sancionador. Un examen de legitimidad*” Revista de Derecho de la Escuela de Postgrado de la Universidad de Chile N°3, 2013, pp. 95-216; Edesio Carrasco Quiroga, “*Acceso a la justicia, igualdad ante la ley y el término del solve et repete: un valioso cambio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”, en Sentencias Destacadas 2008, pp. 215-237);

**DECIMOPRIMERO:** Que, por último, conviene precisar que el requisito de tener que enterar una parte de la multa para poder impugnar, bien es cierto, no “priva” al afectado de su derecho a reclamo, en el sentido que le impida absolutamente ponerlo en movimiento; a menos, naturalmente, que se trate de una persona carente de recursos o pobre de solemnidad. Sin embargo, el cuestionamiento radica, para esta Magistratura, en que dicha condición afecta el derecho a reclamo en su esencia, “perturbando” su legítimo ejercicio, al anteponerle un obstáculo improcedente y que no guarda relación con algún requisito de procesabilidad o de admisibilidad pertinente.

En razón de lo expuesto en las sentencias precedentes, cuyos criterios se dan por reproducidos y que no pueden sino reiterarse en esta oportunidad, procede declarar que el artículo 79, inciso final del DL N° 1.094 es inaplicable a la gestión *sublite*, comoquiera que siendo de suyo inconstitucional, en su ejecución práctica se ha revelado, asimismo, como contrario a los numerales 3° y 26° del artículo 19 de la Carta Fundamental;

#### **Audiencia previa**

**DECIMOSEGUNDO:** Que, tocante al tema en referencia, se ha expresado en STC Rol N° 2682-2014, que un procedimiento justo y racional tiene lugar cuando se actúa en la forma que prescriben aquellas normas y principios procesales que resultan fundamentales para el resguardo efectivo del derecho a defensa.

A la imposición de sanciones administrativas, pues, necesariamente debe anteceder una serie concatenada de trámites, tan esenciales como un acta o acusación o formulación de cargos precisa y sostenida en una investigación preliminar, su comunicación al presunto infractor y la oportunidad para que éste pueda plantear defensas o alegaciones y rendir pruebas. Todo ello terminado, si procede, con una sanción fundada y sólo por hechos que han sido objeto de cargos, susceptible de ser impugnada ante un tribunal;

**DECIMOTERCERO:** Que, concerniente específicamente a esa oportunidad para plantear descargos, el proyecto de ley que el año 2004 quiso establecer las bases de los procedimientos administrativos sancionadores (Boletín 541-350), decía, en su artículo 21, que “recibidos los descargos o transcurrido el plazo otorgado para ello, el organismo instructor examinará el mérito de los antecedentes y, en caso que los



hechos investigados no le consten fehacientemente, ordenará la realización de las pericias e inspecciones que sean pertinentes y la recepción de los demás medios probatorios que procedan” (inciso primero).

Agregaba enseguida que “en todo caso, el organismo instructor dará lugar a las medidas o diligencias probatorias que solicite el presunto infractor en sus descargos, que resulten pertinentes y conducentes. En caso contrario, las rechazará mediante resolución motivada” (inciso segundo);

**DECIMOCUARTO:** Que el derecho a defensa en un debido procedimiento se satisface, en primer término, dándole previa audiencia al presunto responsable, esto es otorgándole la oportunidad para presentar descargos, defensas y solicitar o presentar pruebas. Pudiendo incluso basar sus alegaciones en sucesos nuevos que el instructor no consideró en la etapa indagatoria, o en hechos distintos a los atribuidos circunstanciadamente en los cargos.

Correspondiéndole, en tal caso, a ese encartado precisar cuáles son estos otros antecedentes, de modo que el instructor pueda abrir un período de prueba a su respecto, si no le constan a la Administración, así como efectuar el control de procedencia y necesidad de aquellas diligencias cuya práctica se solicita con miras a acreditarlos. Sin desmedro de que la autoridad pueda abrir otro procedimiento distinto, considerando la naturaleza de los hechos expuestos;

**DECIMOQUINTO:** Que, sentadas las premisas anteriores, resulta que las normas cuestionadas del DL N° 1.094 no solamente omiten establecer las garantías descritas. En rigor, su artículo 79, inciso primero, las niega, al expresar que la sanción puede imponerse “con el solo mérito de los antecedentes que las justifiquen, debiéndose, siempre que ello sea posible, oír al afectado”.

Vale decir, el propio texto legal consagra una facultad meramente potestativa o discrecional, de oír o no al afectado, a voluntad del órgano sancionador, no obstante que una tal diligencia configura un imperativo constitucional.

Por lo tanto, en el caso presente no es procedente aplicar el criterio de justificación establecido por esta Magistratura en STC Rol N° 2682-2014, en orden a que “las leyes anteriores a la adopción de este estándar por parte del Tribunal Constitucional [refiriéndose a la STC N° 376-2003], en cuanto ellas confieren potestades sancionadoras a órganos de la Administración pero sin contemplar formalmente un procedimiento especial, tal omisión se salvaría si al ejercer dichas competencias la autoridad instruye una investigación que cumpla las exigencias básicas que caracterizan un debido proceso, como la formulación de cargos, su notificación al inculpado, seguida de una oportunidad efectiva para que éste pueda ejercer el derecho a defensa, incluida la posibilidad de allegar y producir pruebas” (considerando 10°);



**DECIMOSEXTO:** Que, así entonces, siendo el texto de la norma por sí mismo objetable, cabe agregar que su aplicación al caso concreto de que aquí se trata corrobora su inconstitucionalidad.

En efecto, tal como aparece de los antecedentes tenidos la vista, a la persona incurso de la multa no se otorgó la audiencia imprescindible para que ésta pudiera exponer las alegaciones que estimase a su favor, tendiéndosele -en cambio- como contraventor merced exclusivamente a un parte policial.

Por ende, sostener que, aun así, la requirente no ha quedado en la absoluta indefensión, por la sola circunstancia de que su caso lo conoce la Justicia, implica desconocer que un racional y justo procedimiento administrativo no puede redundar -sin desnaturalizar su contenido- en un acto administrativo terminal del cual la autoridad pueda predicar una sedicente presunción de legalidad o una suposición de veracidad, en circunstancias que ella misma ha dejado al afectado en una situación procesal desmedrada, al no escucharla previamente ni ponderar, en definitiva, sus defensas o alegaciones;

**DECIMOSÉPTIMO:** Que, finalmente, es útil consignar que no es suficiente para descartar el vicio de constitucionalidad anotado, la alegación de que otra ley, de bases del procedimiento administrativo (Ley N° 19.880), establecería garantías suficientes para el afectado, desde que esa ley no dispone contenido sustantivo alguno que permita complementar las carencias de las leyes especiales que establecen procedimientos administrativos sancionadores, en la hipótesis que éstas no se conformen con las exigencias propias del debido proceso justo y racional ni de los principios aplicables a la actividad punitiva del Estado.

**Y TENIENDO PRESENTE**, además, los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental y demás pertinentes de la Ley N° 17.997 Orgánica Constitucional de este Tribunal,

- 1) QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1, POR LO QUE SE DECLARA QUE EL ARTÍCULO 79, INCISO PRIMERO, EN SUS FRASES “CON EL SOLO MÉRITO DE LOS ANTECEDENTES QUE LAS JUSTIFIQUEN,” Y “,SIEMPRE QUE ELLO SEA POSIBLE,”; EL ARTÍCULO 79, INCISO FINAL, Y EL ARTÍCULO 74, INCISO FINAL, TODOS DEL DECRETO LEY N° 1.094, DE 1975, QUE ESTABLECE NORMAS SOBRE EXTRANJEROS EN CHILE, SON INAPLICABLES POR INCONSTITUCIONALES EN LA CAUSA SOBRE RECURSO DE PROTECCIÓN CARATULADA “BLANCO Y NEGRO S.A. CONTRA BELLOLIO”, DE QUE CONOCE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, BAJO EL ROL INGRESO CORTE PROTECCIÓN N° 41.868-2019.**



