

REVISTA DEL

Abogado

UNA PUBLICACIÓN DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE

Nº 71 / DICIEMBRE / 2017



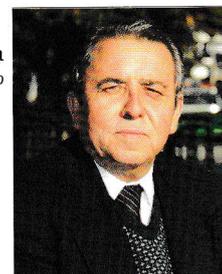
Objeción de conciencia en
casos de aborto en tres causales

**¿Una defensa o un
retroceso para la mujer?**

Iván Arostica
Presidente del Tribunal
Constitucional

**"Necesitamos
tiempo para marcar
tradiciones jurídicas"**

Ley antiterrorista en Chile
Entre la obsolescencia
y la ineficacia



Control del mérito

La exclusión del Contralor General de la República

El aspecto material de la decisión puede ser examinado al momento de la toma de razón, pero no el aspecto subjetivo de la reflexión personal de la autoridad que adoptó tal decisión.

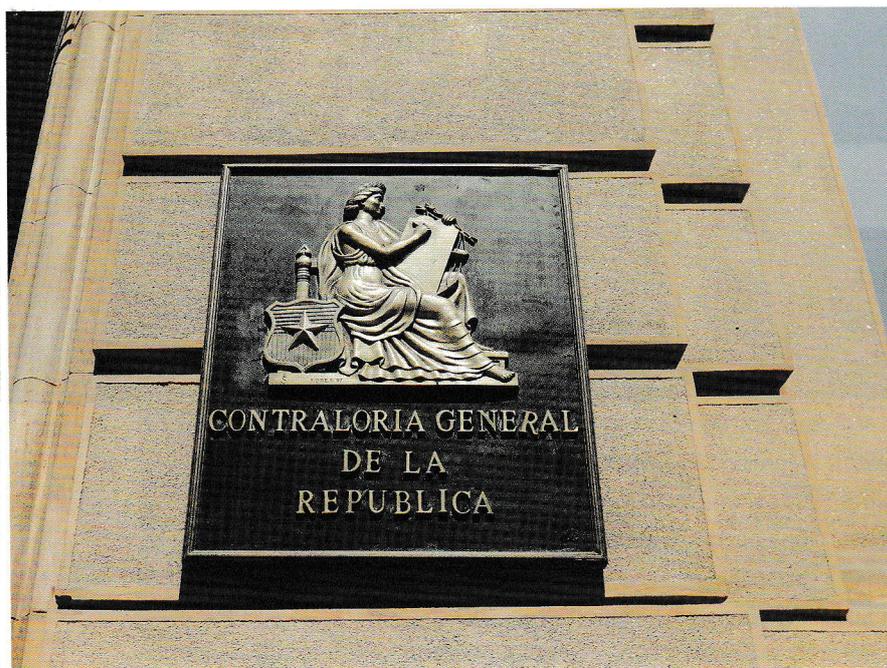
En los actos administrativos del gobierno y de la Administración del Estado cobra una importancia vital al momento de la decisión el “mérito” de este. Es tal su relevancia, que se ha prohibido al contralor evaluarlo al momento de tomar razón; la Ley N°19.817 del año 2002, que modifica la L.O. de la Contraloría General de la República N°10.336, ha positivado esta prohibición mediante el artículo 21 B, como sigue: “La Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de convenien-

cia de las decisiones políticas o administrativas”.

Respecto del origen del mérito, tratadistas chilenos se refieren a estos aspectos, pero no los definen. En 1968 el profesor Silva Cimma señala que su origen es italiano y en 1977 el profesor Eduardo Soto Kloss declara que su origen es francés o italiano, pero como oportunidad. Por su parte, el profesor Pierry en “El Control de la Discrecionalidad Administrativa”, de la Revista de Ciencias Jurídicas (Valparaíso, Chile, 1971), analiza “el control de la discrecionalidad administrativa” en el apartado referido a la “apreciación de los hechos”, donde se expone sobre el control de la oportunidad. Expresa en sus conclusiones que esta es de origen francés, correspondiendo en gran medida a la teoría francesa actual. Generalmente estos aspectos se hacen sinónimos, porque no existe un concepto y tampoco una definición legal.

Asimismo, la decisión de la Administración tiene características objetivas y subjetivas; determinar qué es lo más conveniente y oportuno para el interés general es el mérito de la decisión, lo cual es una facultad inherente al Poder Ejecutivo, como explica el profesor Ferrada en “Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el régimen administrativo chileno”. Este Poder es un atributo especial, exclusivo y excluyente del ejecutivo frente a los otros poderes del Estado y se origina doctrinalmente desde tiempos pretéritos en la teoría de la división de los poderes o separación de funciones que nos dejaron Locke y Montesquieu.

