

CERTEZA JURÍDICA Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA DECISIÓN QUE CONFIERE EFECTO RETROACTIVO A LAS LEYES

MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ

RESUMEN: El autor analiza una de las sentencias que ha rechazado la inaplicabilidad del inciso final del artículo 41 de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, en virtud del cual se impone al propietario de cualquier instalación que ocupe los caminos públicos y sus respectivas fajas, asumir el costo de su traslado, por cualquier motivo que sea necesario realizarla. El análisis examina, especialmente, si resulta procedente que, conforme al derecho a la seguridad jurídica, se pueda examinar la constitucionalidad de dotar de efecto retroactivo a dicha norma legal.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Sentencia 2.1. Planteamiento del requirente 2.2. Argumentos en contra del requerimiento 2.3. Cuestiones sobre las que el Tribunal no se pronuncia 2.4. Contenido de la decisión 2.5. Cambio en la regulación legal 2.6. No se vulnera la Constitución 2.7. No se afecta la confianza legítima 3. Comentarios 3.1. Consideración previa 3.2. La seguridad jurídica en la Constitución 3.2.1. Norma especial para la ley 3.2.2. Reconocimiento jurisprudencial 3.4. Es inconstitucional dar efecto retroactivo al artículo 41 inciso final. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Agradezco la invitación que, nuevamente, me formulan los profesores Arturo Fermandois y José Francisco García para comentar, en esta oportunidad, la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional (el Tribunal) el 31 de julio de 2012, rol 2.069¹.

En dicho pronunciamiento, la Máxima Magistratura Constitucional examinó un requerimiento de inaplicabilidad, planteado por Empresa Eléctrica Atacama S.A., respecto del artículo 41 inciso final del

¹ En el mismo sentido, véanse las sentencias pronunciadas el 24 de julio de 2012, roles 1.863, 1.986, 1.991, 1.992, 1.993, 2.043, 2.077, 2.078 y 2.079.

DFL 850², de 1997, en virtud del cual “en caso de que por cualquier motivo sea necesario cambiar la ubicación de estas instalaciones del lugar en que fueron autorizadas, este traslado *será hecho por cuenta exclusiva del respectivo propietario* o en las condiciones que se hayan fijado al otorgar el permiso o contrato de concesión respectivo”.

Si bien, tanto el requerimiento como la sentencia se refieren a diversas infracciones constitucionales, estimo útil concentrar este comentario en la presunta vulneración de la seguridad jurídica invocada por la empresa y desechada por el Tribunal en relación con la cuestión acerca de si dotar de efecto retroactivo a una norma legal es susceptible o no de ser controlado vía inaplicabilidad.

2. SENTENCIA

Comienzo, naturalmente, resumiendo los principales aspectos del pronunciamiento del Tribunal sobre la base, claro está, de las argumentaciones esgrimidas por las partes, dejando constancia que la gestión pendiente consistía en un recurso de protección que impugnaba el acto administrativo de la Dirección Regional de Vialidad de Atacama que había ordenado a la empresa que retirara su postación eléctrica, por considerarla no autorizada, imputándole la infracción de ocupación indebida de la faja fiscal, lo cual resultaba necesario para ampliar la Ruta C-495.

La acción fue rechazada por la Corte de Apelaciones de Copiapó, en primera instancia, argumentando que el artículo 41 inciso final tiene carácter especialísimo y que prima, por tanto, sobre las normas que regulan el sector eléctrico³. Hallándose pendiente la apelación, se requirió su inaplicabilidad.

2.1. Planteamiento del requirente

La empresa eléctrica sostuvo que, en su calidad de concesionaria de servicio público de distribución de energía eléctrica, la ocupación

² Dicho DFL fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley 15.840, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, y del DFL 206, de 1960, del mismo Ministerio, sobre Construcción y Conservación de Caminos, publicado en el *Diario Oficial* el 25 de febrero de 1998.

³ Considerando 8º de la sentencia pronunciada el 4 de agosto de 2011, rol 204-2011

de la faja vial, por las instalaciones que se le ordenaba retirar, estaban amparadas en el Decreto Supremo que le había otorgado la concesión, en junio de 1996, así como en la Ley General de Servicios Eléctricos y en su Reglamento.

Estima, en seguida, que el artículo 41 inciso final –invocado por la Corte de Copiapó para desestimar el recurso de protección– adolece de inconstitucionalidad por varios capítulos⁴, siendo uno de ellos, la vulneración del derecho a la seguridad jurídica, contemplado en el artículo 19 N° 26° de la Constitución. Al respecto, aduce que, en su faz subjetiva, ese derecho se expresa como principio de confianza legítima en que la actuación del Estado se ajustará a Derecho. Este principio se afecta, a juicio del requirente, al impedirse el ejercicio normal, de acuerdo al marco legal, de los derechos de que es titular como concesionario eléctrico, lo cual se produce al imponérsele una sanción (el traslado) a raíz de una conducta que no se encuentra contemplada como tal en el ordenamiento jurídico.

