

EL ARTÍCULO 42 DE LA LEY DE CONCESIONES: JUSTICIA Y PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN

Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional
de fecha 26 de diciembre de 2006 (Rol N° 541-2006)

EDESIO CARRASCO QUIROGA*

RESUMEN: El trabajo comenta la sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 26 de diciembre de 2006 (Rol N° 541-2006), recaída sobre el artículo 42 de la Ley de Concesiones, que declaró constitucional dicha norma, centrando su crítica en lo débil de la argumentación, la cual, ajena a criterios de proporcionalidad y justicia que toda regulación exige, vulnera el derecho a la igualdad y a la seguridad jurídica que la Constitución protege. Por otra parte, el autor considera que la sentencia va en la dirección equivocada al considerar al sistema de concesiones como un bien jurídico digno de una protección constitucional especial, utilizando a las personas como un medio para el logro de dicho fin. Para terminar, concluye que el nuevo artículo que norma la imposición de sanciones en caso de no pago de peajes o tarifas, que actualmente se tramita en el Congreso, va, en líneas generales, en la senda correcta.

Palabras clave: Proporcionalidad, justicia, igualdad, seguridad jurídica.

ABSTRACT: This work comments the sentence dictated by the Constitutional Court dated December 26, 2006 (N° 541-2006), which deals with article 42 of the Concessionary Law, declaring this law constitutional, centering its criticism on the weakness of the arguments, which, far away from justice and proportionality judgments which every regulation demands. Furthermore, the author considers that the sentence goes in the wrong direction about the concessionary system as a juridical right worth of special constitutional protection, using individuals as means to obtain his purpose. It concludes that the new article, presently in proceeding at congress, which regulates the imposition of sanctions in the case of unpaid tolls or tickets to the concessionary highways, it is in the right direction.

Key words: Proportionality, justice, equality.

I. INTRODUCCIÓN

Con fecha 20 de julio de 2006, la tercera sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, en la causa N° 2097-2006, denominada “Autopista Central S.A. con Servicio de Mecánica Mantenimiento Track S.A.”, al conocer de una sentencia de primera instancia dictada por el 2° Juzgado de Policía Local de Quilicura, requirió, como medida para

* Abogado, Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Ayudante del Curso de Derecho, Economía y Mercado de la misma Universidad. Dirección Isidora Goyenechea 3250, piso 12, Las Condes, Santiago, Chile. Correo electrónico: ecarrasco@abcia.cl - ecarrasc@puc.cl

mejor resolver, un pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional (TC) en orden a determinar si el inciso primero del artículo 42¹ de la Ley de Concesiones (LDC), era o no constitucional.

A juicio de la Corte, la norma descrita se presentaba en pugna con las siguientes disposiciones constitucionales, especialmente en lo referido a:

1. Las normas constitucionales relativas a la propiedad –artículos N°s 24 y 26– en lo que se refiere a la indemnización compensatoria, al fijarse un valor único “...– cuyo monto resultante puede importar una expropiación de facto, más allá del mismo concepto abstracto de expropiación–, sin que se considere la real existencia de perjuicios...”.

Para el órgano requirente este tipo de indemnización no se ajustaría “...a los cánones establecidos en la legislación que configura el estatuto de la propiedad, pudiendo llegar a constituir un enriquecimiento injusto, desde que no responde a la existencia de un daño; particularmente si se tiene presente que previamente se ha ordenado el pago de la tarifa adeudada, con reajustes e intereses, lo que significará compensación de la obligación y de la mora”; y,

2. El precepto aludido, aparecía, también, vulnerando el “contenido intrínseco fundamental que el artículo 76 de la Carta Fundamental asigna a la jurisdicción, cuando señala que la facultad de conocer y resolver las causas civiles y criminales corresponde exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley...”. A juicio de la Corte, al disponerse que los tribunales estarían obligados a imponer esta especial indemnización, sin poder establecer si hubo o no perjuicio, “ni determinar que su monto puede ser enorme y poder rebajarla, como sucedería con la cláusula penal enorme, al tenor de lo que faculta el artículo 1544 del Código Civil”, no se estaría cumpliendo con el real sentido de la jurisdicción.