**2) QUE SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA. OFÍCIESE AL EFECTO.**

**DISIDENCIA**

**Acordada la sentencia con el voto en contra del Ministro señor NELSON POZO SILVA, quien estuvo por rechazar la impugnación de fojas 1, en base a los siguientes fundamentos:**

**I.- CRITERIOS GENERALES**

1°. Que el Derecho Administrativo es una disciplina técnico-jurídica, y como tal un instrumento para llevar a cabo la función administrativa, que no es sino la ejecución de los cometidos de gobierno. Ello conlleva cierta complejidad de sus sub-disciplinas, las cuales sólo son reenviadas a la raíz común a través de los principios generales del Derecho administrativo. Por el contrario, el Derecho que de forma permanente entra en aplicación y contacto con los ciudadanos es el Derecho administrativo especial, el cual detentará la complejidad técnica propia del sector que regula;

2°. Sistema jurídico y Constitución. Existe un sistema normativo, éste no puede ser concebido si no es con referencia a la Constitución. Y esto vale tanto para el Derecho administrativo, como también para el Derecho civil, el Derecho penal y todas las subdisciplinas del Derecho. Al efecto, en el sistema de las fuentes la Constitución juega un papel preponderante, ya que hoy día no es posible hablar de fuentes del Derecho y aplicación de las mismas, es decir de ordenamiento jurídico, si no es con referencia a la Constitución, Konrad Hesse lo califica como el orden jurídico fundamental de la comunidad (citado por Gabriel Celis Danzinger, Las Fuentes del Derecho Público, Ed. Hammurabi, 2018, Chile, p. 25).

Considerar a la Constitución como norma suprema y fuente de Derecho supone, derechamente, que ésta produzca efectos relevantes como el efecto derogatorio: En tal sentido, deben ser entendidas las disposiciones transitorias contenidas en el texto de nuestra Carta Magna, por ejemplo, las disposiciones cuarta, quinta y sexta transitorias. Sin embargo, lo relevante en relación al fallo de autos, aquí es el efecto de Interpretación conforme a la Constitución: la ley y las demás normas de inferior rango deben ser interpretadas conforme a la Constitución. De existir dos o más posibilidades interpretativas deberá preferirse aquella que se adapte de mejor forma a la norma constitucional por sobre la que pueda entrar en contradicción con ella. Esta Magistratura ha señalado la doctrina al señalar que: "Deben desecharse las interpretaciones constitucionales que frente a diversas



interpretaciones posibles del alcance de la protección constitucional de un derecho fundamental, debe excluirse la que admita al legislador regular su ejercicio hasta extremos que en la práctica imposibiliten la plenitud de su vigencia efectiva o compriman su contenido a términos inconciliables con su fisonomía” (STC 1185, c.13). Como se ha afirmado por la doctrina “se ha generado un proceso de constitucionalización del derecho privado, en particular y de todo el derecho que concluye en el imperativo de una interpretación conforme a la Constitución de todas las normas de nuestro ordenamiento jurídico”. La consecuencia de esta forma de interpretar la Constitución será que “la interpretación conforme puede utilizarse como una regla interpretativa para dar aplicación preferente a fuentes formales del derecho que guarden armonía o sean compatibles con la Constitución”. Tal como lo ha señalado éste órgano Constitucional, a propósito de la supremacía constitucional, “La fuerza normativa constitucional es una característica conforme a la cual ésta se irradia al ordenamiento jurídico entero, al punto que ninguna de sus disposiciones puede quedar al margen de o en pugna con la supremacía que es propia de ella” (STC 1287, c. 36);

## II.- CONSTITUCIÓN CONFORMADORA

3º. Que existe una evolución desde dicha declaración hasta el constitucionalismo actual. No obstante, la Constitución como hoy día la conocemos tiene un atributo de ser una fuente conformada del ordenamiento jurídico:

El concepto de Constitución como norma suprema presupone, por tanto, una determinada estructura del ordenamiento y, en ese concreto sentido, es un concepto histórico: no todo ordenamiento tiene una Constitución. No hay Constitución cuando creación y aplicación del Derecho están aún unidas, por ejemplo, en los sistemas de Derecho Judicial. Tampoco la hay si la creación de Derecho no está sometida a su vez a normas, por ejemplo, en el sistema de soberanía del Parlamento. En todos esos casos la teoría jurídica puede identificar una norma básica, una norma que fundamenta el ordenamiento – es Derecho lo que los jueces dicen en el caso de un sistema puramente judicial, o es Derecho lo que dice el parlamento, en el caso de la soberanía parlamentaria – pero esa norma básica, que puede incluso no estar explícitamente formulada, no es una Constitución en el sentido que este término tiene para la ciencia jurídica; esto es, no es una Constitución como norma de Derecho positivo.

Las características de la Constitución Política es que es de carácter normativo, operativa, lleva implícita una supremacía material y formal, es una norma política de manera que su sello es ser eminentemente estructural y regulatoria del Estado y la relación básica con sus ciudadanos (Klaus Stern);



### III.- PROBLEMA DE EFICACIA

4°. Que la eficacia también ha presentado otro problema, en especial luego de la reforma constitucional efectuada por la ley N°20.050. En efecto, en virtud de dicha reforma, hoy en día el control de la constitucionalidad de las leyes ha quedado radicado en el Tribunal Constitucional, el cual, además de efectuar un control preventivo en los casos señalados en la Constitución, efectúa también el control represivo de las normas con rango legal a través de la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, según el artículo 93 N°6, y de la posibilidad de derogación de algún precepto, en conformidad con el artículo con el artículo 93 N°7. En este sentido, no queda claro si en virtud de la eficacia de la Constitución el juzgador puede simplemente prescindir de una norma entendida como inconstitucional o si necesariamente debe acudir al Tribunal Constitucional para que éste proceda a declarar su inconstitucionalidad;

### IV.- LA LEY Y SU PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD

5°. Que la ley, en cuanto manifestación de la voluntad popular que es, cuenta con una “presunción de legitimidad constitucional”, en cuanto se estimará con arreglo o ajustada a la Constitución Política, mientras no se declare lo contrario por la jurisdicción constitucional. Esta característica, que es posible fundarla en el artículo 6°, inciso 1°, constitucional que encuentra, además, un fundamento político en el principio democrático que inspira nuestro ordenamiento (art.4° CPR) y en el caso de la ley se ve reflejado, precisamente, en que se trata del producto normativo por excelencia que emana del representante de la soberanía popular: el Congreso Nacional (artículo 63, número 3 y 4 de la Carta Fundamental);

6°. Que una de las funciones que desarrolla la Constitución en el ordenamiento jurídico es el de servir de marco interpretativo. La ley debe ser interpretada conforme a la Constitución. Este efecto, derivado del carácter de supremacía de la Constitución sobre la norma legal, tiene una doble manifestación: La ley debe ser interpretada conforme a la Constitución, ello con el fin de no contrariarla y propender así al principio de unidad del ordenamiento jurídico. Debe ser preferida la interpretación de la ley que mejor se ajusta a la norma constitucional. Ello quiere decir que deben ser desechadas aquellas interpretaciones de la ley que vayan en contra de la Constitución; pero, por lo mismo, no podrá ser declarada inconstitucional una ley que es susceptible de varias interpretaciones, siendo una de ellas constitucional.

No aparece en el requerimiento de autos, como se puede obviar la aplicación del precepto del artículo 63, números 3 y 4 constitucional, que posibilitan su efectiva aplicación al caso subjudice;





## V.- PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

7°. Que no cabe duda que ha sido en la Constitución donde se ha podido fundar la eficacia de los principios generales del Derecho Administrativo como fuente del mismo. Es entonces que a partir de la Constitución, y de algunas de sus cláusulas generales, es posible deducir muchos de los tradicionales principios generales que informan al Derecho administrativo. Por ejemplo, a partir de la cláusula del Estado de Derecho (razonable su deducción de los arts. 4°, 5°, 6° y 7°) es posible deducir los principios de juridicidad, de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima;

## VI.- CARACTERÍSTICAS PARTICULARES DE LA DISCIPLINA ADMINISTRATIVA (ARTS. 6 Y 7 DE LA CONSTITUCIÓN)

8°. Que históricamente es posible inferir como antecedentes directos de los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental tanto el artículo 160 de la Constitución de 1833, como los artículos 3° y 4° de la Constitución de 1925. En ellos se contenía una norma similar al actual artículo 7°, inciso 2°. En efecto, el artículo 3° de la Constitución de 1925 disponía: “Ninguna persona o reunión de personas puede tomar el título o representación del pueblo, arrogándose sus derechos, ni hacer peticiones en su nombre. La infracción de este artículo es sedición” (José Miguel Valdivia, Manual de Derecho Administrativo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 51 y ss.)