2.2. Argumentos en contra del requerimiento

El Consejo de Defensa del Estado, en representación de la Dirección Regional de Vialidad de Atacama del Ministerio de Obras Públicas, explicó que la ley 19.474⁵, en el marco del desarrollo vial del

⁴ Las otras objeciones decían relación con que el artículo 41 inciso final quebrantaba la reserva legal, por adolecer de insuficiencia normativa, ya que la vaguedad de la fórmula utilizada en él, al establecer que la autoridad administrativa puede por “cualquier motivo” ordenar el traslado de instalaciones emplazadas en la faja de caminos públicos, entregando a la Dirección de Vialidad la libre calificación de la oportunidad, motivos y forma de requerir el traslado, contraviene dicha reserva, conforme a lo dispuesto en el artículo 63 N° 2° de la Constitución, en relación con su artículo 19 N° 21°, 24° y 26°.

En segundo lugar, la requirente sostuvo que se vulneraban también los principios de tipicidad y culpabilidad; el derecho a no ser juzgado por comisiones especiales; y el derecho a un justo y racional procedimiento administrativo, por cuanto la aludida la fórmula –“por cualquier motivo”– provocaba que fuera la autoridad administrativa quien determinara la conducta infraccional; impusiera la sanción, consistente en el traslado de los postes y líneas; y adoptara las medidas de apremio, sin que el afectado pudiera exculparse de aquella conducta infraccional, estableciéndose una verdadera presunción de responsabilidad.

Finalmente, aducía otra vía de vulneración del racional y justo procedimiento, a raíz de lesionarse su derecho a defensa, ya que la Dirección de Vialidad actuaba como una verdadera comisión especial de aquellas prohibidas por el artículo 19 N° 3° inciso 5° de la Constitución.

⁵ Publicada en el *Diario Oficial* el 30 de septiembre de 1996.

país en los años 90, modificó el artículo 41 de la Ley del Ministerio de Obras Públicas, estableciendo, por una parte, en su inciso 3º, el pago de derechos por las concesionarias de servicios de utilidad pública que necesitaran colocar postaciones en caminos públicos, pero precisando que ello solo sería exigible respecto de concesiones otorgadas después de la publicación de la ley; y, de parte, en un inciso final nuevo, que, en caso de que fuera necesario el traslado de instalaciones en caminos públicos, su costo sería de cargo del propietario o conforme a las condiciones del contrato, con el propósito de evitar que la Dirección de Vialidad tuviera que soportarlo.

Por eso, concluía, las concesionarias *anteriores* a la ley 19.474 continúan utilizando bienes públicos sin prestación alguna a cambio, lo cual tornaba lógico y razonable que el traslado de las instalaciones lo hicieran a su costo.

Añade el Consejo de Defensa del Estado, entre los argumentos previos que plantea, que la discusión en la gestión *sub lite* está volcada en dos temas de legalidad –la aplicación de la ley en el tiempo y el alcance de las normas en función de su generalidad o especialidad–, los cuales se refieren a la recta interpretación y aplicación de dos leyes concurrentes en el caso y no son materias de un requerimiento, por lo que es inadmisibile, ya que dilucidarlos compete al juez del Fondo.

En nexa con la seguridad jurídica⁶, el Consejo de Defensa del Estado sostiene que no hay afectación de la esencia de un derecho, toda vez que imponerle al concesionario, por razón de mejoramiento o

⁶ En cuanto a las demás alegaciones de inconstitucionalidad, se precisa que la reserva legal no excluye la potestad reglamentaria y que, en todo caso, no es efectivo que el director de Vialidad pueda actuar potestativa y arbitrariamente, ya que la preceptiva contenida en el DFL 850 alude a una serie de motivos para ordenar el traslado de las instalaciones, como, por ejemplo, fines de seguridad y de desarrollo futuro de las vías. Asimismo, tampoco se afecta el libre ejercicio de actividades económicas, ya que este derecho no es de carácter absoluto, sino que la Constitución habilita al legislador para regular ciertas actividades económicas. En cuanto al derecho de propiedad de la concesionaria, estima que resulta jurídicamente improcedente sostener que la facultad conferida por la concesión o permiso atribuya un derecho de propiedad privada y, a mayor abundamiento, este derecho de aprovechamiento de bienes públicos queda sujeto a las leyes futuras que se dicten al respecto, lo cual es congruente con el artículo 12 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes. Por último, aclara que no se lesionan los principios de tipicidad y culpabilidad, ni el derecho a no ser juzgado por comisiones especiales o el derecho a un justo y racional procedimiento administrativo, pues no existe “vaguedad” en la norma cuestionada ni una determinación arbitraria de la Administración al fijar la conducta infraccional ni al imponer la sanción, ya que la

ampliación de la vía pública, que traslade a su costo las instalaciones, no lo priva ni limita su beneficio de explotar el giro de distribución de energía eléctrica ni su derecho a usar gratuitamente los caminos públicos. Más aún, continuar gozando del bien público, sin tener que incurrir en el gasto del traslado por interferir en una obra pública, es una mera expectativa y no un derecho patrimonial.

