



2021

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

Sentencia

Rol 9940-20-INA

[13 de julio de 2021]

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 EL PROCESO ROL N° 66199-2020, SOBRE RECURSO DE PROTECCIÓN, SEGUIDO ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

VISTOS:

Introducción

A fojas 1, con fecha 15 de diciembre de 2020, 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 el proceso Rol N° 66.199-2020, sobre recurso de protección, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

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 70.176, de 21 de abril de 2020, el Departamento de Extranjería y Migración le cursó una multa de 11,14 Ingresos Mínimos no Remuneracionales, equivalentes a abril de 2020 a \$2.301.413, sobre la base de la supuesta infracción al Reglamento de Extranjería, al haber dado trabajo a un extranjero que no cuenta con la autorización respectiva. Se trata de don Iván Javier Rossi, futbolista argentino, quien formó parte del Club de Fútbol Colo-Colo durante la temporada 2019.

Agrega la parte requirente que la resolución sancionatoria no contiene razonamientos ni fundamentos, es excesivamente escueta y no permite la defensa del sancionado, que alega que el jugador ya no tenía relación laboral con Blanco y Negro al momento de la aplicación de la sanción. En esas circunstancias, Blanco y Negro recurrió de protección ante la Corte 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 oída en el procedimiento administrativo sancionador, ni pudo presentar antecedentes, no obstante que el precepto así lo dispone de ser posible, sin poder así la requirente hacer valer su derecho a defensa y el principio básico de bilateralidad de la audiencia; además que, para poder interponer el recurso administrativo de reconsideración debe pagar la mitad de la multa, lo que conculca igualmente su derecho a defensa, 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, vulnerándose en consecuencia el artículo 19 constitucional en sus numerales 2 y 3.

Añade la parte requirente que este Tribunal Constitucional, en la sentencia Rol N° 7587, de junio de 2020, frente a un caso análogo y entre las mismas partes concernidas, acogió el requerimiento y declaró inaplicables por inconstitucionales los mismos preceptos legales impugnados en estos autos, solicitándose que igualmente sea acogido el presente requerimiento.

Admisión a trámite, admisibilidad y observaciones de fondo al requerimiento

La causa fue admitida a trámite y declarada admisible por la Segunda Sala de este Tribunal Constitucional (fojas 68 y 85).

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 195 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.

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; y sin que ello importe afectar el derecho a defensa ni el acceso a la justicia.

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 de procesabilidad de una acción judicial ni es por tanto requisito para acceder al juez.

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 misma ley.

Vista de la causa y acuerdo

Traídos los autos en relación, en audiencia de Pleno del día 20 de abril de 2021, se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos certificados por el Relator. Con la misma fecha se adoptó el acuerdo, quedando la causa en estado de sentencia.

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 y Seguridad Pública, a través de la Resolución N° 70.176, sancionó a la requirente Blanco y Negro S.A. con una multa ascendente a



11,14 Ingresos Mínimos no Remuneracionales que equivalían, a abril de 2020, a \$2.301.413. Teniendo tal pena como antecedente el hecho de que la requirente habría empleado a un extranjero, 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. 34).

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, fruto de su correspondencia con las penas penales, 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; 479; 480; 1413; 1518; 2381; 5018, 6250, 7587).

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 Roles N° 389, 2682, y 7587).

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, 6250, y 7587, 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 Roles N°s 2264, considerandos 18° y 19°, 2658, considerandos 7° a 12°, y 7587, considerando 4°).

Sigue este dictado la Ley N° 18.410 de 1985 (artículos 15 a 16 A). Es frecuente encontrar la antes reseñada descripción en las actuales leyes reguladoras del poder punitivo estatal. Dentro de estas están la Ley N° 20.417 de 2010 (Artículo segundo, artículos 35, 36, y 38 a 40), en materia ambiental, o bien la Ley N° 21.091 de 2018 (artículos 52 a 62), en el ámbito educacional;

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 \$2.301.413 (fs. 34), 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 8°, inciso segundo de la Constitución, alude a que “la recurrente ha sido sancionada con anterioridad por el mismo presupuesto en que se funda la resolución” (fs. 54-55), aspectos 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 el artículo 38, inciso segundo, de la Constitución, así como en los artículos 2° y 9° 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, 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, los pronunciamientos recaídos en 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.

Es del caso reconocer que el reproche a la figura del *“solve et repete”*, fue originalmente realizado por Eduardo Soto Kloss, quien lo plasmó en una disidencia a la STC Rol N° 185 de 1994. De igual modo, más adelante, el jurista extendió los reproches, en *“Solve et repete. Notas sobre un resabio absolutista en el Estado Constitucional de Derecho”*, Ius Publicum, N°. 6, 2001, pp. 79-100.