II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, ROL N° 541 DE 2006 (EL FALLO)

Planteada así la cuestión de constitucionalidad, el TC, con fecha 26 de diciembre de 2006, en la causa N° 541, declaró, en síntesis, que la norma era aplicable en nuestro ordenamiento jurídico, señalando: “Que, no obstante los términos literales en que está

¹ “Cuando un usuario de una obra dada en concesión incumpla el pago de su tarifa o peaje, el concesionario tendrá derecho a cobrarla judicialmente. Será competente para conocer de ella, de acuerdo al procedimiento establecido en la Ley N° 18.287, el Juez de Policía Local del Territorio en que se produjo el hecho, el cual deberá, al ordenar el pago, imponer al condenado una indemnización compensatoria en favor del concesionario, de un valor equivalente a cuarenta veces el pago incumplido, más el reajuste según el Índice de precios al consumidor entre la fecha del incumplimiento y la del pago efectivo o bien, el valor equivalente a dos unidades tributarias, mensuales, estando obligado a aplicar el mayor valor. En la misma sentencia, se regularán las costas procesales y personales, calculándose con el valor total reajustado de la tarifa e indemnización indicadas. En el juzgamiento de estas infracciones, constituirán medios de prueba fotografías, videos y cualquier otro medio técnico que el Ministerio de Obras Públicas hubiese autorizado para el control del incumplimiento de los pagos tarifarios”, Artículo 42 del DFL N° 164, de 1991.

concebida la norma objetada, ella no contempla propiamente una indemnización compensatoria –en cuanto no se vincula exactamente a la reparación del perjuicio efectivamente causado por el incumplimiento– sino que consagra una pena civil” (considerando quinto).

Más adelante, precisa que es posible “que la indemnización no tenga como único fundamento la existencia de daño, según lo consagra nuestro Código Civil en sus artículos 1542 y 1543, relativos a la cláusula penal” (considerando sexto). Asimismo, al referirse al concepto de expropiación, y luego de citar respetada doctrina al efecto, expresa que la expropiación debe entenderse como “...un acto con caracteres de unilateralidad por parte de la Administración, es decir, uno que no viene precedido ni justificado en conducta alguna del expropiado. Se expropia por utilidad pública o por el interés general; no como consecuencia de alguna obligación particular que pesa sobre el administrado, ni como producto de alguna sanción que se pretenda imponer al mismo” (considerando décimo).

Lo anterior es complementado con el siguiente razonamiento: “Que, en la especie, claramente no concurren los presupuestos de una expropiación dispuesta en la forma prescrita por la Constitución, ni menos concebida como un apoderamiento meramente fáctico de bienes privados por parte de la Administración. Al contrario, existe un contrato en cuya virtud una de las partes se obliga con la otra a pagar por el uso de un bien, sometándose en caso de incumplimiento al pago de las multas previstas en la ley incorporada a la convención. La sanción es impuesta por sentencia dentro de un proceso judicial desarrollado según el procedimiento previsto por la ley” (considerando decimo primero).

En lo referido a la intensidad de la pena, el TC recurrió a la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (sesiones 114 y 115), señalando que en ella se “discurrió sobre la necesidad de prohibir la imposición de penas infamantes, concluyéndose que la evolución histórica de la legislación las había superado en general, salvo en el ámbito patrimonial” (considerando décimo segundo).

A juicio del TC no se advierte que la norma tenga el carácter de expropiatoria, pues la disminución patrimonial del afectado deriva de una resolución judicial donde una sentencia “...dictada en un proceso cuyo procedimiento regula la ley, no compromete una universalidad de bienes y el traspaso de estos se produce desde un dominio privado a otro. Forzoso es concluir, entonces, que la sanción civil derivada del precepto en examen no constituye la pena de confiscación de bienes y, cuando más, incide en el cumplimiento de una obligación establecida por la ley, que deriva de la función social de la propiedad, referida a su utilidad pública” (considerando décimo tercero).