Más claro aún, el ente de defensa estatal esgrime que la referida seguridad jurídica y el principio de confianza legítima no están consagrados en la Carta Fundamental como garantías constitucionales, constituyendo solo principios que las distintas ramas del derecho postulan, sin que llegue a configurar un derecho a la inalterabilidad normativa ni a mantener las ventajas que reporta una determinada regulación.

2.3. Cuestiones sobre las que el Tribunal no se pronuncia

Entrando ya en la decisión adoptada, especialmente en lo que me interesa comentar, consta en la sentencia⁷ que los tribunales ordinarios han resuelto dos asuntos vinculados a la interpretación y aplicación del artículo 41 inciso final del DFL 850: La presunta aplicación retroactiva de la reforma introducida en 1996 al incorporar el inciso final del artículo 41; y el conflicto que se produciría entre esa normativa y la contenida en la legislación eléctrica.

Respecto de lo primero, añade el Tribunal, se ha objetado la fecha a partir de la cual se aplica la obligación del propietario de asumir los costos del traslado, habiéndose decidido por la Corte Suprema que no hay vulneración de la irretroactividad cuando se exige el pago a concesionarios anteriores a la ley 19.474, ya que lo relevante es el momento en que se dispone el traslado y no la fecha de construcción de las instalaciones⁸, de tal manera que surgida la necesidad de

potestad punitiva viene dada por la propia ley, la cual contempla un procedimiento de reclamación y la posibilidad de revisión por la Corte de Apelaciones.

⁷ Considerando 4°.

⁸ Así, por ejemplo, en una de las sentencias del Máximo Tribunal Ordinario que se citan, el 17 de junio de 2009, en la causa rol 6.091-2007, a raíz de una demanda ordinaria de cobro de pesos deducida por el Fisco en contra de Chilectra S.A. basado en que por Resolución 10.713, de fecha 3 de noviembre de 1997, el director de Vialidad dispuso que debía procederse a ejecutar los cambios de servicios y traslados de redes que interfirieran en la obra "Mejoramiento Rotonda Grecia" por parte de

cambio después de la vigencia de aquella ley, no se le estaría dando efecto retroactivo alguno, aunque se refiriera a concesiones vigentes desde antes de su publicación en el *Diario Oficial*.

En cuanto a la resolución del conflicto de las dos leyes en juego, también se precisa que la Corte Suprema ha considerado que el artículo 41 inciso final es especial respecto de todas las otras normas que se refieren a los bienes nacionales de uso público.

Por eso, el Tribunal sostiene que no puede realizar un análisis de conflicto normativo de leyes, de tal manera que “(...) si una ley es más especial que otra o tiene efectos retroactivos, es algo que le corresponde resolver a los jueces del fondo, pues se trata de un asunto de legalidad. Esta Magistratura solo es competente para conocer de conflictos entre leyes y la Constitución, pero no entre preceptos legales”⁹.

Esta es la cuestión concreta que creo útil comentar, aun cuando, en estricto rigor, no fue planteada en los términos que aquí se exponen por el requirente, por lo que el Tribunal no pudo examinarla derechamente, pero la sentencia admite referirse a este asunto: Si la retroactividad de un precepto legal es materia de competencia del juez del Fondo y no implica, entonces, un conflicto constitucional que deba ser resuelto por el Tribunal.

2.4. Contenido de la decisión

Tras examinar la naturaleza de la autorización para usar las fajas de los caminos públicos, la sentencia colige que el permiso respectivo

Chilectra S.A., fijando un plazo de 15 días para la ejecución de dichos trabajos. La Corte Suprema sostuvo, en el considerando 14º, en nexa con la retroactividad del artículo 41 inciso final, que “(...) Lo cierto es que para entender a cabalidad el problema planteado es necesario tener presente que, de acuerdo a la atenta lectura del inciso final del precepto legal señalado, lo que se regula es el traslado de las instalaciones –en el caso de autos, postaciones con alambrado de energía eléctrica– ubicadas en los delimitados bienes nacionales de uso público ya referidos a partir de la necesidad que surge de hacerlo, y en la especie esta necesidad se produjo bajo la vigencia del actual texto del artículo 41 incorporado por la ley 19.474 publicada en el *Diario Oficial* el 30 de septiembre de 1996, que es el que rige la situación producida en autos. De este aserto se colige que carece de trascendencia que la concesión se haya constituido antes de que tal norma entrara en vigencia, e igualmente es irrelevante que las instalaciones originarias o primitivas se hayan efectuado antes de que el precepto legal existiera (...)”.

⁹ Considerando 6º.

está sujeto a ciertas regulaciones, tales como las causales para negarlo; que las instalaciones son de cargo del respectivo propietario, sin que la Dirección de Vialidad tenga responsabilidad u obligación alguna por su mantenimiento y conservación; el pago de derechos, aunque esto solo sea exigible respecto de aquellos permisos otorgados con posterioridad al 30 de septiembre de 1996; y, más aún, la facultad conferida a esa Dirección para ordenar cambiar las instalaciones que fueron autorizadas y para ordenar su retiro¹⁰.