Por su parte, el artículo 4°, idéntico al artículo 160 de la Constitución de 1833, prescribía: “Ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo”.

Hablar de Estado de Derecho supone reconocer una serie de principios que deben estar presentes en la configuración de las instituciones estatales, uno de ellos es el principio de la legalidad o juridicidad. En nuestro ordenamiento jurídico constitucional tal principio es reconocido, si bien no expresamente, en cuanto no existe norma alguna que señale que la Administración debe someterse al “principio de legalidad”, si se recoge a partir de los artículos 6° y 7° de la Constitución.

El ya citado artículo 6°, inciso 1°, dispone “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella y garantizar el orden institucional de la República”;

9°. Que esta norma puede ser analizada desde diversas perspectivas, que se expresarán a continuación.

- a) Imperatividad del ordenamiento jurídico.



Es del caso destacar la Imperatividad que respecto del Estado (persona jurídica estatal unitaria y los órganos en los que se descompone) adquieren las normas constitucionales (eficacia normativa de la Constitución) y, también, ese mismo carácter predicado del resto del ordenamiento jurídico que lo compone, en cuanto dicho ordenamiento ha sido producido de acuerdo con la Constitución. Sin perjuicio de destacar el carácter imperativo del ordenamiento jurídico en su conjunto, presupuesto necesario y evidente de toda norma de Derecho con pretensión de eficacia, lo que se desprende del inciso 1º, artículo 6º, de la carta Fundamental es que allí se encuentra la base de la consagración del principio de legalidad a nivel constitucional.

#### b) Eficacia normativa de la Constitución

Predicar la imperatividad del ordenamiento jurídico resulta casi una redundancia, ya que una norma jurídica se caracteriza, en primer lugar, por su carácter exigible, de lo contrario no sería norma. En cambio, predicar la imperatividad o eficacia de la norma constitucional supone un contenido y unas consecuencias de más largo alcance.

La eficacia normativa de la Constitución se desarrolla en el inciso 2º, del artículo 6º, que declara que: “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”.

La eficacia normativa alcanza al Estado y a los privados. Esta imperatividad o eficacia normativa directa de la Constitución es respecto de los titulares e integrantes de dichos órganos, que conforman el complejo orgánico estatal, como también respecto de toda persona, institución o grupo.

Consecuentemente con un análisis literal, sería lógicamente factible preguntarse ¿el resto del ordenamiento jurídico no obliga a estas personas? Toda vez que el precepto del inciso 1º artículo 6º, que hace alusión a las normas que forman parte del ordenamiento jurídico y que han sido dictadas conforme a la Constitución, se dirige sólo a los órganos del Estado (y más precisamente a la Administración, en cuanto principio de legalidad) y el mandato de imperatividad extensivo a toda persona institución o grupo se refiere sólo a la Carta Fundamental. Evidentemente, la conclusión no puede ir por aceptar una falta de normatividad del resto del ordenamiento jurídico. Lo que ocurre es que la normatividad del resto de las fuentes del Derecho viene dada por el citado inciso 1º. Predicar la imperatividad del ordenamiento jurídico respecto de los sujetos del Derecho privado no es más ni menos que hablar de la imperatividad de Derecho en sí mismo, cuestión que, desde luego, excede el objeto de este análisis. La conclusión que se extrae del inciso 2º artículo 6º es, por una parte, la eficacia normativa de la Constitución Política de la República, pero, además, la eficacia horizontal (entre particulares) de dichas normas



(Bermúdez Soto, Jorge, “Elementos para definir las sanciones administrativas”, en Revista Chilena de Derecho, número especial, 1998);

## VII.- PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD Y EJERCICIO DE POTESTAD PÚBLICO

10°. Que ésta se establece expresamente en el inciso 8°, del artículo 4°, de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos (en adelante LBPA). Ello viene a resolver la disputa doctrinaria que en un momento existió respecto de la posibilidad de resistir el cumplimiento de actos que se estimaban ilegales. Con la entrada en vigor de la LBPA, los actos administrativos son legales mientras no se diga lo contrario por el juez o por la propia Administración del Estado en un procedimiento que tenga como resultado la invalidación del acto (art. 53 LBPA). Esta presunción de legitimidad del acto administrativo permite su ejecución desde luego por la propia Administración Pública en uso de sus poderes de autotutela.

Dentro del catálogo de sanciones administrativas es común encontrar aquella consistente en la extinción de un acto administrativo favorable. Tal es la revocación-sanción del acto administrativo, aunque en algunas ocasiones el legislador yerra en la denominación y la designa como caducidad o revocación a secas. Por ejemplo, una concesión de televisión puede extinguirse producto de la sanción revocación-sanción que aplica a un canal el Consejo Nacional de Televisión; o la resolución de calificación ambiental puede ser extinguida por la revocación-sanción aplicada por la Superintendencia del Medio Ambiente;

## VIII.- RELACIÓN ENTRE VIA ADMINISTRATIVA Y JURISDICCIONAL

11°. Que el artículo 54 LBPA regula la relación que existiría entre la vía jurisdiccional y administrativa frente a las posibilidades de reclamación contra la Administración por parte de los particulares. Dicha disposición intenta impedir que se conozca un asunto en sede administrativa y judicial al mismo tiempo y contiene tres disposiciones que regulan la relación entre ambas sedes, a saber:

“Interpuesta por un interesado una reclamación ante la Administración, no podrá el mismo reclamante deducir igual pretensión ante los Tribunales de Justicia, mientras aquélla no haya sido resuelta o no haya transcurrido el plazo para que deba entenderse desestimada (art. 54, inciso 1°).

Esta primera regla no resultará aplicable cuando la acción que se interpone es el recurso de protección. Ello se da, en primer lugar, porque el artículo 20 de la Carta Fundamental no establece limitación alguna respecto de la interposición de dicha acción de amparo, de modo que, si la Constitución no lo hace, mal podría una norma de rango inferior impedir que utilice esta garantía frente a un recurso administrativo. Además, el propio artículo 20 de la Constitución señala que el recurso es procedente “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”. Es más, el efecto de la sentencia



de la acción de protección sólo produce “cosa juzgada formal”, sin impedir la rediscusión del asunto por vía de pretensiones ordinarias (José Miguel Valdivia, op cit., p. 423);

#### **IX.- EJERCICIO LEGITIMO DE POTESTAD SANCIONADORA**

12°. Que la potestad de la administración en el ámbito del Derecho administrativo sancionador proviene de aquél poder jurídico que comparte las características propias de todo el poder público Estatal, del cual la Administración del Estado forma parte, particularmente, su sometimiento estricto al Derecho, su servicio a los intereses generales y su carácter unilateral y coactivo (Ferrada, Juan Carlos, “Las Potestades y Privilegios de la Administración Pública en el Régimen Administrativo Chileno”. Revista de Derecho (Valdivia), N° 20, 69-94, 2007).