La incompatibilidad constitucional del *“solve et repete”* ha sido reiterada por la doctrina reciente, la cual ha cuestionado la legitimidad de la exigencia de cara a la Carta Fundamental, siguiendo la doctrina sustentada por esta Magistratura:



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, 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, en orden a que “las leyes anteriores a la adopción de este estándar por parte del Tribunal Constitucional [refiriéndose a la STC N° 376], 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, teniéndosele -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, se debe precisar que la Ley N° 19.880 no es apta para regular supletoriamente a las sanciones administrativas, y que el DL N° 1.094 no fue idóneo para regular a las sanciones administrativas.

Por una parte, 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.

Por otro lado, la Ley N° 21.325 de 20.4.2021, recogió la línea de razonamiento que se viene exponiendo, pues derogó el DL N° 1.094 sin renovar las disposiciones normativas que se declaran inaplicables mediante la presente sentencia. A lo anterior se suma la incorporación de elementos que hacen eficiente al sistema sancionador, tal como la rebaja o sustitución de la multa. Ello denota que, además de eliminarse los vicios normativos, es el Legislador quien debe facultar la aplicación de sanciones administrativas o penales rigurosas como la última alternativa posible.



Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

- 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 ROL N° 66.199-2020, SEGUIDA ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO.**

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

DISIDENCIAS

Acordada la sentencia, en cuanto acoge el requerimiento respecto del artículo 79, inciso primero –en sus frases “con el solo mérito de los antecedentes que las justifiquen,” y “, siempre que ello sea posible,”- y el artículo 74, inciso final del Decreto Ley N° 1.094, de 1975, con el voto en contra de los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO, NELSON POZO SILVA y señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento en esa parte, en base a las siguientes consideraciones:

I.- CRITERIOS GENERALES

1°. La consecuencia 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 este 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);



2°. 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;

3°. La ley debe ser interpretada conforme a la Constitución, 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;

II.- PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD Y EJERCICIO DE POTESTAD PÚBLICA

4°. 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;

5°. 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 aquella 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, Manual de Derecho Administrativo, Ed. Tirant lo Blanch, 2018, op cit., p. 423);

6°. 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;

III.- PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES INVOCADOS POR LA ACTORA CONSTITUCIONAL

7°. 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, sobre los cuales explicitaremos diversas consideraciones y comentarios, que aumentan el rechazo de su invocación;

8°. 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 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 tales cuestiones. De ahí que, como lo afirmó 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);

9°. 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);

IV.- PROCEDIMIENTO RACIONAL Y JUSTO.

10°. 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;



11°. 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);

12°. Que en el precedente de esta Magistratura Rol N°7587-19 (prevención), se estableció lo siguiente:

“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)”.

13°. Sin embargo, la aplicación del inciso final del artículo 74 del D.L. 1.094 no contradice las normas constitucionales que se cuestionan como vulneradas si se tiene en cuenta la obligación que pesa 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... susceptibles 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).

De esta manera corresponde al juez de fondo constatar si el acto administrativo sancionatorio cumplió con su deber de motivación y si aquella resulta pertinente y adecuada.

14°. Que en los autos Rol N°7587-19, estos Ministros disidentes argumentaron en el siguiente sentido:

“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)”.

15°. En un mismo sentido, el margen de apreciación y la zona de proporcionalidad juegan un rol relevante, tomando en consideración que tanto la noción de la zona de proporcionalidad examina la constitucionalidad de una restricción a un derecho fundamental desde el punto de vista nacional.

Tal noción determina el marco de información fáctica y normativa desde el cual el legislador puede derivar una restricción válida a un derecho humano. “La doctrina del “margen de apreciación” examina la constitucionalidad de la restricción a un derecho desde el punto de vista de comunidad internacional. El margen de apreciación determina el marco de información fáctica y normativa cuya existencia permite a la comunidad internacional otorgar un peso considerable a determinaciones fácticas y normativas hechas por los Estados contratantes intervinientes. En este contexto, podemos considerar varias similitudes y diferencias entre los dos conceptos” (Aharon Barak, Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones, Ed. Palestra, Lima-Perú, 2017, p.458).

Y agrega el citado profesor Barak: “El margen de apreciación no se relaciona con el principio de separación de poderes, sino más bien se deriva de la relación especial de los tratados de derechos internacionales (tales como la Convención Europea de los Derechos Humanos) con el derecho nacional. En consecuencia, el concepto de margen de apreciación se aplicaría a las relaciones entre el juez nacional y el juez internacional, mientras la zona de proporcionalidad no es relevante en el examen relativo a las relaciones entre los diferentes jueces dentro de un mismo ordenamiento jurídico” (Aharon Barak, op.cit., p. 459).