Para terminar, la Magistratura Constitucional, mediante un análisis de mérito de la norma, expresa que “...el fin lícito de la limitación establecida en el precepto observado, consiste en asegurar el adecuado funcionamiento del sistema concesionado de infraestructura”, agregando que: “El alto valor de la multa en relación a la magnitud del incumplimiento –sustento real de la crítica a la norma– no constituye el parámetro de proporcionalidad en el caso, por cuanto, como se ha dicho, el mismo se determina con la adecuación del límite a la finalidad lícita perseguida. La multa representa un elemento disuasivo de la generalización de conductas que pongan en riesgo el régimen de concesiones, afectando el interés colectivo que su eficaz desenvolvimiento procura” (considerando décimo sexto). Subraya, finalmente, que: “Para descartar una vulneración del principio de proporcionalidad en el

caso de que se trata, esta Magistratura no puede desatender la circunstancia de que la sanción se impone por infracciones reiteradas de obligaciones legales y que, asimismo, no se han establecido elementos de los que surja necesariamente una relación desequilibrada, en el contexto del sistema de concesiones, entre los valores recaudados por la concesionaria a título de multas y lo que deja de percibir por concepto de no pago de tarifa” (considerando décimo séptimo).

III. COMENTARIO

Más allá de las consideraciones que el TC utiliza para rechazar la inaplicabilidad de la norma, el punto de mayor relevancia –no esgrimido por la Corte de Apelaciones en su requerimiento y descartado débilmente por el TC–, es el de si la sanción contemplada por el artículo 42 de la LDC es o no proporcional al fin perseguido. Es decir, si la intensidad de dicha pena –40 veces el valor del pago debido– se ajusta a criterios de razonabilidad y ponderación respecto de los derechos afectados y las circunstancias que justifican dicha medida.

Si bien el TC razona correctamente en el sentido de que se está en presencia de una sanción civil más que de una indemnización (considerando quinto), lo cierto es que poco o nada dice acerca de los límites constitucionales a que está sujeta una sanción al ser impuesta. Como se sabe, nuestra Carta Fundamental no consagra expresamente el principio de proporcionalidad sancionatoria, ni tampoco se cuenta con jurisprudencia de nuestro TC que dé cuenta de ella de manera explícita, lo que no obsta a que este principio en materia de sanciones patrimoniales sí encuentre, una vez hecha una interpretación armónica, respaldo en nuestra Constitución, pues se aprecian un conjunto de principios y normas que reconocen indirectamente esta garantía en favor de las personas². Entre ellas destacan, a modo de ejemplo, las siguientes:

- a) La dignidad de la persona humana, la servicialidad del Estado y su finalidad de bien común (art. 1º inciso primero y cuarto), operan como límites a la intensidad de las penas, lo que obliga promover el pleno respeto de los derechos y garantía de las personas, incluyendo el derecho a recibir una pena justa por las infracciones cometidas; y
- b) El carácter democrático de nuestra república (art. 4º), el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (art. 5º inciso 1), la sujeción a la supremacía constitucional (art. 6º) y al estado de derecho (art. 7º) son también limitaciones a cualquier tipo de sanción (penal, civil o administrativa) que se quiera imponer por vía legislativa.

² Se debe destacar que este principio es parte de una larga tradición constitucional, siendo reconocido ya en 1215 en los artículos 20, 21 y 22 de la Carta Magna inglesa y luego en artículo X del Bill of Rights de 1689. Más adelante, es reconocido, también, en el artículo Octavo de *La Declaración de los Derechos del Hombre y de Ciudadano* de 1789. En MUÑOZ (2007) pp. 104 y ss.

Lamentablemente, los principios y normas transcritas fueron débilmente descartadas por el TC, al recurrir, solamente, a la historia fidedigna (sesiones 114 y 115) para afirmar que la prohibición de imponer penas “*infamantes*” era aplicable únicamente en el ámbito penal, excluyéndose al ámbito patrimonial de dicha limitación (considerando décimo segundo), razonamiento que no guarda ninguna relación con lo que ha sido el carácter finalista que el propio TC le ha reconocido a las normas constitucionales al ser interpretadas.

Aunque en el caso que comentamos existe una clara idoneidad y necesidad de establecer un tipo de sanción con el objeto de multar a aquellos conductores que no cumplan con el pago de la tarifa al momento de hacer uso de las autopistas concesionadas, medida constitucionalmente legítima, el TC olvida que dicha sanción debe ser a la vez proporcionada al fin que se persigue, debiendo, en su juicio de constitucionalidad, determinar si el medio empleado (sanción) y su intensidad, son lo menos gravosos para el logro de la finalidad que se pretende, cuestión que, como más adelante se comenta, no parece realizar en forma correcta.