El citado poder que se le confiere a los organismos de la Administración del Estado tiene por objeto el cumplimiento de los fines de esta, confiriéndole las herramientas necesarias para el cumplimiento de sus metas y objetivos, sin los que no podría realizar sus labores. Todo ello, que al formar parte del ordenamiento jurídico público, todos estos poderes tienen su fundamento en la ley (general o particular);

#### **X.- NATURALEZA DEL ILÍCITO ADMINISTRATIVO.**

13°. Que la naturaleza jurídica parece enmarcarse tanto en el Derecho penal como en el Derecho administrativo, por intermedio del ius puniendi, sin embargo la vinculación ontológica tanto de la sanción administrativa como del ilícito en si no coinciden, puesto que el ilícito penal afecta bienes jurídicos de cierto grado o relevancia, en cambio el ilícito administrativo dice relación con grados o matices o mejor dicho variedades que no alteran la sustancia o esencia de algo (Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 22° edición, Espasa, Madrid, 2009, p.1468). En otros términos la infracción de índole administrativa tiene como fundamento el compeler el cumplimiento de la ley por los administrados, además de normar y fiscalizar determinados campos especializados que solo la Administración compete sancionar y por último la necesaria rapidez para perseguir las infracciones de manera represiva y de manera preventiva. Marco Oñate Salas, en una apretada síntesis sobre la sanción administrativa reafirma el criterio de una mera “unidad ontológica” con el delito, pero que difieren en muchos elementos, siguiendo en esto, a Alejandro Nieto García (Varios Autores, “Pena punitiva y sanción administrativa”, 2017, Ed. Librotecnia, p. 56);

#### **XI.- SANCIÓN ADMINISTRATIVA**

14°. Que, una vez tipificada la comisión de una infracción administrativa, deberán considerarse ciertos criterios de graduación y ponderación de sanciones, que en general se derivan del principio de proporcionalidad. Conforme a él se



permite adecuar la represión a la infracción y sus circunstancias, limitando la discrecionalidad administrativa en su imposición.

No existe un catálogo formal de reglas para la imposición de las sanciones administrativas. Sin embargo, es posible sistematizarlas a partir de criterios de la lógica y de las disposiciones dispersas en el ordenamiento jurídico administrativo. En base a reglas y principios básicos:

a.- Regla de la sanción mínima

En principio, la Administración no podría aplicar una sanción que sea inferior al beneficio que ha obtenido el infractor por el ilícito cometido. Esta regla hace referencia a evitar un análisis económico en el cumplimiento normativo y debe incluir el beneficio económico (por ejemplo, el ahorro que implicó el cumplimiento), pero también el jurídico (por ejemplo, seguir disfrutando de un acto administrativo de contenido favorable). Esta regla tiene como límites los siguientes: Principio de reserva legal: no puede ir más allá de lo que describe la ley; Debe considerarse la reparación de los daños que ejecute el infractor; Supone cláusulas de habilitación del siguiente tenor: Cuando el beneficio que resulte de una infracción sea superior a la sanción correspondiente ésta podrá incrementarse en la cuantía equivalente al beneficio obtenido.

b.- Regla de la gravedad de la infracción.

La extensión de la sanción a imponer deberá tener en cuenta la mayor o menor gravedad, trascendencia o peligro que supuso la infracción. Ello, porque dentro de las infracciones habrá algunas que será más o menos graves, lo cual no puede ser indiferente a la hora de imponer una sanción en concreto.

El problema que presenta esta regla es que muchas de las infracciones administrativas tipifican ilícitos de peligro, por lo que su gravedad se puede apreciar sólo en abstracto.

La infracción administrativa se entiende cometida con la sola vulneración, sin que el daño o perjuicio causado por la conducta forme parte imprescindible de la tipificación del ilícito.

Sin embargo, siempre deberá tomarse en cuenta la existencia o no de un daño, la naturaleza del mismo y la cuantía de éste, al momento de la aplicación de la sanción correspondiente a la infracción. Esto tiene como límites el principio de reserva legal y en el caso concreto si los daños hayan sido reparados por el infractor.

c.- Situación económica del infractor

La multa es la sanción administrativa por excelencia y los rangos del quantum, por lo general, son muy amplios. Como consecuencia de ello resulta discriminatorio que puedan gravarse patrimonios distintos con multas de igual



cuantía. La vigencia del principio de proporcionalidad en una vertiente subjetiva (considerando las circunstancias económicas del infractor en concreto) debe llevar a que este criterio sea aplicado de forma general. Sin embargo, esta situación no siempre se toma en cuenta, siendo su aplicación práctica algo muy difícil, sobre todo si la regla no ha sido expresamente considerada por el legislador. Una manifestación de la aplicación de esta regla se encuentra en el artículo 40, letra f), de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, el cual dispone como un criterio para la graduación de la sanción, precisamente el de la situación económica del infractor. La Superintendencia aplicó esta regla en el conocido caso Pascua Lama, por ejemplo.

#### d.- Intencionalidad

En aquellos supuestos de infracciones en que concurra el elemento de intencionalidad, equiparable al dolo, la graduación de la sentencia deberá ser efectuada de un modo más severo, agravando la sanción respecto de aquellos casos en que la voluntariedad en la infracción pueda ser atribuida a título meramente culposo o negligente. Desde ya, eso sí, podemos advertir la dificultad que representa el indagar en el elemento volitivo del autor durante el procedimiento administrativo sancionador.

#### e.- Existencia de reiteración

Atiende a la permanencia o continuidad en la comisión del ilícito administrativo (una suerte de delito continuado). La idea que se extrae de esta regla es que la infracción continuada producirá el efecto de sancionar una sola infracción, dado el carácter ininterrumpido que tiene la conducta.

#### f.- Reincidencia

Consiste en la apreciación de la conducta pasada, para efectos de determinar si ha incurrido en infracción con anterioridad. El inconveniente que produce esta regla está dado por la eventual vulneración al principio non bis in ídem que con ella se produciría. Además, la determinación de los casos en los que este criterio es procedente es difícil si no se encuentra claramente regulado, puesto que no sabremos si se refiere a infracciones cometidas ante la misma Administración Pública que sanciona o ante la Administración en su conjunto. Tampoco se sabrá cuál debe ser la naturaleza que debe tener el bien jurídico vulnerado para que su consideración sea procedente;

## XII.- MULTA

15°. Que el infractor debe pagar una determinada suma de dinero que va a incorporarse a las arcas públicas. Es la vertiente de la sanción administrativa y puede ser determinada o determinable. Será multa determinada, cuando la ley señale el monto que corresponde aplicar por la comisión de una infracción





administrativa. En otros casos, será determinable cuando la ley indique la fórmula de cálculo de la multa, de acuerdo a variables como el beneficio económico obtenido con la infracción.

La multa en cuanto sanción administrativa, debe diferenciarse de otros mecanismos coactivos con los que cuenta la Administración, para obtener del particular la realización de determinada actividad, por ejemplo, una multa coercitiva, que es un medio compulsivo para que el particular realice algo;

### XIII.- PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES INVOCADOS POR LA ACTORA CONSTITUCIONAL

16°. Que se ha invocado por la actora los principios constitucionales de vulneración a la legalidad y tipicidad, vinculados con la proporcionalidad, además, de aducirse vulneración a un procedimiento racional y justo y a la afectación del “solve et repete”, sobre los cuales explicitaremos diversas consideraciones y comentarios, que aumentan el rechazo de su invocación;

17°. Que la vigencia del principio de legalidad en el campo del derecho administrativo sancionador no impide que la administración pueda legítimamente sancionar conductas cuyo núcleo esencial se encuentre descrito en una ley y más extensamente desarrollado en normas reglamentarias. Ello, en virtud de lo dispuesto en el art. 32, N° 6, CPR. Así, en el espacio reservado al dominio legal, es la propia Constitución la que permite la potestad reglamentaria de ejecución, salvo los casos excepcionales en que ella misma dispone mayores restricciones. Reafirma lo anterior, el análisis de las características de generalidad y abstracción propias de la ley. La Constitución de 1980 consagró estas características al establecer, en su art. 63 el sistema de dominio legal máximo, a través de listar las únicas materias que podían ser tratadas por el legislador. Ahora, si bien el numeral 20 de este precepto abrió esa numeración con un lenguaje genérico, estableció con claridad que la ley debía ser una norma general que estatuyera las bases esenciales de un ordenamiento jurídico. Por tanto, la colaboración reglamentaria no se encuentra excluida por el principio de reserva legal, salvo los casos en que la propia Constitución ha dispuesto que sólo la ley puede regular cierta materia o disponer en ciertas cuestiones. De ahí que, como lo afirme la doctrina especializada por intenso que sea el Principio de Reserva Legal, nunca excluirá del todo o por completo la intervención de los órganos administrativos. Imaginar lo contrario, equivale a convertir la ley en reglamento y a concentrar en el órgano legislativo las dos potestades aludidas, quebrantando el Principio de Separación de Órganos y lesionando la eficiencia que se gana, con sujeción al mismo Principio, en la división de las funciones estatales. Finalmente, la colaboración de la potestad reglamentaria en la descripción de la conducta sancionable se desprende del art. 19, N° 3, CPR, ya que dicho precepto constitucional exige que la conducta se encuentre “expresamente” descrita en la ley, pero no que esté “completamente” descrita en el precepto legal. (STC 479 cc. 14 a 16 y 18) (En el mismo sentido, STC 480 c. 13);