16°. En este contexto, surgen cuestionamientos a que la función del concepto de margen de apreciación en relación con el juez del derecho interno, al momento de decidir debe basar sus decisiones sólo en la noción de “zona de la proporcionalidad”, atendido a que en la noción de ordenamiento jurídico relativo a la ponderación adecuada entre el interés público y los derechos humanos individuales, tal como sucede en el caso concreto, lo cual implica calibrar como la proporcionalidad y los derechos fundamentales positivos y los componentes de la proporcionalidad, esto es el fin adecuado, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, establecen y sustentan una decisión. La regla básica, en su forma positiva, requiere que la ponderación considere cuanto mayor sea la importancia de la protección marginal del derecho fundamental positivo y mayor sean las probabilidades de cumplir tal derecho, mayor importancia social, mayor urgencia y más alta probabilidad de ocurrencia debe tener el requisito relativo a los beneficios marginales para el interés público o para otro derecho fundamental a fin de evitar la inaplicación de la ley.



Acordada la sentencia, en cuanto acoge el requerimiento respecto del artículo 79, inciso final del Decreto Ley N° 1.094, de 1975, con el voto en contra del Ministro señor NELSON POZO SILVA, quien estuvo por rechazar el requerimiento en razón de las siguientes consideraciones:

1°. Que la requirente somete a consideración de esta Magistratura la cuestión de constitucionalidad denominada “solvete et repete” (pagar para repetir), consagrada en la norma impugnada que exige el importe del 50% de la multa como requisito previo para efectos de recurrir de reconsideración administrativa, en contra de la decisión del Departamento de Extranjería y Migración, a objeto de que esta no tenga aplicación en el recurso de Protección presentado ante la Corte de Apelaciones de Santiago, estimando que la aplicación de dicho precepto afectaría su derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, indicando además a fojas 19 de su libelo que recientemente se “declaró inaplicable este precepto legal en un caso análogo y entre las mismas partes, declarándolo inconstitucional en términos generales”.

2°. Que, antes de pronunciarnos sobre la petición formulada en el requerimiento, debe tenerse presente que el artículo 93 N° 6 de la Carta Política, encomienda a este Tribunal Constitucional la misión de resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.

En efecto, en primer término, debe precisarse que la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contradicción con la Constitución, que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto y no en una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional. Es más, cuando en ejercicio de la facultad que a este Tribunal confiere el N° 6 del artículo 93 de la Carta Fundamental, en relación con su inciso undécimo, se declare inaplicable determinado precepto legal, ello no significa que siempre éste sea *per se* inconstitucional, sino únicamente si su aplicación en la gestión pendiente lleva a ese resultado.

Lo indicado explica que el Constituyente haya distinguido con claridad entre esta acción constitucional y la consagrada en el N° 7 del artículo 93, que procede únicamente si el precepto declarado inaplicable en uno o más casos concretos adolece, también, de una contradicción completa y universal con la Constitución, que justifique su expulsión del ordenamiento jurídico, materia que encomienda sopesar y resolver a esta Magistratura, con quórum calificado, de oficio o a petición de cualquier persona.

Corolario de todo ello es que, en casos como estos, de sentencias recaídas en procesos sobre inaplicabilidad pronunciadas por esta Magistratura, no será siempre posible extraer conclusiones jurisprudenciales o doctrinas de carácter general acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de determinados preceptos legales.



Por lo tanto, ello no impediría que un precepto legal declarado inaplicable en sucesivos casos concretos pueda permanecer dentro del ordenamiento jurídico, y que otros sean tan ostensiblemente inconstitucionales, que justifiquen su expulsión del orden jurídico nacional.

3°. Que las consideraciones expresadas en los motivos precedentes son especialmente pertinentes tratándose de la denominada hipótesis del “*solve et repete*”, esto es, pague primero una parte o toda la obligación impuesta por una sanción administrativa, aplicada en este caso por la autoridad fiscalizadora, para posteriormente poder tener acceso a la jurisdicción judicial en busca de la tutela de sus derechos, que es lo que en sustancia impugna la acción deducida en estos autos.