Empero, esto último “(...) está sujeto también a ciertas regulaciones”¹¹, v. gr., que la decisión puede fundarse en cualquier motivo que lo haga necesario; que se trata de un cambio de ubicación, no una prohibición de uso ni un retiro; que es un traslado de las instalaciones desde el lugar en que fueron originariamente autorizadas; que este traslado es una transferencia temporal de la faja a otro lugar, mientras esta permanece ocupada por obras del camino o se crea otra por ampliación del mismo; y, en fin, que tiene que ser hecho por cuenta exclusiva del propietario¹².

2.5. Cambio en la regulación legal

Aunque el Tribunal ha excluido de su decisión pronunciarse acerca del efecto retroactivo que se le estaría dando al inciso final del artículo 41 y con el objeto de fundamentar por qué resolverá que la carga impuesta a los propietarios de las instalaciones no es inconstitucional, explica las razones que tuvo el legislador para introducir el cambio del sujeto gravado en 1996, sobre la base de la historia fidedigna de la ley 19.474.

Por ello, trae a la memoria los fundamentos que sostuvo, en la Sala del Senado, el entonces Ministro de Obras Públicas, para justificar que los propietarios de las instalaciones deban soportar el costo de su traslado¹³, particularmente por la gratuidad con que gozan del uso del bien público¹⁴, por lo elevado de los montos involucrados

¹⁰ Considerando 19°.

¹¹ Considerando 20°.

¹² Considerando 20°.

¹³ Considerando 24°.

¹⁴ Considerando 27°.

para el Fisco¹⁵ y porque, de lo contrario, las empresas deberían abstenerse de usar la faja y contratar una servidumbre¹⁶.

Me parece importante advertir aquí lo que más adelante desarrollaré, en cuanto a que no se deja constancia que, en el mismo debate legislativo, se adujo, por algunas de las empresas afectadas, la inconstitucionalidad del cambio de sujeto gravado, a raíz de la aplicación retroactiva de la carga y, especialmente, del sentido y alcance que el Gobierno (a través del Ministro referido) dio a la nueva preceptiva legal, en el sentido que ella no tendría efecto retroactivo en el sentido preciso que no se aplicaría a las concesiones otorgadas antes de la vigencia de la ley 19.474.

2.6. No se vulnera la Constitución

El Tribunal resolvió, en consecuencia, que el artículo 41 inciso final no quebranta la reserva legal porque es posible y lícito que la Administración pueda regular algunos aspectos determinados en una ley¹⁷, donde “(...) el rol de la normativa administrativa es, sin embargo, concebido para regular cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o adjetiva, cercana a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular (...)”¹⁸.

Pues bien, en el presente caso,

“es efectivo que la normativa permite el traslado “por cualquier motivo”. Sin embargo, ello no puede aislarse del resto del precepto y del párrafo en que se inserta la normativa cuestionada (“Policía de Caminos”). La norma establece que el destino principal de los caminos es su uso (inciso primero). También que la faja de los caminos son de competencia de la Dirección de Vialidad. De ahí que deba autorizar, en la forma y condiciones que ella determine, su uso por instalaciones (artículo 41, inciso primero y tercero). Y que dicho uso puede negarse si se oponen al uso principal de los caminos, o se afecta la es-

¹⁵ Id.

¹⁶ Id.

¹⁷ Considerando 35°.

¹⁸ Considerando 36°.

tabilidad de las obras, la seguridad del tránsito o del desarrollo futuro de las vías, entre otras razones (...)”¹⁹.

De tal manera, prosigue el Tribunal, que “(...) la norma impugnada define la medida que puede disponerse (traslado), cuál es la autoridad que puede disponer la medida (la Dirección de Vialidad), quién queda obligado por ellas (el dueño de las instalaciones)”²⁰.

Además, el Tribunal rechaza la vulneración de derechos adquiridos, en primer lugar, porque estima que ello “(...) supondría emitir un juicio de legalidad: si el traslado se dispuso bajo el marco de la nueva normativa, introducida en 1996, o no. Más todavía, cuando la ley 19.474 no contempló excepciones en la materia, como sí lo hizo respecto de la onerosidad por el uso de la faja adyacente a los caminos. Solo podemos constatar que el retiro se dispuso en mayo del 2011, por la Dirección de Vialidad”²¹; y, en segundo lugar, porque “(...) no hay propiedad sobre la legislación existente al momento de iniciar una actividad económica (STC 467/2006; 1452/2010). El legislador puede cambiar las condiciones del ejercicio de un derecho (STC 1361/2009; 1452/2010)”²².

Por último, la sentencia explica que “(...) la ocupación indebida y la consiguiente orden de retiro de los postes en forma inmediata, no se funda en la norma impugnada (...)”²³, ya que “(...) una cosa es el traslado de redes que supone la existencia de un permiso o contrato de concesión y otra es el retiro. El retiro tiene lugar cuando la “instalación no cumple los requisitos establecidos en el presente artículo” (artículo 41 inciso quinto). Este artículo establece la necesidad de contar con una autorización de la Dirección de Vialidad”²⁴.

Con todo, no se trata de una sanción administrativa porque se hizo uso de lo que el párrafo III del Título III del DFL 850 denomina “Policía de Caminos”, del cual arranca “(...) el régimen de protección busca evitar el riesgo de desmembramiento, de degradación y

¹⁹ Considerando 37°.