18°. Que por otro lado “este Tribunal ha interpretado que el principio de tipicidad exige que la conducta a la que se atribuye una sanción tenga el núcleo esencial definido en la ley (STC 479/2006, 4880/2006, 747/2007, 1413/2010, 2154/2012). Por lo mismo, establecido dicho núcleo esencial, es admisible la colaboración de la autoridad administrativa. Este principio no impide que la Administración pueda sancionar conductas cuyo núcleo esencial se encuentre descrito en la ley y estén más extensamente desarrolladas en normas administrativas (STC 479/2006, 480/2006). Y ello lo ha hecho tanto en materias penales (STC 468/2006, 2154/2012) como en materia de sanciones administrativas (STC 479/2006, 480/2006). En este último caso, este Tribunal ha sostenido que no considera contrario a la Constitución el que un precepto de carácter legal habilite a una Superintendencia a sancionar, en condiciones que no se describen en ese mismo precepto, todas y cada una de las conductas susceptibles de ser sancionadas (STC 479/2006)” (STC 2264);

19°. Procedimiento racional y justo. El Tribunal Constitucional ha entendido que las garantías de un racional y justo procedimiento (artículo 19 N° 3 Constitución) se aplican no solo en el ámbito judicial, sino que también es una condición que se debe exigir en el marco del procedimiento administrativo. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que, para cumplir con el debido proceso administrativo, es posible aplicar la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos. De esta manera, en la tramitación administrativa de un asunto deben aplicarse las reglas legales que configuren un justo y racional procedimiento, lo cual no requiere ser regulado en la misma norma, pues existe una ley de bases de procedimientos administrativos que ya lo determina (al respecto, véase STC Rol N° 771, c. 16; STC Rol N° 1413, c. 27; STC Rol N° 2066, c. 25; STC Rol N° 2301, c. 27; STC Rol N° 2727, c. 24; STC Rol N° 2865 c. 27; STC Rol N° 2866 c. 27, entre otras).

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas sentencias sobre la incorporación del debido emplazamiento, la bilateralidad de la audiencia y las consiguientes notificaciones, como elementos que, prima facie, integran el debido proceso legal de un procedimiento. Nuestra jurisprudencia lo trata como un derecho adjetivo que no solo tiene una modalidad de ejecución que el legislador deba satisfacer bajo un formato idéntico en todos los casos, sino que se ha de estar a la naturaleza del procedimiento, a la regularidad del mismo y al conocimiento que tengan los sujetos u órganos involucrados en el respectivo procedimiento. Las Sentencias roles N° 207 (considerandos 19° y 20°), 1368, 1448 (considerando 40°), 2053 (considerando 27°) y 2166, entre otras. En cualquier circunstancia, es un derecho supeditado a una construcción racional y justa de un procedimiento que impida la indefensión de las personas. Por lo mismo, hay que verificar la concurrencia de estándares específicos en función de la pluralidad de procedimientos vigentes en el ordenamiento jurídico;

20°. Que, además, “la proporcionalidad en el sentido estricto en su consagración constitucional y en su formulación implica la necesidad de que la pena



constituya un requisito indispensable para considerar punible un determinado comportamiento, de forma que la sanción, sea en concreto, tanto merecida como necesaria y proporcionada. El principio de proporcionalidad en sentido estricto, al igual que el resto de los subprincipios o elementos del principio de proporcionalidad en sentido amplio posee rango constitucional y se puede inferir del valor de justicia propio de un Estado de Derecho, de una actividad pública no arbitraria y de la dignidad de las personas, todas ellas emanadas de nuestra Carta Fundamental". (STC 5835, disidencia particular);

21°. Que respecto a la institución del solve et repete, esta Magistratura ha señalado "Que el pago total o parcial de una obligación impuesta por la entidad fiscalizadora para acceder a la jurisdicción implica que no es posible estimarla en abstracto como constitucional o inconstitucional. Por lo tanto, "atendida la diversidad de situaciones que se presentan en la vida moderna y la multiplicidad de fórmulas que el legislador utiliza, no es posible estimar como constitucional o inconstitucional en si misma esta regla, debiendo ponderarse, en cada caso y oportunidad que se someta a la decisión de este Tribunal, si su exigibilidad como condición para reclamar judicialmente de ella resulta contraria a la Constitución, sea por quebrantar los derechos de acceso a la justicia y, consecuentemente, la garantía de un juicio justo, sea por impedir o entorpecer, más allá de lo razonable o en forma discriminatoria o arbitraria, otro derecho fundamental" (STC 546, considerando 4°);

22°. Que al tenor de lo razonado y la jurisprudencia histórica de esta Magistratura, expresado en este voto disidente, ninguna de las vulneraciones constitucionales invocadas por la requirente en su libelo de fojas 1 y ss., aparecen transgredidas en las normas cuestionadas, lo cual aparejado manifestar el disenso como un acto lingüístico, puesto que lo argumentado en criterio del objeto del citado disenso constituye desde el punto de vista del análisis lógico del lenguaje que no se comparte el valor de verdad de una proposición. En tal sentido inferir tal como lo hace Ross que entre actitudes proposicionales y actitudes axiológicas existen importantes relaciones causales recíprocas (Ross, Alf, "On Law and Justice, Stevens & Sons", Londres, 1958, p. 307). No se ve como se afectan las garantías de naturaleza constitucional afectadas;

#### **XIV.- OTRAS CONSIDERACIONES DE RAIGAMBRE CONSTITUCIONAL PARA RECHAZAR**

23°. Que establecido a partir de lo fáctico la inexistencia de fundamentos constitucionales para acoger la presente acción, es posible expresar que la normativa establecida en materia de extranjería en el Decreto Ley N° 1.094, inciso final, del artículo 79 considera un recurso de reconsideración administrativa y nunca se estableció la hipótesis de solve et repete, pues su presupuesto es que el despliegue del recurso sea en sede administrativa y no en sede judicial, como asimismo, tanto el acceso a la justicia como la tutela judicial efectiva, están consideradas por el propio Recurso de Protección que sirve de base a la presente acción. A mayor



abundamiento, esta Magistratura en STC 1448-09 c.43, estableció que el reproche de constitucionalidad de manera concreta, debe considerar la naturaleza jurídica del proceso, razón por la cual sólo puede concluirse que esta opera en el ámbito judicial, circunstancia que aparece controvertida de manera argumental con la existencia de la acción de protección ante la Il. Corte de Apelaciones y la apelación respectiva ante la Excm. Corte Suprema;

24°. Que no resulta pertinente la invocación por parte de la peticionaria que no se satisfacen garantías mínimas para dar por establecidas conductas infraccionales para sancionar, esto es, la inexistencia de parámetros para la sanción, lo cual es calificable más bien de un tema probatorio, circunstancias que no compete a esta Magistratura pronunciarse al efecto;

25°. Que, tampoco cabe comparar materias laborales, como es la referencia al artículo 474 del Código del Trabajo, en su versión derogada del inciso tercero, pues dicha materia es de la esfera judicial y el cuestionamiento del artículo 79, inciso final, lo cual no se condice con lo debatido en el precepto cuestionado;

26°. Que el D.L. 1.094, de 1975, establece las normas sobre extranjeros en Chile y su Reglamento, contenido en el Decreto N° 597 de 1984, del Ministerio del Interior, establece como una de sus atribuciones (artículo 91): Aplicar las sanciones administrativas que correspondan a las infracciones de las normas establecidas en este decreto ley; Luego, en su artículo 92, se dispone que le corresponde aplicar y supervigilar directamente el cumplimiento de las normas del decreto ley y su reglamento. Así, el artículo 79, se constituye en la concreción de su mandato legal de fiscalización mediante el establecimiento de un procedimiento. Finalmente, el artículo 159 del Reglamento antes citado, señala expresamente que el Ministerio del Interior, por conducto del Departamento de Extranjería y Migración es la autoridad competente para la aplicación de dicha sanción;