El TC al no considerar adecuadamente la relación entre la gravedad de la sanción y la razonabilidad de esta al ser impuesta, no hace más que apartarse, siguiendo una interpretación sistemática de la Constitución, de las normas y principios ya expuestos, pero también de la igualdad, justicia y proporcionalidad que reconoce nuestra Carta Fundamental. Su razonamiento legitima la sanción de dicha norma, desconociendo la correcta ponderación que toda regulación o política pública debe contener, ya que un acertado juicio acerca de la arbitrariedad de una medida, implica, además, revisar el mérito de una determinada decisión, tal como lo hizo el TC en la sentencia, pero cuyo razonamiento se aparta de la Constitución, olvidándose del acertado juicio sobre el mérito que en otras oportunidades este ha realizado³. Esto significa, en otros términos, para cumplir con los principios ya señalados, que toda decisión pública debe contener una ajustada relación entre los *medios* empleados y los *fin*es que se buscan, debiendo la sanción impuesta por la ley guardar una adecuada relación entre el no pago de la tarifa por utilizar una obra concesionada y el daño que sufre la empresa a cargo de dicha concesión al no ser pagada la tarifa para el uso de ella. La vinculación exigida, es lo que Bidart⁴ llama la “*adecuación mesurada de los medios al fin*”, y que se expresa “*cuando el medio está proporcionado al fin, siempre que tal medio no infiera a determinados derechos una limitación mayor que la que surgiría de otro medio distinto*”.

De lo dicho, se desprende que la norma sujeta a estudio por el TC vulnera las garantías de igualdad ante la ley (19 N° 2) y el derecho a la seguridad jurídica (19 N° 26), pues cuando una medida sancionatoria excede los límites razonables y la adecuada proporción que toda regulación debe contener afectando la esencia de un derecho, se deviene en inconstitucional.

³ Sentencias rol N° 53, Ley 18.700 (1988); N° 245 y N° 246, D.S. N° 1 de 10 de enero de 1996 del Ministerio de Bienes Nacionales (1996); N° 253, D.S. N° 171 de 5 de diciembre de 1996 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (1997); N° 334, Decreto 3500, de 1980 (2001); y N° 410, Proyecto de Ley Jornada Escolar Completa (2004), entre otras.

⁴ BIDART (1987) pp. 92 y 94.

1. IGUALDAD COMO CRITERIO PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UNA SANCIÓN

La Constitución reconoce en su artículo 19 N° 2 la igualdad ante la ley, o más bien “en” la ley, esto es, que “*el contenido de las leyes sea igual para todos, o desigual si así corresponde, sobre la base o en función, exclusivamente de la justicia*”⁵, prohibiendo al legislador incurrir en diferencias arbitrarias.

Asegura en el inciso segundo del mismo artículo que “*Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”, negando tanto al legislador como a cualquier otro tipo de autoridad, que su actuar sea arbitrario, entendiendo por tal: “*...el acto o proceder contrario a la justicia o la razón, infundado o desproporcionado en relación a los fines perseguidos para la consecución de un objetivo lícito y determinado*”⁶.

El legislador al imponer una sanción (penal o civil), queda sometido al derecho a una igualdad justa en el trato que este debe brindar, que para el cumplimiento de dicho fin, debe someterse a un doble estándar⁷: i) Tratar de un modo igualitario a quienes se encuentren vinculados por un elemento esencial, lo que para efectos de la imposición de una sanción equivaldría a castigar a aquellos que han cometido una acción u omisión penalizada por el legislador, excluyendo de aquella a quienes no la han cometido por un motivo justo; y ii) Que la sanción impuesta sea proporcional al fin legítimamente perseguido, donde las penas o sanciones al ser establecidas, guarden una adecuada relación entre la gravedad y daño de la conducta penalizada, por una parte; y el castigo impuesto por ella, por otra. La existencia de medios alternativos que sean igualmente idóneos y menos gravosos es también parte de este análisis.