²⁰ Id.

²¹ Considerando 29°.

²² Considerando 30°.

²³ Considerando 41°.

²⁴ Id.

de usurpación (...)”²⁵ de los bienes públicos, el cual también “(...) se refiere a la conservación del dominio público, con las consiguientes obligaciones para la administración de su cuidado y de evitar el uso por ocupantes sin título. Manifestaciones de este régimen de protección son también los inventarios de bienes, su registro, el deslinde de los mismos (...)”²⁶.

2.7. No se afecta la confianza legítima

En particular, respecto de este derecho, la Magistratura Constitucional expuso que el requirente “(...) no fundamenta adecuadamente la manera en que esta es recogida constitucionalmente y cuáles serían las condiciones bajo las cuales operaría. No basta afirmar que esta se funda en la seguridad jurídica”²⁷. Pero, sobre todo, porque:

“(...) se objeta una ley, no un acto administrativo. El punto es relevante, porque las leyes gozan de una presunción de constitucionalidad (STC 309/2000), la que implica que su contrariedad con el contenido de la Ley Fundamental debe manifestarse clara y categóricamente y no cabe inferirla de simples contradicciones aparentes (STC 549/2007); por lo mismo, solo resulta prudente y aconsejable declarar su inconstitucionalidad cuando los sentenciadores lleguen a la íntima convicción de que la pugna entre la norma en análisis y la Constitución es clara, resultando imposible armonizarla con ella (STC 309/2000). Está en juego el recíproco respeto que los distintos órganos del Estado se deben entre sí (STC 309/2000)”²⁸.

Lo anterior, continúa el Tribunal, lo cual exige:

²⁵ Considerando 43°.

Conviene consignar que los ministros Marcelo VENEGAS PALACIOS y Enrique NAVARRO BELTRÁN dejaron constancia que concurrían a la sentencia, pero sin compartir este considerando 43° y haciendo presente que discrepaban de ciertos enfoques doctrinarios relativos a las sanciones administrativas y a la naturaleza del derecho del concesionario eléctrico a usar bienes nacionales de uso público para el ejercicio de su actividad y en cuanto a la justificación de las cargas que recaen sobre ese derecho.

²⁶ Id.

²⁷ Considerando 32°.

²⁸ Id.

“un estándar de prueba extremadamente alto, porque puede afectar el que sea el legislador el que defina los marcos jurídicos aplicables a una actividad (artículo 19 constitucional, N° 21°); porque puede incidir negativamente en la dinamicidad de los mercados regulados, respecto de los cuales la Constitución expresamente permite que el legislador modifique o derogue sus normas (artículo 63), siendo la ley una regulación de carácter innovador (STC 370/2003). Enseguida, aquí no ha existido ningún cambio brusco de la legislación. Desde que se envía el Mensaje del proyecto que originó la Ley N° 19.474, en septiembre de 1993, hasta su publicación, en septiembre de 1996, transcurrieron tres años. Y desde 1996 al 2011, fecha en que se dispuso el retiro, pasaron quince años”²⁹.

3. COMENTARIOS

Como indicaba al comienzo, quisiera abordar, en esta oportunidad, la alegación consistente en la vulneración de la seguridad jurídica, a raíz de la interpretación que se hace del artículo 41 inciso final del DFL 850, pues no puede haber duda que esa certeza se encuentra amparada por nuestra Constitución, incluyendo la actividad legislativa, respecto del efecto retroactivo de los gravámenes o cargas que se imponen por la ley.

No examino, en consecuencia, el valor constitucional del artículo 41 inciso final respecto de las concesiones otorgadas con posterioridad a la vigencia de la ley 19.474, sino que aquellas otorgadas con anterioridad.

3.1. Consideración previa

Conviene comenzar recordando que la seguridad jurídica ha sido tradicionalmente considerada uno de los fines del Derecho, entendida en el sentido que “(...) el contenido de las normas de este le es conocido o susceptible de conocer (...)”³⁰, en cuanto “(...) no exige certeza absoluta y precisa respecto del contenido de leyes, sentencias y resoluciones, sino únicamente cierto alto grado de certeza res-

²⁹ Id.

³⁰ CASTILLO (2006) p. 70.

pecto de ciertos contenidos, grado que será distinto en las diversas áreas del Derecho y en los diversos casos individuales”³¹.

Se trata, en aquella noción estricta, de la vertiente *estructural* de la seguridad jurídica, esto es, aquella faz que “(...) se sustenta en el principio *nulla poena nullum crimen sine lege* y apunta a que las normas que integran el sistema jurídico, con algunas excepciones que no es del caso revisar en esta ocasión, deben ser: i) publicadas para su conocimiento (*lege promulgata*); ii) claras en su formulación (*lege manifesta*); iii) omnicomprendivas, en cuanto capaces de resolver cualquier pretensión jurídica (*lege plena*); iv) pertenecientes al dominio legal y de jerarquía normativa (*lege stricta*); v) irretroactivas (*lege previa*); y vi) estables en el tiempo (*lege perpetua*) (...)”³².