27°. Que la calidad de turista, no confiere autorización para el desarrollo de actividades remuneradas, para tales efectos, la normativa vigente, de conformidad al artículo 48 y 44 de la Ley de Extranjería, exige una autorización tramitada ante el Departamento de Extranjería, por el interesado. En el caso concreto mediante diversos partes policiales, se individualizaron a 36 extranjeros que ingresaron como turistas al territorio nacional, 32 miembros del equipo profesional de fútbol "Estudiantes de la Plata" de Argentina, y además 4 músicos, del grupo o banda musical "Ráfaga", 34 de nacionalidad argentina, más uno uruguayo y otro colombiano, que ingresaron como turistas y que no contaban con el permiso especial de trabajo;

28°. Que los deportistas extranjeros que viajan a Chile a desarrollar eventos de competencia deportiva se encuentran exentos de solicitar autorizaciones de trabajo. Dicha condición no la cumplían los integrantes del equipo del fútbol citado y cuatro de los integrantes de la banda, ya que concurrieron a un espectáculo



de carácter comercial, denominado la “Noche Alba” que contó con la actuación de grupos musicales y una demostración deportiva, que sin duda no era una competencia en sentido estricto;

29°. Que las decisiones adoptadas por la administración son actos administrativos que no corresponden a actos finales, no constituyen instancia, y no producen efecto de cosa juzgada. Se trata de decisiones que no son jurisdiccionales. La actividad regulatoria desplegada por el Departamento de Extranjería es un típico caso de ejercicio de la potestad sancionadora sobre los sujetos y actividades que se encuentran bajo su supervisión, es decir, es una institución que cuenta con facultades normativas, interpretativas y sancionatorias;

30°. Que a diferencia del procedimiento administrativo el debido proceso judicial supone la existencia de un conflicto entre partes que deben resolver un tercero imparcial, en cambio en el ámbito administrativo el órgano estatal debe someterse al principio de legalidad, encuadrando su actuación en la legislación que lo regula. Las decisiones de los órganos de la administración se encuentran sometidas a un procedimiento administrativo general con las garantías procesales y recursivas indicadas en la Ley 19.880, cuya aplicación es supletoria;

31°. Que esta Magistratura ha resuelto que: “La exigencia de racionalidad impone a cualquier procedimiento regulado por el legislador, como un mínimo, la aptitud para cumplir con los fines que justifican su creación. Esto significa que las garantías establecidas por el legislador en un determinado procedimiento no pueden constituir un impedimento insalvable para que éste cumpla con los propósitos que justifican su vigencia en el ordenamiento jurídico. (...) El carácter de racional de un procedimiento, entonces, al menos debe permitir que el interés público que lo sustenta forme parte de su núcleo y tenga una adecuada incidencia en su resultado”. cuando el legislador en el ámbito administrativo establece que el afectado por una resolución que cuenta con los antecedentes de hecho y de derecho, y es por lo tanto un acto administrativo motivado, que ha sido dictado dentro del ámbito de las atribuciones privativas que la ley le confiere al órgano público, ello no vulnera el derecho a un procedimiento racional y justo que la misma Carta Fundamental garantiza, toda vez que en tal procedimiento existen una vía de impugnación administrativa incluso;

32°. Que la hipótesis de “solve et repete”, como límite al derecho fundamental de acceso a la justicia constituye, en forma indubitada, una restricción al acceso a la jurisdicción, en cambio, la revisión por la administración contenida en el artículo 79 inciso final antes citado, no corresponde al supuesto que propone el requirente. En consecuencia no hay vulneración del derecho fundamental al libre e igualitario acceso a la justicia o a la tutela judicial efectiva, puesto que esa consignación no limita ninguna acción o recurso de carácter jurisdiccional;



33°. Que en el procedimiento de autos, la parte requirente ha ejercido todos los derechos que le reconoce el ordenamiento jurídico, incluso habiendo deducido la reconsideración administrativa e impugnando la misma resolución mediante el recurso de protección, que corresponde a la gestión pendiente, las que además no son incompatibles con otras acciones contencioso administrativas que no tienen ninguna limitación para ser planteadas por el requirente. Esta Magistratura ha señalado que un elemento esencial del contencioso administrativo es la revisión jurisdiccional, así se desprende del artículo 38, inciso segundo, de la Constitución, cuando a propósito de lo contencioso-administrativo establece que “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley”. A mayor abundamiento, esta Magistratura ha señalado que la falta de definición legislativa expresa en tal sentido, obliga a volver al régimen común, que recupera su imperio: los tribunales ordinarios del Poder Judicial. (STC 2926);

34°. Que igualmente, no se infringen los principios de legalidad y proporcionalidad de la multa. Los criterios, elementos y parámetros establecidos en las normas impugnadas son los que comúnmente se encuentran en el Derecho Administrativo Sancionador, por cuanto tienen que ver, entre otras, con la gravedad, consecuencia, reiteración y capacidad económica del infractor;

35°. Que el estándar que ha requerido el constituyente al establecer la sanción administrativa se sustenta en el principio de legalidad y tipicidad, ya expuesto latamente con antelación por la disidencia, y considerando principalmente la vertiente de la situación económica del infractor.

En cuanto a la capacidad económica de la requirente, Blanco y Negro S.A. es una sociedad anónima abierta fiscalizada por la Comisión para el Mercado Financiero (ex SVS). Según la Memoria Anual de Blanco y Negro S.A. del año 2018 (disponible en la página WEB de la CMF) “es una sociedad anónima abierta que se transa en bolsa. Sus acciones se encuentran inscritas en el Registro de Valores de la Superintendencia de Valores y Seguros, hoy denominada Comisión para el Mercado Financiero, bajo el N° 902. Al término del ejercicio año 2018, su capital suscrito y pagado asciende a M\$ 18.377.927.- dividido en 100.000.000 acciones, de las cuales 99.999.999, son Serie “B” y 1 Serie “A””;

#### XV.- CONCLUSIONES

36°. Que por todas estas razones esta disidencia es del criterio de rechazar el dilema constitucional planteado a fs. 1 de autos.





## PREVENCIÓN

Los Ministros señor GONZALO GARCÍA PINO y señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO previenen que, por una parte, están por rechazar el requerimiento de autos en aquella parte en que impugna los artículos 74 inciso final y 79 inciso primero del Decreto Ley N° 1.094, haciendo suyos los argumentos contenidos en los considerandos 17° a 20° del voto disidente y además los que se desarrollarán a continuación, y que, por otra parte, están por acoger el requerimiento en relación a la impugnación que formula al artículo 79 inciso final del mismo cuerpo legal, por las siguientes consideraciones:

**a) Argumentos para rechazar la inaplicabilidad de los artículos 74 inciso final y 79 inciso primero del Decreto Ley N° 1.094.**

1°. Cabe recordar que esta judicatura constitucional ha razonado con anterioridad que, si bien una de sus salas puede dar por cumplido el requisito de admisibilidad, el pleno de este Tribunal puede formular un rechazo formal acerca de la procedencia de un requerimiento como resultado del examen que le compete realizar (STC Roles 2.693, 2.881, 3.146, 5192, entre otras).

2°. Pues bien, desde un punto de vista formal, a juicio de estos ministros, el requerimiento de autos no cumple con las exigencias que la Constitución y la ley orgánica constitucional establecen para que pueda prosperar, en relación a la impugnación que efectúa a los ya mencionados inciso final del artículo 74 e inciso primero del artículo 79 del DL. 1.094.

En efecto, en primer lugar, las alegaciones vertidas en él recaen en la actuación de un órgano administrativo, lo cual está sometido al control de legalidad que corresponde a los tribunales de justicia efectuar. Se trata entonces de cuestiones respecto de las cuales a esta Magistratura Constitucional no le compete pronunciarse por escapar de la esfera de sus atribuciones.