En el plano nacional este poder ha sido consagrado en el artículo 24° de la Constitución, el cual es de



mando y de ejecución. Por su parte, el artículo 32° N°6 de esta determina la potestad reglamentaria del Presidente de la República, que es de explicitación y aplicación de las leyes, y donde este puede “dictar normas en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”.

El profesor Silva Bascuñán señala que “la atribución tanto de dictar normas generales dirigidas a proveer la mejor ejecución de las leyes, como de expedir, en concreto, las órdenes o resoluciones singulares que representen la plena realización del contenido preceptivo de las leyes, se llama potestad reglamentaria”, sub clasificándola en potestad reglada y discrecional. Por su parte, citando a Parejo, el profesor Ferrada señala que “la potestad reglamentaria es una de las más intensas en el ordenamiento jurídico, ya que implica otorgar a los órganos de la Administración del Estado un poder excepcional de creación concurrente del orden jurídico y no solo de sujeto del mismo”. Agrega también “que se constituye en una potestad privilegiada de este sujeto para actuar en el derecho administrativo”.

Dos opciones para decidir

La potestad reglamentaria permite a la Administración del Estado tomar decisiones para realizar sus funciones o cometidos legales. El artículo 3° de la Ley N°19.880 establece que “las decisiones se expresarán en forma escrita y se denominarán actos administrativos, y estos, tomarán la forma de decretos o resoluciones, sin perjuicio de otra manera de resolver asuntos o negocios propios de la Administración”. Como ha dicho el profesor Bascuñán, esta potestad puede ser reglada o discrecional. En la primera, el límite del ejercicio para la autoridad es lo que prescribe la norma jurídica. Al contrario, en el ejercicio de la potestad discrecional el límite está circunscrito a que la actuación de la autoridad no sea ni discrecional ni arbitraria.

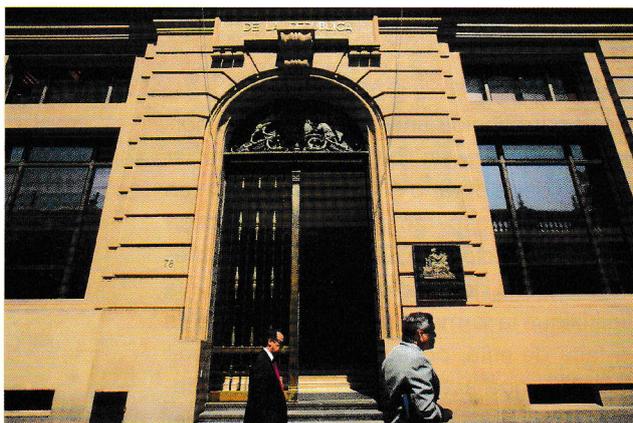
En esta última, la autoridad puede actuar con

cierta libertad para decidir ante la ausencia de norma o regla jurídica; tiene un libre poder de apreciar cómo y cuándo debe obrar o no obrar y aparece en todo su esplendor el aspecto subjetivo de la decisión de la Administración del Estado. Visto lo anterior, la decisión tiene dos opciones para nacer a la vida jurídica: sigue la forma que le prescribe la regla legal, o, a falta de esta, posee libertad para elegir cuál es lo mejor que satisfaga con las necesidades públicas. En ambos casos tiene un libre poder de decisión entre una o más opciones, para elegir la mejor que satisfaga el fin del acto; elección que debe estar enmarcada en la legalidad, ya que, de lo contrario, el acto sería ilegal y arbitrario.

Ambas potestades son controlables por el contralor, pero solo en lo formal, como indicaremos más adelante. Al no tener nuestro ordenamiento jurídico una definición legal, jurisprudencial o doctrinal de lo que significa esta facultad subjetiva y personal, se corre el peligro de actuar arbitrariamente al momento de tomar la decisión. El mérito de la decisión, entonces, es la ponderación y valorización de las razones y motivación del acto. La decisión debe tener necesariamente motivo, el que está establecido en el artículo 11° de la Ley N°19.880 y la motivación indicada en el artículo 41° de la misma ley. El motivo lo encontramos en la causa u objeto del acto, o mejor dicho, en los vistos de la decisión, y la motivación en los considerandos o fundamentos de este.