4°. Que así, si bien es cierto que, en una primera impresión, el establecimiento de una exigencia que puede interpretarse como barrera de acceso a la justicia no aparece como razonable ni ajustada a la seguridad que ofrece la Carta Fundamental a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos de todas las personas y al debido proceso legal, como, asimismo, que la tendencia legislativa ha sido, precisamente, extirpar todo obstáculo al libre ejercicio de las acciones judiciales, no lo es menos que, atendida la diversidad de situaciones que pueden presentarse y a la multiplicidad de fórmulas que el legislador utiliza, no es posible estimar como constitucional o inconstitucional en sí misma la regla del *solve et repete*.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que el monto de la consignación previa es un elemento indiciario para estimar la constitucional o no de la regla en estudio, criterio que derivaría de la existencia de un parámetro incuestionable, razonable y justificado; y que la naturaleza de la persona sometida a la exigencia de consignación tiene relevancia.

Es así, como el análisis de dicha disposición, debe 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.

5°. Que esta Magistratura ha señalado en diversos pronunciamientos, que la figura del “*solve et repete*” se encuentra inserta en el Derecho Administrativo Sancionador y consiste en aquella exigencia legal que supedita la posibilidad de reclamar ante el juez la validez de una multa administrativa, al pago previo del todo o parte. Conforme a ello, ha resuelto en STC 1876, 2452 y 2853, que no se configura el “*solve et repete*”, si el marco en que se impone una sanción, respecto de la cual se exige la consignación previa, es la sentencia dictada por un órgano jurisdiccional; en dicha especie, precisa, no se niega el acceso al derecho de tutela judicial, pues no se está ante la exigencia de una consignación previa para reclamar ante el juez, sino que para recurrir a una instancia jurisdiccional, posibilidad que se restringe mediante la



consignación a efectos de proteger alguno de los derechos fundamentales que asegura la Constitución Política, tales como el de la seguridad social.

6°. Que, en atención a lo señalado precedentemente, 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, dado que esa consignación no limita ninguna acción o recurso de carácter jurisdiccional.

7°. Que, a mayor abundamiento, atendidas las alegaciones de la requirente en torno a la inconstitucionalidad genérica del precepto en análisis, cabe señalar que en materia de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, no todas las exigencias pecuniarias afectan a todas las personas por igual, así en el caso concreto estamos en presencia de una sociedad anónima abierta que se transa en la bolsa, cuyo capital suscrito y pagado al año 2018, asciende a M\$ 18.377.927, equivaliendo el monto de la consignación previa a la suma de \$1.150.407, al mes de abril de 2020, suma que atendidas las circunstancias fácticas, no permite concluir una afectación a las garantías invocadas.

8°. “En Chile, el derecho administrativo sancionador está fragmentado en numerosos procedimientos sancionatorios, ya que cada órgano dotado de la potestad sancionatoria encuentra su fundamento en su ley sectorial (LOC en muchos casos), de ahí la necesidad de un derecho administrativo sancionador que establezca expresamente las bases y los principios generales que han de regir para todos los procedimientos sancionatorios.

Por lo pronto, se aplican los principios del orden penal matizados, puesto que ellos constituyen un plus de garantías que tienen como finalidad proteger a los particulares frente a las medidas de efectos especialmente graves para su esfera jurídica” (Huergo Lora, Alejandro, *Las Sanciones Administrativa*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, p.187).

9°. Que no se aprecia un menoscabo en el denominado “ius imperium” que organiza, ordena y dispone la creación de “jurisdicciones” administrativas en el poder ejecutivo, como entes estatales encargados de asegurar la aplicación de las reglas de derecho establecidas, aunque revisables en sede judicial ordinaria o constitucional. Asimismo, las relaciones jurídicas “inter privados” también deben asegurar, en cuanto sea aplicable, según el juez, las instituciones procesales que les permitan a los particulares contar con principios y derechos que tutelen su derecho a la justicia, sin perjuicio de los consagrados en el debido proceso.

Que no se ve, en el caso concreto, afectación del Juez natural, la predeterminación legal del órgano judicial, el acceso a la jurisdicción, vulneración



del principio de igualdad procesal, ni tampoco impedimento de un derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ni menos la negación a admitir o negar un medio de prueba propuesto, con la existencia de que tampoco es posible concebir que se produzca una inaplicación del debido proceso y la tutela jurisdiccional, puesto que como se ha establecido de forma categórica en el motivo séptimo de esta disidencia, la actora constitucional no ve afectado su patrimonio con lo normado en el inciso final del artículo 79 cuestionado en el requerimiento de fojas 1 y siguientes.

10°. Que atendido lo expuesto los Ministros que suscriben, estuvieron por rechazar la impugnación del inciso final del artículo 79, del Decreto Ley N° 1.094, de 1975.