En segundo lugar, en cuanto al reproche que formula el requerimiento al inciso final del artículo 74, consistente en que, en el caso concreto, su aplicación infringe los principios de legalidad y proporcionalidad de la sanción -desde que posibilitó la aplicación de una multa sin criterios objetivos de graduación, quedando a la arbitrariedad de la Administración su determinación- cabe anotar que ello no es objeto de discusión en el recurso de protección que constituye la gestión judicial pendiente, por lo que tal precepto no resultará decisivo en su resolución.

Cabe anotar además, en cuanto al monto de la multa que establece el citado art. 74, inciso final, del DL N° 1.094, que éste se complementa con el que consagra el art. 152 del Decreto 597, Reglamento de Extranjería, en cuanto dispone que la infracción



a la obligación de autorización previa a los extranjeros para trabajar en Chile se sanciona con multas de 0,22 a 11,14 sueldos mínimos mensuales por cada infracción. Si bien es un tema que le corresponde al juez decidir, en el caso concreto no se afecta la proporcionalidad de la multa pues el requirente tiene capacidad financiera y solvencia suficiente para enfrentarla, ya que es una sociedad anónima abierta (capital).

3°. Sin perjuicio de lo anterior, la aplicación del inciso final del artículo 74 DL. 1.094, no pugna con las normas constitucionales que se dicen vulneradas si se tiene en consideración la obligación que pesa sobre la Administración de fundamentar sus actos.

No se puede alegar que la Administración no tenga un margen de apreciación para determinar el monto de la multa. En efecto, tal disposición establece una sanción en caso de infracción a lo establecido en los incisos 1° y 2° de ese mismo precepto, la que podrá variar desde 1 ingreso mínimo mensual a 50 ingresos mínimos mensuales, es decir, existe un ámbito que la propia ley establece dentro del cual debe moverse la autoridad para fijar su monto.

Por otra parte, no puede olvidarse que una de las formas de controlar la potestad discrecional es a través de la motivación de los actos administrativos.

El artículo 11, inciso segundo, de la Ley N° 19.880 establece expresamente al respecto que los hechos y fundamentos de los actos administrativos que afecten los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, deberán siempre expresarse en el acto. En ese sentido, la motivación, para servir como una herramienta de control de los actos de la Administración, “debe ser plausible, congruente con los hechos de los que necesariamente ha de partirse, sostenible en la realidad de las cosas y... susceptible de ser comprendida por los ciudadanos, aunque no sea compartida por todos ellos” (FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (1994), De la arbitrariedad de la Administración, Madrid, Ed. Civitas, p. 82).

En este punto, por lo demás, corresponde al juez de fondo constatar si el acto administrativo sancionatorio cumplió con la obligación de motivación y si ésta es adecuada.

4°. Ahora bien, sin perjuicio de lo que se ha expresado, en cuanto a que las alegaciones de la requirente respecto a la actuación del servicio público plantean un conflicto de legalidad, cabe mencionar que el Departamento de Extranjería y Migración depende del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y, siendo un órgano de la Administración del Estado, se rige por la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos N° 19.880, de conformidad con los que dispone el artículo 2° de la citada ley.

Al ámbito material de aplicación de la ley 19.880 se refiere la segunda parte del inciso 1° de su artículo 1°, al establecer “En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria”.



“En estricto rigor -como dice Jorge Bermúdez- más que ante una ley de bases estamos ante una ‘ley general’, que además de establecer los aspectos fundamentales de la regulación procedimental administrativa, ahonda hasta el punto de regular todos los extremos del procedimiento administrativo, agregándole a ello el carácter de supletorio” (Derecho Administrativo General, Santiago, Thomson Reuters, 2014, p. 178). La Corte Suprema, al señalar que los procedimientos sancionatorios llevados a cabo por los órganos de la Administración del Estado se rigen supletoriamente por lo dispuesto en la citada Ley N° 19.880, ha expresado que: “...en el caso de que la ley especial guarde silencio absoluto, la ley de Bases de Procedimientos Administrativos se aplica en forma íntegra. Lo anterior es trascendente, toda vez que sea que se estime que la Ley General de Bancos establece o no un procedimiento especial para la aplicación de multas, lo cierto es que este cuerpo legal no regula de manera específica el procedimiento en cuanto a las etapas que debe contemplar, por lo que, en tales condiciones, la aplicación supletoria de la Ley N° 19.880 es una cuestión imperativa para la referida institución [SBIF] en el procedimiento sancionatorio (...) Interesa destacar que la aplicación supletoria antes referida, se relaciona exclusivamente con el procedimiento sancionatorio y no con el procedimiento de fiscalización, los que son distintos (...) Lo relevante es que las leyes de bases establecen reglas y principios básicos que se deben aplicar de forma imperativa, sirviendo no sólo para llenar vacíos legales en materias carentes de regulación expresa sino que además deben orientar cualquier interpretación de normas ambiguas relacionadas con la materia regulada por ellas (...) En este supuesto, aceptando la aplicación supletoria de la Ley N° 19.880 en la medida que éste sea conciliable con los fines específicos del procedimiento especial y considerando que este cuerpo legal no asienta ni regula un procedimiento sancionatorio, sino que sólo establece principios aplicables, se debe exigir únicamente que se ponga en conocimiento del administrado que se está llevando a cabo una investigación por determinados hechos los que eventualmente podrían ser constitutivos de infracciones precisas, indicándose al efecto las normas legales que se estiman infringidas, entregando la oportunidad de esgrimir las defensas que se estimen necesarias como asimismo la de rendir la prueba pertinente” (SCS de 09.05.17, rol 62.128-2016, cc. 12º, 13º y 15º).

**b) Argumentos para declarar inaplicable el artículo 79 inciso final del DL. 1.094.**

5º. En el caso concreto, el acto que da origen a la gestión judicial pendiente dice relación con la resolución exenta N° 50845 del Departamento de Extranjería y Migración, que aplica una multa a la requirente por infringir el Reglamento de Extranjería al haber dado trabajo a los extranjeros del plantel de fútbol profesional del equipo de Estudiantes de La Plata sin contar con las autorizaciones respectivas en el evento denominado la “Noche Alba”. El monto de la multa se determinó en base a cada uno de los 36 extranjeros que habrían participado en tal evento.



6°. Ahora bien, para poder aducir sus alegaciones y aportar elementos de juicio para desvirtuar los hechos que dieron origen a una sanción -como es en el caso una multa- los afectados por ella cuentan con recursos de carácter administrativo que se establecen en su favor, mediante los cuales pueden solicitar, por razones de legalidad o mérito y ante la propia Administración, que un acto administrativo, previamente dictado, sea dejado sin efecto o modificado.

Tales recursos constituyen una garantía para el administrado ya que, a través de éstos, el órgano puede enmendar su actuación modificándola, reemplazándola por otra o dejándola sin efecto, sin que sea necesaria la intervención de un juez para ello.

7°. La Ley N° 18.575 -Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, promulgada en 1986- rige a la Administración del Estado, la cual está constituida, entre otros, por los ministerios. Por lo tanto, sus disposiciones obligan también al Departamento de Extranjería y Migración, por depender del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

Pues bien, de acuerdo al artículo 10 de ese cuerpo normativo, contra los actos administrativos “se podrá **siempre**” interponer el “recurso de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo y, cuando proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar”. El recurso de reposición ha sido denominado también por algunas leyes como “de reconsideración”.

8°. En contra de la resolución que impone una multa puede el afectado interponer un recurso de reconsideración, según lo que dispone el inciso segundo del artículo 79 del DL. 1.094. Conforme a ese precepto: “Dentro del plazo de 10 días hábiles contados desde la notificación personal o por carta certificada, dirigida al domicilio o residencia del afectado, de la resolución que le imponga la amonestación o multa, éste podrá interponer **recurso de reconsideración** ante el Intendente Regional respectivo, fundado en nuevos antecedentes que acompañará al efecto. La autoridad correspondiente podrá confirmar, modificar o dejar sin efecto la sanción aplicada”.