Si el legislador ha decidido que un grupo de personas (automovilistas) no importando su condición, son merecedores de una sanción en caso de incumplir el pago de la tarifa fijada para transitar por las autopistas concesionadas (principio de necesidad), debe reflexionarse –con el objeto de dar cabal cumplimiento al principio de igualdad y justicia señalado– acerca de la intensidad de la pena. En otras palabras, hay que determinar si el castigo impuesto tiene relación con el daño producido y si la pena fijada cumple con la finalidad perseguida, cuestión que, como comentamos, no acontece, pues se consagra un privilegio en favor de un “sector” de la economía del país (empresas concesionarias), y como contrapartida, una sanción ajena a toda proporcionalidad para quienes incumplan el pago de la tarifa, no existiendo razones objetivas y razonables que así lo exijan, vulnerando, también, el artículo 19 N° 22 de la Constitución. Tal como lo reconoce la doctrina, la proporcionalidad tiene sus raíces en el Estado de Derecho, “*...puesto que el concepto de proporcionalidad, en última instancia, combina elementos característicos de la justicia del caso concreto –mide el impacto que sobre los ciudadanos tiene la intervención estatal– y de la lógica de la moderación en el ejercicio del poder, con la carga o el deber de motivar que al Estado incumbe*”⁸.

⁵ CEA (2004) p. 126.

⁶ CEA (2004) p. 130.

⁷ Para el desarrollo de esta idea se ha seguido el esquema de MUÑOZ (2007) pp. 116 y ss.

⁸ BARNES (1994), en FERMANDOIS (2006) pp. 262-263.

Lamentablemente, no hay razonamiento alguno por parte del TC que sustente su argumentación en base a la justicia que una sanción como esta pueda tener en nuestro ordenamiento jurídico, desaprovechando una oportunidad para haber fijado aquel criterio de equidad que la imposición de sanciones requiere.

2. PROPORCIONALIDAD E INTENSIDAD DE LA SANCIÓN ANTE LA PROTECCIÓN A UN BIEN JURÍDICO DIFUSO Y EL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA

Proporcionalidad significa “*Conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí*”⁹. Como bien señala Alarcón¹⁰, en “*materia de Derecho, el ‘todo’ lo constituye el ordenamiento jurídico*”, y en consecuencia, en la medida que el legislador –o cualquier otra autoridad– “*adopte decisiones proporcionadas (que no sean desmesuradas, excesivas ni insuficientes), tanto su actuar como su obrar guardarán la debida conformidad y proporción que como ‘partes’ les corresponden con el ‘todo’*”

Puede entenderse, además, por proporcionalidad, aquello que González-Cuellar define como “*...el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia –estatal– guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo la medida deberá considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad*”¹¹.

Complementando la definición transcrita, los beneficios que se obtienen mediante la adopción de una medida que intervenga un derecho fundamental, deben compensar los sacrificios que esta implica para sus titulares y para la sociedad en su conjunto. Es decir, no pueden afectar derechos de los particulares más allá de lo estrictamente necesario para la obtención de un objetivo de carácter público. Por lo tanto, si la medida o la intervención a un derecho fundamental no cumple con la exigencia antes expuesta, esta deberá ser declarada inadmisibles.

Este principio ha recibido además una consagración normativa en el derecho comparado, destacando, por ejemplo, el artículo 52.I de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la que al recoger este concepto, expresa que: “Solo se podrá introducir limitaciones [a los derechos fundamentales garantizados por la Carta] respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”. A ello se suma el artículo II.109.3, el que prescribe que “La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación a la infracción”, y el artículo II. 112.1, el cual establece que: “Cualquier limitación de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, solo podrán introducirse limitaciones cuando

⁹ Diccionario de la Lengua Española, RAE. XXII edición, 2001, p. 1846.

¹⁰ ALARCÓN (2000) p. 29.

¹¹ GONZÁLEZ-CUELLAR (1990) p. 156.

sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o la necesidad de protección de derechos y libertades de los demás”. Por su parte, la jurisprudencia comparada, en particular por medio de la Corte Europea de Justicia en Luxemburgo y la Corte *ad hoc* de Estrasburgo¹², ha reconocido, también, este principio.