Acordada la sentencia, en cuanto acoge el requerimiento respecto del artículo 79, inciso final del Decreto Ley N° 1.094, de 1975, con el voto en contra de la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, quien estuvo por rechazar el requerimiento en esta parte, sólo en razón de las siguientes consideraciones:

1°. Esta Magistratura ha resuelto que el pronunciamiento de admisibilidad de la Sala respectiva no impide que el Pleno deba examinar, luego de efectuada la tramitación del requerimiento de inaplicabilidad y allegados todos los antecedentes necesarios para su acertada resolución, que concurren los requisitos para entrar a decidir el fondo de la cuestión planteada (STC Roles 2.693, 2.881, 3.146, 5192, 5894, entre otras).

Pues bien, en cuanto a la infracción del artículo 79 inciso final del DL. 1.094 el requerimiento de autos debe ser rechazado porque adolece de defectos de carácter formal que llevan a considerar que nos encontramos frente a un conflicto en el que la declaración de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad no producirá efectos útiles en él.

2°. Al efecto cabe tener presente que, entre los antecedentes allegados al proceso, se encuentra el informe evacuado por el Departamento de Extranjería y Migración en el recurso de protección que constituye la gestión judicial pendiente (fs. 138). De acuerdo a dicho documento, el requirente depositó el 100% de la multa, es decir, el doble de lo exigido por el precepto impugnado. Así indica: *“Que a la fecha de interposición del presente recurso de protección, el recurrente ya había intentado el recurso de reconsideración en contra de la multa cursada, habiendo depositado un vale vista por el equivalente al 100% de la multa impuesta, superando la exigencia que establece la normativa vigente, que sólo requiere de un 50% de la multa cursada como requisito previo para interponer el recurso de reconsideración contra una multa administrativa cursada por esta autoridad migratoria.”* (fs. 139).

Habiendo entonces ya sido aplicada en la fase procesal pertinente la norma impugnada, no tendrá efecto útil la declaración de su inaplicabilidad.



3°. Además, como consecuencia de lo anterior, pierden fundamento plausible los reproches efectuados en el requerimiento, tales como que “el acceso a la justicia se transformará en un derecho a un privilegio, el cual podría ser solamente ejercido por aquellos que dispongan de los medios económicos para poder ser escuchados ante la Administración” (fs. 21).

Tales cuestionamientos tienen, por lo tanto, un carácter meramente abstracto, con mayor razón si quien los formula en el caso concreto, al depositar el equivalente al total del monto de la multa impuesta, ha demostrado con creces que cuenta con los medios económicos para solventarla.

PREVENCIONES

El **Ministro señor Gonzalo García Pino** previene que está por **acoger** el requerimiento en relación a la impugnación que formula al **artículo 79 inciso final** del mismo cuerpo legal, exclusivamente por las siguientes consideraciones:

a.- Interpretación conforme con la Constitución.

1°. Primero, el decreto ley 1094 que contiene el precepto legal impugnado es de 1975, en circunstancias que la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado es de 1986 (LOCBGAE).

La LOCBGAE rige a la Administración del Estado, que está constituida, entre otros, por los ministerios. En consecuencia, sus disposiciones obligan también al Departamento de Extranjería y Migración, por depender del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

En tal sentido, el artículo 10 de la LOCBGAE dispone que contra los actos administrativos procederá siempre 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.

2°. Por consiguiente, los actos administrativos son siempre impugnables por la vía administrativa, sin que dicha posibilidad se encuentre condicionada a una consignación previa, así como también por vía jurisdiccional. Considerando que la LOCBGAE es posterior al DL N° 1.094, puede sostenerse fundadamente que el artículo 74, inciso final, impugnado por la requirente, se encuentra tácitamente derogado y, por tanto, 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 LBPA, de conformidad con el cual



intentada la vía jurisdiccional por el interesado, la Administración deberá inhibirse de conocer de cualquier reclamación que éste interponga sobre la misma pretensión.

b.- Jurisprudencia del TC sobre “solve et repete”.

3°. 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).

4°. 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).

5°. 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).

c.- Caso concreto.

6°. 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.

El Ministro señor Rodrigo Pica Flores previene que concurre a lo resuelto en la presente sentencia sin compartir lo razonado en sus considerandos 12° a 16°.

Redactó la sentencia el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado; las disidencias, el Ministro señor Nelson Pozo Silva y la Ministra señora María Pía Silva Gallinato, respectivamente, y las prevenciones fueron escritas por los Ministros señores Gonzalo García Pino y Rodrigo Pica Flores.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 9940-20-INA

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 señores MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y RODRIGO PICA FLORES.

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.