Ambos, en términos generales, pueden ser controlados formalmente; lo que no se puede controlar es por qué la autoridad tomó tal o cuál decisión, lo que es el aspecto del mérito de la decisión. Este es un derecho o facultad de opción de la autoridad, que es propio y excluyente de la Administración. Al efecto, en el Rol IC.A (S) 536-2006 se ha resuelto que “La Contraloría General, con motivo del control

El mérito de la decisión es el ejercicio que tiene como finalidad elegir entre una o más opciones la mejor, con el objeto de satisfacer el fin del acto mismo, del órgano público y el interés general de la sociedad.



La decisión de la Administración tiene características objetivas y subjetivas; determinar qué es lo más conveniente y oportuno para el interés general es el mérito de la decisión, lo cual es una facultad inherente sólo al Poder Ejecutivo.

de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas y, que su evaluación solo debe ser formal”.

Carencia de una definición

Durante el transcurso de este artículo hemos hablado mucho del aspecto subjetivo de la decisión de la autoridad, sin atrevernos a señalar que este es el mérito de la decisión, pero realmente, ¿sabemos qué es, si no tenemos una definición? Reiterando lo dicho, la doctrina y la jurisprudencia, sean administrativas o judiciales, no han construido una definición que fije con claridad y precisión el significado del mérito, ni tampoco han entregado un concepto. En los textos de derecho administrativo nacionales no se encuentra una definición, ni tampoco en la jurisprudencia administrativa de la Contraloría.

El Dictamen N°15.460- 2007, dice: “Sobre el particular y como cuestión previa, cabe tener en consideración que los términos mérito y conveniencia utilizados por el legislador en el artículo 21B de la Ley N°10.336 no han sido definidos expresamen-

te por este, de modo que deben entenderse en su sentido natural y obvio, para lo cual resulta procedente recurrir al diccionario de la lengua española, que define mérito, como ‘digno, merecedor’ y conveniencia como ‘utilidad, provecho’”.

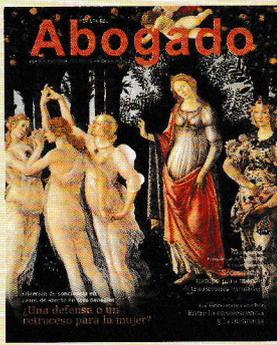
Debemos señalar que las decisiones tienen dos momentos de control. Por una parte, un control interno o jerárquico o pleno, que se prescribe en el artículo 10° de la Ley N°18.575, y un control externo o restringido a lo formal realizado por el contralor al momento de la toma de razón, según así se prescribe en el artículo 99° de la Constitución y por los tribunales de justicia al resolver negocios de nulidad de derecho público o recursos de protección.

El aspecto material de la decisión puede ser controlada por el examen que realiza el contralor al momento de la toma de razón, debido a que se trata de todos los antecedentes, circunstancias de hecho y fundamentos de derecho que la norma prescribe y que se encuentran en los artículos 11° y 41° de la Ley N°19.880.

Surge entonces la pregunta: ¿podrá ser controlado legalmente el aspecto de mérito de la decisión, es decir, el aspecto subjetivo de la reflexión personal de la autoridad que toma la decisión? De acuerdo al artículo 21B referido, no es posible. La jurisprudencia de la Corte Suprema así lo ha expresado; en la causa Rol C.A.P. (V) 4880-2008 ha dicho que el fundamento jurídico que se tuvo a la vista para establecer el artículo 21B de la Ley N°10.336 que prohíbe al contralor ponderar o evaluar el aspecto subjetivo o técnico de la decisión, se encuentra en el artículo 52 del D.L. N°1263 del año 1975, sobre Administración Financiera del Estado.

En conclusión y a falta de un concepto del mérito, proponemos el siguiente: “Es el resultado del examen y ponderación razonada de los antecedentes materiales, circunstancias de hecho y fundamentos de derecho que tuvo a la vista la autoridad al momento de dictar el acto administrativo; ejercicio que tiene como finalidad elegir entre una o más opciones la mejor, con el objeto de satisfacer el fin del acto mismo, del órgano público y el interés general de la sociedad”. ✎

Detalle de "Alegoría de la Primavera" de Sandro Botticelli (1480). Wikipedia.



REVISTA DEL ABOGADO M.R.
N° 71 / DICIEMBRE / 2017

Director

Héctor Humeres N.

Comité Editorial

María Magdalena Atria B.
Héctor Humeres N.
Paulo Montt R.
Enrique Navarro B.
Julio Pellegrini V.

Editora

Deborah Con K.

Colaboradores

Juan Francisco Gutiérrez I.
Oscar Kolbach C.
Mariela Miranda G.
Miguel Orellana B.
Carolina Seeger C.
Rodrigo Winter I.

Diseño Gráfico

Gabriela Artigas S.

Fotografía

Pamela San Martín J.