En el caso chileno, si bien nuestro TC no ha fijado un límite preciso respecto a la proporcionalidad e intensidad de las penas¹³, nada impedía, precisamente con el objeto de dar la certeza jurídica que la Constitución reconoce, haber aprovechado la oportunidad para fijar aquellos límites a los que está sujeto el legislador al momento de imponer una sanción. Era de aquellos “momentos constitucionales”¹⁴ respecto de los cuales se espera, por parte del órgano máximo en materia constitucional, una salida ante aquellos “casos difíciles”.

Pues bien, nada de eso ocurrió, ya que el TC de manera inentendible a la luz de su propia historia, y no tomando a la proporcionalidad de manera adecuada como elemento central de su análisis, consideró que el artículo 42 LDC –el cual ni siquiera considera atenuantes o agravantes a la hora de su aplicación– no vulnera el derecho a la seguridad jurídica, olvidando precisamente que una multa de tal intensidad, en caso de ser aplicada, puede, si se aplica su máximo (el cual se desconoce), hacer del derecho de propiedad (19 N° 24) y de la libertad personal (19 N° 7), irrealizables, afectando su esencia si una sanción de dicho calibre es aplicada. Toda limitación a un derecho fundamental debe ser establecida “con parámetros incuestionables, esto es, razonables y justificados”¹⁵, cuestión que en el caso que comentamos, el TC olvidó claramente. Es más, una multa 40 veces el valor de la infracción, no solo no guarda ninguna proporción con la intensidad del daño provocado a una concesionaria, sino, además, “entraba más allá de los razonable”¹⁶ el ejercicio de los derechos que señalábamos con anterioridad, pues atenta contra la predeterminación normativa que toda sanción que se impone sobre conductas sancionables debe contener, no permitiendo predecir, con suficiente grado de seguridad, la intensidad que pueda hacerse merecedor quien comenta una infracción, más aún cuando no existen límites claros de su extensión o graduación. Al no contemplar la norma con suficiente certeza el tipo de sanción que será aplicada en caso de ser impuesta –pues 40 veces el monto de la infracción no permite llegar a una sanción predecible–, se impone una sanción con tal amplitud que transforma a la sanción en indeterminada, lo que atenta sin ninguna duda contra la seguridad jurídica, pero también contra el artículo 19

¹² Ver ARANCIBIA (2005), quien se refiere en particular a los casos *Upjohn Ltd. v. The Licensing Authority Established by Medicines Act 1968 and Others*; *SA Buitoni v. Fonds d'orientation et de regularisation des marchés agricoles*; *R. v. Intervention Board Ex p. Man (Sugar) Ltd.*; *Atlanta v. Produktschap Loor Vee*; y, *R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Pegasus Holidays (London) Ltd. and other*. Por su parte, FERNÁNDEZ (2000) ofrece, también, un valioso aporte a como diferentes tribunales extranjeros han recogido este principio fallando en conformidad a él.

¹³ En la sentencia rol N° 280, Proyecto de Ley que introduce modificaciones tributarias (1998), se alude únicamente a la proporcionalidad de los tributos.

¹⁴ Véase ACKERMAN (1999) p. 17.

¹⁵ Sentencia rol N° 226, Ley N° 19.733 (1995) considerando 47°.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 43, Ley N° 18.603 (1987) considerando 21°.

N° 3 incisos séptimo y octavo de la Constitución, al no precisarse, con la rigurosidad que ella exige, la pena impuesta. Lamentablemente, la sentencia no profundiza, al igual que la LDC, en aquellos elementos básicos de un juicio de proporcionalidad, tal como lo es la intencionalidad, los perjuicios causados y la reincidencia de la misma sanción.

¿Dónde radica, entonces, la justificación de una medida como esta?

Para el TC, el fin lícito de la limitación establecida consiste en “*asegurar el adecuado funcionamiento del sistema concesionado de infraestructura*”, pues la multa representa “*un elemento disuasivo de la generalización de conductas que pongan en riesgo el régimen de concesiones, afectando el interés colectivo que su eficaz desenvolvimiento procura*” (considerando décimo sexto). Es más, para el TC en el contexto del sistema de concesiones, no existe una “*relación desequilibrada*” entre “*los valores recaudados por la concesionaria a título de multas y lo que deja de percibir por concepto de no pago de tarifa*” (considerando décimo séptimo).