A su turno, un aspecto de data más reciente y que es de naturaleza *funcional* —que es el que aquí más interesa— “(...) complementando el criterio anterior, añade la necesidad que las normas jurídicas sean cumplidas por sus destinatarios, públicos o privados, de modo que exista concordancia entre estas y la actuación de los sujetos sometidos a su imperio (...)”³³.

Sobre esta base se ha ido desarrollando, especialmente frente a los actos de la Administración³⁴, la noción e instituto de la certeza jurídica o confianza legítima, desde su surgimiento, en Alemania, con la sentencia pronunciada el 14 de noviembre de 1956, en “(...) el llamado asunto de la anciana viuda (...)”³⁵, para avanzar en el sentido que “(...) la seguridad jurídica no es solamente seguridad en la legalidad, sino también, seguridad en el Derecho, porque el propio principio de legalidad no puede ser entendido exclusivamente como sometimiento de la Administración a la ley, sino como sometimiento a la ley y al Derecho (...)”³⁶.

Por ende, prosigue el mismo autor, “(...) mientras la legalidad opera *ex ante*, esto es, garantiza la previsibilidad del Derecho, la protección de la confianza se aplica en una segunda fase *ex post*, garanti-

³¹ CASTILLO (2006), p. 77.

³² CABALLERO (2003) p. 197.

³³ Id.

³⁴ BERMÚDEZ (2005) pp. 83-105.

³⁵ GARCÍA (2002) p. 29.

³⁶ Id., pp. 198.

zando la estabilidad de una resolución del poder público en un caso concreto”³⁷.

Sin embargo y lo anticipo desde ya, el respeto de la seguridad jurídica –cualquiera sea la naturaleza que se le atribuya– no es exigible solo respecto de la Administración, sino de todos los órganos públicos, incluyendo al legislador³⁸.

3.2. La seguridad jurídica en la Constitución

Es cierto que la certeza legítima no se encuentra, en general, reconocida explícitamente en nuestra Carta Fundamental, aunque es una finalidad del Derecho y, por eso, lo es también de nuestro sistema jurídico. Empero, no es difícil constatar que del entramado constitucional puede construirse, fácilmente, ese concepto, sea que se lo considere como fin, valor, principio o derecho, para sostener, sin duda, que debe ser siempre respetado, especialmente sobre la base de su artículo 1° inciso 4° en relación con sus artículos 5° inciso 2°, 6° y 7°.

Aquel artículo 1°, en concreto, es uno de los preceptos decisivos para configurar la certeza jurídica en la Carta Fundamental, pues allí, junto con establecer la finalidad del Estado, en orden a contribuir al bien común, se le impone el deber ineludible de respetar los derechos constitucionales en la consecución de ese objetivo.

Pues bien, cuando el legislador, para alcanzar una finalidad lícita, impone al propietario de las instalaciones el costo de su traslado lesiona la certeza jurídica si es que, al dictar la norma que así lo establece, sostuvo que ella no se aplicaría a las concesiones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

3.2.1. Norma especial para la ley

Con todo, la Carta Fundamental ha reconocido, si bien es cierto en un ámbito acotado, la seguridad jurídica y con cualidad de derecho fundamental, cuando, en su artículo 19 N° 26°, impone un claro y severo límite a las potestades legislativas en relación con la regu-

³⁷ Id.

³⁸ CEA (2002) p. 251.

lación, complementación y limitación al ejercicio de los derechos fundamentales³⁹.

Se trata, como digo, de un ámbito preciso de aplicación de la seguridad jurídica porque solo afecta a la actividad legislativa en relación con el ejercicio de los derechos y nada más que para prohibirle afectar los derechos en su esencia o imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio⁴⁰.

3.2.2. Reconocimiento jurisprudencial

Sea como fuere, el reconocimiento de la seguridad jurídica o certeza legítima en nuestro Derecho viene corroborado, desde hace años, por la jurisprudencia del Tribunal, al sostener:

“Que, asimismo, la Constitución Política consagra la existencia de un Estado de Derecho. Basta tener presente en tal sentido, por citar solo algunas disposiciones, lo que disponen los artículos 5º, 6º y 7º, que forman parte de las Bases de la Institucionalidad. Se ha considerado que, *entre los elementos propios de un Estado de Derecho, se encuentran la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza* de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas. Esto *implica* que toda persona ha de poder *confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico*, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados. Esa confianza se ve naturalmente disminuida, si el legislador, con posterioridad, *le atribuye a dichos actos consecuencias jurídicas que son más desfavorables* que aquellas con las cuales quien las realizó en el pasado podía contar al adoptar sus decisiones. Se desprende de lo anterior, que tal como se ha reconocido en el Derecho Comparado, *en principio* y sin perjuicio de la o las excepciones que el propio ordenamiento constitucional contempla, *la retroactividad de una ley atenta en contra de los valores antes mencionados*, que son esenciales en un Estado de Derecho como el que establece nuestra Constitución”⁴¹.

³⁹ GUERRA (1929) pp. 130-132.

⁴⁰ CEA (1989) p. 287.