Secretaría Ejecutiva

Ana María Carbone H.

Impresión

Aimpresores Ltda.

Propietario

Revista del Abogado S.A.

Representante Legal

Héctor Humeres Noguera

Publicación del Colegio de Abogados de Chile, de distribución gratuita a sus colegiados.

Las opiniones vertidas por los diferentes autores y colaboradores en esta revista no representan necesariamente la opinión del Colegio de Abogados de Chile.

"Revista del Abogado", tanto como conjunto de palabras cuanto en su forma de etiqueta, es una marca registrada por el Colegio de Abogados de Chile.

Dirección

Ahumada 341, Of. 207, Santiago

Teléfonos:

22639 6175 - 22633 6720

Fax:

2639 5072

Casilla electrónica

secretaria@colegioabogados.cl

www.abogados.cl

3 CONTENIDOS

4 NOTAS GREMIALES

5 EDITORIAL

6 CONTRAPUNTO

OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN CASOS DE ABORTO EN TRES CAUSALES APROBADAS
¿UNA DEFENSA O UN RETROCESO PARA LA MUJER?
Ignacio Covarrubias Cuevas y Claudia Sarmiento Ramírez

10 DERECHO LABORAL

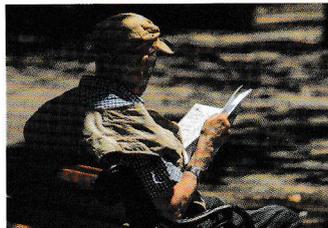
INCLUSIÓN DE PERSONAS DISCAPACITADAS
UNA DEUDA PENDIENTE EN EL MUNDO DEL TRABAJO
Cecily Halpern Montecino y Daniela Alburquerque

13 DERECHO COMPARADO

"INVITACIÓN A COLUDIRSE"
EN ESTADOS UNIDOS
UN MÉTODO DE PREVENCIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS
Aníbal Vial de Amesti

16 DERECHO INTERNACIONAL

INVERSIÓN EXTRANJERA EN CHILE
UN NUEVO ESTATUTO
Bernardo Simian Sosa



19 DERECHO PREVISIONAL

REFORMA AL SISTEMA DE PENSIONES CHILENO
¡UN DESAFÍO QUE NO PUEDE ESPERAR!
Hugo Cifuentes Lillo

23 DERECHO PROCESAL PENAL

LA LEY ANTITERRORISTA EN CHILE
ENTRE LA OBSOLESCENCIA Y LA INEFICACIA
Joanna Heskia Tornquist

26 ENTREVISTA

IVÁN ARÓSTICA, PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
"NECESITAMOS TIEMPO PARA MARCAR TRADICIONES JURÍDICAS"
Héctor Humeres Noguera y Deborah Con Kohan

32 DERECHO ADMINISTRATIVO

CONTROL DEL MÉRITO
LA EXCLUSIÓN DEL CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA
Alfredo A. Ferrada Valenzuela

36 DERECHO PÚBLICO

REFORMA A LA LEY DE MIGRACIONES
UNA NECESARIA PUESTA AL DÍA
Pablo Cornejo Aguilera

39 DERECHO PROCESAL ORGÁNICO

JUZGADOS DE POLICÍA LOCAL
MUCHAS COMPETENCIAS, POCOS RECURSOS
Sergio Villalobos Ríos

42 ACTIVIDAD GREMIAL

HOMENAJE 50 AÑOS DE PROFESIÓN

45 DERECHO ADMINISTRATIVO

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
90 AÑOS VELANDO POR EL CUIDADO Y BUEN USO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS

48 ABOGADOS JÓVENES

SMART CONTRACTS Y BLOCKCHAIN
REVOLUCIONANDO LA INDUSTRIA LEGAL
Paula Droguett Sievers

50 DERECHO DE LA MODA

¿POR QUÉ EL DERECHO SE INTERESARÍA EN EL DISEÑO DE LA VESTIMENTA?
María José Arancibia Obrador

53 NOTAS GREMIALES

54 DERECHO COMERCIAL

REFORMA A LA LEY DEL CONSUMIDOR
UN SERNAC EMPODERADO
Pedro Rencoret Gutiérrez

57 ACTIVIDAD GREMIAL REGIONAL

ÉTICA DE LA PROFESIÓN
¿EN CRISIS PERMANENTE?
Carlos Herrera Tardón

58 SANCIONES

61 ABOGADA ILUSTRE

62 HUMOR

66 MÚSICA

68 ARTE

70 FALLOS

72 PERPLEJIDADES

4/25/53/65/73/74 LIBROS