Mediante tal resorte el afectado por la multa entonces podrá aportar nuevos elementos de hecho que no tuvo la autoridad a la vista cuando la impuso, a fin de que, analizando su pertinencia y sustancia, adopte una decisión definitiva.

9°. Como ya se afirmó, los actos administrativos son siempre impugnables por la vía administrativa, sin que dicha posibilidad se encuentra condicionada a una consignación previa. Ello puede conducir a sostener fundadamente que, como la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado es posterior al DL N° 1.094, el artículo 79, inciso final, impugnado por la requirente, se encuentra tácitamente derogado. Lo anterior importaría entonces que la resolución administrativa reclamada en la gestión pendiente es impugnable en la vía administrativa, por el recurso de reposición y, en la vía jurisdiccional, de



conformidad con las reglas generales, por la acción de protección y la de nulidad de derecho público.

No obstante lo anterior, es preciso tener presente lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley N° 19.880, en cuanto dispone que, intentada la vía jurisdiccional por el interesado, la Administración deberá inhibirse de conocer de cualquier reclamación que éste interponga sobre la misma pretensión.

10°. El inciso final del artículo 79 del DL. 1.094 establece una figura de “*solve et repete*”, que, en términos literales, significa “paga y repite, la cual “implica un condicionamiento de la admisibilidad de los reclamos administrativos o de las acciones contencioso-administrativas en contra de multas u otras obligaciones dinerarias declaradas a favor de la Administración, al pago previo de ésta, o una fracción, por parte del particular afectado” (García Macho, R. y Blanco, J.L. (2005), “Autotutela Administrativa” en *Diccionario de Derecho Administrativo*, Santiago Muñoz Machado (Director), Iustel, Madrid, tomo I A-G, pp. 294-305).

11°. Este Tribunal Constitucional tiene una numerosa y rica jurisprudencia sobre el *solve et repete*. Así treinta y una de sus sentencias analizan la materia, las que pueden sintetizarse teniendo presente los siguientes estándares: (a) el examen de constitucionalidad es relativo, y debe ponderarse caso a caso (STC 2475 c. 5°, citando a STC 546 c. 4°); (b) el monto del *solve et repete* es determinante para estimar su constitucionalidad (STC 2475 c. 6°-8°, citando a STC 226 c. 47°, STC 1345 c. 9°, STC 546 c. 13°); (c) la naturaleza de la persona obligada tiene relevancia constitucional (STC 2475 c. 9°, citando a STC 287 c. 7°); (d) debe considerarse la aplicación de *solve et repete* cuando se trata de servicios públicos provistos por particulares (STC 2475 c. 10°-14°).(...)El *solve et repete* está vinculado al derecho al acceso a la jurisdicción.

Por otra parte, en relación a su naturaleza, la doctrina ha señalado que “(1) Se trata de un presupuesto de admisibilidad del recurso contencioso-administrativo; (2) Es una consecuencia de la ejecutividad del acto administrativo; (3) Constituye un privilegio procesal establecido en favor de la Administración Pública” (Lewis, S. (2014). La regla *solve et repete* en Chile. *Estudios Constitucionales*, 12 (2), pp. 239-272, p. 241).

Respecto a las modalidades del *solve et repete* en el Derecho chileno actual, Sebastián Lewis describe tres: como exigencia para impugnar ante un tribunal de justicia una multa administrativa; como exigencia para impugnar ante los tribunales de justicia un impuesto o cantidad de dinero a beneficio fiscal que no sea una multa administrativa; y, en fin, como exigencia para interponer un recurso judicial en caso que la sentencia emanada de un tribunal de justicia haya ordenado el pago de una cantidad de dinero. En la primera modalidad, el autor cita como ejemplo el caso del precepto legal impugnado, sin embargo, siempre sobre la base de que el pago previo es un requisito de admisibilidad para la impugnación de la multa administrativa en los tribunales de justicia, sin examinar el caso en que la consignación previa se exige como requisito de admisibilidad de un recurso ante la propia Administración (ob. cit., pp.239-272).



12°. Sin embargo, el solve et repete también se ha considerado inconstitucional por ser contrario al derecho a la tutela judicial efectiva y afectar el derecho a la defensa cuando constituye un requisito sine qua non para la admisión de la vía impugnatoria administrativa

Así lo ha estimado, por ejemplo, el Tribunal Supremo español al declarar que los preceptos que exigen la consignación previa del importe de una multa para poder formular un recurso administrativo deben entenderse que se encuentran derogados desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1978 por vulnerar su artículo 24, al impedir el logro de la tutela judicial en el ejercicio de derechos o intereses legítimos (Sentencias de 9 de mayo de 1984, 15 de marzo de 1985, 22 de diciembre de 1986, 19 de noviembre de 1987, 26 de octubre de 1988, 9 de octubre de 1991, 21 de enero de 1992, 17 de diciembre de 1997, 21 de julio de 2000, entre otras).

Asimismo, la Corte Constitucional de Colombia, ha señalado que los recursos que tienen a su disposición de los administrados para defenderse de los posibles desaciertos de la administración, y que provocan con su uso la denominada "vía gubernativa", permiten a la Administración la corrección de sus propios actos mediante su modificación, aclaración o revocatoria, y a los administrados la garantía de sus derechos por aquella, sin tener que acudir a la instancia judicial. Existe además, la necesidad del agotamiento de la vía administrativa, como un requisito previo, establecido por la ley, para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, lo que implica que su debido agotamiento es requisito indispensable para el ejercicio, en los casos de ley, del derecho fundamental al libre acceso a la justicia, a fin de que la administración pueda enmendados cuando sea oportuno. Al efecto consideró inconstitucional una norma de un decreto de 1991, que obligaba a depositar el valor de una multa o a garantizar en forma idónea su pago para poder interponer un recurso en contra de una resolución, por constituir, en el caso, un obstáculo al debido proceso administrativo (Sentencia N° T-576/92). Lo mismo sostuvo luego respecto de un precepto legal que imponía la exigencia de un pago previo del valor de la multa para que el afectado pueda presentar los recursos correspondientes por la "vía gubernativa" (Sentencia T-279 de 1995).

13°. En el caso concreto que da origen a este requerimiento de inaplicabilidad, no se trata de servicios públicos provistos por particulares y el monto del pago previo es relevante, considerando que se trata de la mitad del valor de la multa impuesta. Por ello, y sin perjuicio de lo señalado sobre la eventual derogación tácita, estos ministros estiman procedente acoger la impugnación al inciso final del artículo 79 del DL 1.094.

En efecto, la figura del "solve et repete", como límite a la misma jurisdicción administrativa, vulnera el artículo 38 de la Carta Fundamental, que reconoce a toda persona el derecho a reclamar cuando ha sido lesionada por la Administración del





Estado, en el caso particular, ante el propio órgano del cual emanó el acto gravoso, considerándose este como uno de aquellos órganos que ejercen jurisdicción a que alude el inciso 6° del N° 3 del artículo 19.


Asimismo infringe la garantía del art. 19 N° 3 de la Constitución desde que la reconsideración que establece el art. 79 del DL. 1.094 es para acompañar nuevos antecedentes, sin que se sepa cuáles fueron los que tuvo a la vista la resolución del Departamento de Extranjería de 21 de febrero de 2019 y sin que exista tampoco un contencioso administrativo en que pueda analizarse cuáles fueron éstos, ya que, en el hecho, el afectado no fue oído ante la autoridad administrativa, por lo tanto, no se siguió un justo y racional procedimiento.

Por último, la aplicación de la regla legal impugnada infringe también el artículo 19 N° 26 de la Constitución al imponer una condición, tributo o requisito que impide, en el caso concreto, el libre ejercicio del derecho a la igual protección en el ejercicio de los derechos asegurado a todas las personas por el ya citado artículo 19 N° 3 del texto constitucional.

Redactó la sentencia el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado; la disidencia, el Ministro señor Nelson Pozo Silva, y la prevención, la Ministra señora María Pía Silva Gallinato.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 7587-19-INA**



SRA. BRAHM

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, y por sus Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, GONZALO GARCÍA PINO, JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ.

Firma la señora Presidenta del Tribunal, y se certifica que los demás señora y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la emergencia sanitaria existente en el País.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.