⁴¹ Considerando 67º de la sentencia pronunciada el 10 de febrero de 1995, rol 207.

Largo tiempo después, la Magistratura Constitucional precisó que “(...) en definitiva y como recuerda el profesor Franck Moderne, la seguridad jurídica, como principio general del derecho público, implica en lo esencial, dos grandes aspectos: “*una estabilidad razonable en las situaciones jurídicas* y un acceso correcto al derecho” (Franck Moderne, Principios Generales del Derecho Público, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pág. 225)”⁴².

Lo expuesto por el Tribunal, en estos dos pronunciamientos, permite confirmar que la denominada naturaleza *funcional* de la seguridad jurídica está prevista en nuestra Constitución y ella se concreta en que si una persona actúa conforme a derecho, entonces, surgirán las consecuencias que el ordenamiento jurídico ha contemplado, v. gr., si una entidad es titular de instalaciones en la faja pública, desde antes de la dictación de la ley 19.474, entonces, no cabe requerirle que pague por su traslado, ya que una manifestación de esa certeza jurídica radica en que la retroactividad de una ley, salvo situaciones excepcionales, afecta aquella seguridad, pues de ella deviene una *estabilidad razonable* en las situaciones jurídicas.

No se trata, entonces, de amparar bajo la certeza jurídica una especie de inmutabilidad del ordenamiento, impidiéndole al legislador modificar los preceptos legales, sino de dotarlo de una –reitero– *estabilidad razonable*. La duda, frente al caso concreto que estoy comentando, es si, la aplicación retroactiva del artículo 41 inciso final, resulta irracional, desde este ángulo.

Como señala Castillo Blanco,

“(...) el desenvolvimiento de un Estado basado en el libre mercado determina la necesidad sentida por los operadores económicos y, en general, por los agentes de que exista un marco estable de regulación donde poder prever con cierto margen de seguridad, las distintas operaciones e inversiones de carácter económico o el mantenimiento o evolución de cualquier otra situación jurídica con respecto a la actuación de los distintos poderes del Estado. Más allá de los operadores económicos, los ciudadanos, en relación a sus situaciones jurídicas y expectativas legítimas, requieren de la coherencia en el ejercicio del poder y de la seguridad en la adopción de las decisiones por

⁴² Considerando 53° de la sentencia pronunciada el 23 de diciembre de 2008, rol 1.144.

este. El principio, de origen alemán –*Vertrauensschutz*–, se orienta decididamente así a la preservación del valor de la seguridad jurídica y del sistema de economía de mercado frente a la acción, eventualmente incontrolada o sin las cautelas suficientes, de los poderes públicos. Se está de frente a la existencia de una conducta, manifestada en ciertos actos del poder público, que ha hecho generar cierta confianza en que se actuaría en un determinado sentido a un sector de ciudadanos o colectivos determinados. La dificultad del mismo vendrá dada precisamente en la relevancia que otorguemos a las meras expectativas que mantienen los ciudadanos respecto de la actuación de los poderes públicos”⁴³.

En suma, la certeza legítima está garantizada en nuestra Constitución, de tal manera que los destinatarios de las normas jurídicas puedan confiar que lo preceptuado en ellas será cumplido por todos, incluyendo a todos los órganos estatales, y que mantendrá una estabilidad razonable, de tal manera que su modificación, salvo excepcionalmente, no afectará las situaciones iniciadas bajo el estatuto anterior.

3.3. Es inconstitucional dar efecto retroactivo al artículo 41 inciso final

Sobre la base de lo expuesto y para examinar la decisión del Tribunal, desde el ángulo preciso de la seguridad jurídica, en nexa con el efecto retroactivo del artículo 41 inciso final, estimo necesario recordar la historia fidedigna de la ley 19.474 en un aspecto preciso y que no aparece en la sentencia que comento, debiendo dejar constancia, en todo caso, que tampoco consta en el requerimiento que le dio origen⁴⁴.

La ley 19.474 comenzó mediante mensaje del Presidente de la República⁴⁵, en el cual se indicaba que “(...) se estima conveniente que el cambio de ubicación de las instalaciones *sea siempre de cargo exclusivo de sus propietarios*, toda vez que en la actual normativa se

⁴³ CASTILLO (1998) p. 97.

⁴⁴ Léanse, especialmente, las fojas 6 y 7 del expediente seguido ante el Tribunal Constitucional.

⁴⁵ Boletín 1.084-09.

establece que este es de cargo del interesado, situación que atenta contra las funciones del Ministerio de Obras Públicas al requerirse el cambio por razones de servicio”.

Es muy importante anotar que, durante el segundo trámite constitucional ante la Cámara de Diputados, quedó constancia del reproche que se formuló a dicha normativa por estimarla contraria a la Constitución, por parte de empresas que podían verse afectadas por ello⁴⁶, ante lo cual el Ministro de Obras Públicas expuso los argumentos que justificaban, a su juicio, la nueva norma, tal y como consta en el pronunciamiento del Tribunal. Pero, como consta, agregó que:

“(…) en el Senado fue enfático en indicar que esta norma (artículo 42, inciso séptimo) *no tiene efecto retroactivo*. La razón de la norma es clarificar e interpretar que el traslado será hecho por el propietario o en las condiciones que se hayan fijado al otorgarse el permiso o la concesión respectivos. Por último, indicó que en los casos en que sea necesario remover obras y en cuyos contratos no se pactó que serían de cargo de la empresa, pagará el Ministerio de Obras Públicas, ya que *la norma no tendrá efecto retroactivo*, sin perjuicio de la posibilidad de llegar a algún acuerdo con las compañías. Agregó que *quien goza de una concesión otorgada con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley tiene un derecho adquirido*. Reiteró que la disposición del artículo 42, inciso séptimo, *solo regirá respecto de las concesiones y de los permisos que se otorguen con posterioridad a la dictación de esta ley*”⁴⁷.

En consecuencia, es claro el sentido y alcance con que se discutió y aprobó por los legisladores la modificación introducida al inciso final del artículo 41 del DFL 850, en cuanto se quiso, explícitamente, que rigiera solo respecto de las concesiones surgidas con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 19.474. En esta línea

⁴⁶ Véase el Informe de la Comisión de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones, sobre las observaciones formuladas por S.E. el Presidente de la República al proyecto de ley que introduce modificaciones en el Decreto Supremo 294, de 1984, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley 15.840, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, y del DFL 206, de 1960, que refundió y uniformó las leyes sobre construcción y conservación de caminos, evacuado el 12 de julio de 1996, pp. 5-6.

⁴⁷ Informe de la..., p. 17.

de pensamiento, bien puede sostenerse la constitucionalidad, en abstracto, de dicho precepto legal, salvo –me parece– que la carga impuesta a la empresa propietaria de las instalaciones beneficie a otro agente económico que vaya a ocupar la faja pública, pues allí será, al menos, discutible el respeto de la igualdad ante la ley.

Empero, al examinar la aplicación que se ha estado haciendo por los Tribunales Ordinarios, de ese mismo inciso final, dotándolo de efecto retroactivo, para afectar a los concesionarios históricos, entonces, se vulnera la Carta Fundamental, pues –entre otros preceptos lesionados– se quebranta la seguridad jurídica o confianza legítima, ya que resultaba más que razonable esperar que se mantendría la estabilidad de la legislación anterior a la ley 19.474, a raíz de los argumentos esgrimidos por el Gobierno durante la tramitación parlamentaria de la iniciativa.

Por eso, la cuestión del efecto retroactivo es materia del control en sede de inaplicabilidad y no constituye, solamente, un asunto de competencia del juez del fondo, máxime si es este, en definitiva, quien quebranta la Constitución con la aplicación que hace del precepto legal objetado.

4. CONCLUSIONES

No admite duda ni cuestionamiento que la seguridad jurídica, en los términos explicados, constituye una regla ineludible para el recto desenvolvimiento de las actividades económicas, fomentando con ello la evolución y crecimiento en una sociedad libre. En particular, esa certeza no admite sostener ni exigir la invariabilidad del ordenamiento jurídico, pero sí fuerza a sustentar que la estabilidad razonable de ese ordenamiento es un principio, valor o derecho asegurado por la Constitución.

Más específicamente dicho, la proclamación legislativa que niega efecto retroactivo a una nueva carga impuesta a los agentes económicos, aun cuando no haya quedado explícitamente recogida en el texto de la ley, debe ser cautelada por los tribunales, en los casos concretos de que conocen, siendo materia de competencia del Tribunal Constitucional declarar la inaplicabilidad de cualquier aplicación de esa preceptiva que ignore tan sustancial característica.

5. BIBLIOGRAFÍA

- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2005): “El Principio de Confianza Legítima en la Actuación de la Administración como Límite a la Potestad Invalidatoria”, *Revista de Derecho* Vol XVIII N° 2 (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral).
- CABALLERO GERMAÍN, Guillermo (2003): “Seguridad Jurídica y Relaciones entre el “Common Law” y el Derecho Continental-Romano”, *Revista de Derecho* Vol. XXIV (Universidad Católica de Valparaíso).
- CASTILLO BLANCO, Federico (1998): *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo* (Editorial Pons).
- CASTILLO GONZÁLEZ, Rolando (2006): *Estado de Derecho y Seguridad Jurídica* (Ediciones Uxmal).
- CEA EGAÑA, José Luis (1989): *Tratado de la Constitución* (Editorial Jurídica de Chile)
- CEA EGAÑA, José Luis (2002): *I Derecho Constitucional Chileno* (Ediciones Universidad Católica de Chile).
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2005): “Constitución y Casación: ¿De la falta de aplicación al monopolio constitucional?”, *Estudios Constitucionales*, N° 1, Año 3.
- GARCÍA LUENGO, Javier (2002): *El Principio de Protección de la Confianza en el Derecho Administrativo* (Civitas).
- GUERRA GUILLERMO, José (1929): *La Constitución de 1925* (Establecimientos Gráficos Balcells).
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997): *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo IV (Editorial Jurídica de Chile).
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2010): *Acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad* (Abeledo Perrot).