¿Es acaso razonable que se imponga una multa de la magnitud que comentamos para asegurar el sistema de concesiones? Por su puesto que no, ya que la posición del TC no hace más que legitimar que las personas pueden ser utilizadas como un medio para el logro de una finalidad que en ningún caso puede ser catalogada de pública o merecedora de una protección jurídica especial (régimen general de concesiones). Se pretende, por medio de un bien “supraindividual”, “universal” o de “naturaleza colectiva”¹⁷, que carece de amparo constitucional especial, utilizar a las personas como un instrumento para el logro de los “intereses superiores de la comunidad”, corrompiendo la propia dignidad que la Constitución le reconoce a las personas (art. 1° inciso 1).

Si el bien jurídico a proteger es el sistema general de concesiones, este no cuenta con una protección jurídica-constitucional especial que permita calificarlo como tal. Por el contrario, al menos constitucionalmente, es un bien jurídico “indeterminado” e “impreciso”, carente de un contenido substancial que permita equipararlo como necesario para la consecución del bien común, más aún cuando son los propios automovilistas (personas naturales dotadas de dignidad) quienes, al imponérseles una multa carente de toda proporcionalidad, deben sustentar, mediante el pago de una multa 40 veces el valor de la infracción, el régimen general sobre el cual el sistema público de concesiones se apoya. Si un bien jurídico así de “difuso” es merecedor de protección jurídica mediante la imposición de una sanción de tal entidad, la seguridad jurídica sobre la que los particulares han depositado su confianza se diluirá paulatinamente, pues al considerarse toda “supraestructura” digna de la imposición de gravosas sanciones en caso de su contravención y de injustificada protección constitucional especial en caso de impugnarse los pilares sobre los cuales está edificada, se borrará, de un plumazo, el conjunto de principios y normas garantísticas básicas que el ciudadano común ha depositado en la Ley Suprema.

Por eso, creemos que va en la dirección correcta el nuevo proyecto de ley¹⁸ que pretende, entre otras cosas, regular el sistema electrónico de cobro de tarifas por el uso

¹⁷ Ver ALCALDE (2007)

¹⁸ Oficio N° 466-345, de la Presidencia de la República, de fecha 13 de julio de 2007.

de vías concesionadas, pues luego de recoger numerosas ideas propuestas por distintos parlamentarios¹⁹, finalmente, con fecha 30 de octubre de 2007, el Senado aprobó un nuevo texto para el artículo 42 de LDC, el que prescribe lo siguiente:

“Artículo 42.- Cuando el usuario de una obra dada en concesión no cumpla con el pago de su tarifa o peaje, el concesionario podrá cobrarlo judicialmente, reajustado según la variación del Índice de Precios al Consumidor, más los intereses máximos convencionales y las costas. Será competente para conocer del cobro judicial, de acuerdo al procedimiento establecido en la Ley N° 18.287, el juez de policía local del territorio del domicilio del usuario. Se considerará usuario a la persona a cuyo nombre esté inscrito el vehículo y su domicilio será el anotado en el Registro de Vehículos Motorizados.

Cuando el juez condene al pago en los términos señalados en el inciso anterior, aplicará una multa de 10 veces el monto de lo condenado. En caso de reincidencia, esta multa aumentará a 20 veces el monto de lo condenado. En ambos casos, la multa no podrá exceder de veinte unidades tributarias mensuales. Si las multas no fueren pagadas, se anotarán en el Registro de Multas de Tránsito no pagadas, en la forma, plazos y para todos los efectos que establece la Ley N° 18.287.

Con todo, el deudor podrá eximirse de la aplicación de las multas dispuestas en el inciso precedente, si paga el monto efectivamente adeudado más los intereses corrientes y las costas a la concesionaria, antes de que los autos queden para fallo.

El cincuenta por ciento de estas multas ingresará al Fondo Común Municipal, pasando el cincuenta por ciento restante a beneficio de la municipalidad a que perteneciere el juzgado de policía local en que se hubiere sentenciado la condena.

En el juzgamiento de estas infracciones, constituirán medios de prueba las fotografías, filmaciones y cualquier otro medio técnico que el Ministerio de Obras Públicas hubiese autorizado para el control del incumplimiento de los pagos tarifarios”.

Pese a las deficiencias de técnica legislativa que pueda tener la redacción del artículo recién transcrito, lo central del futuro artículo 42 de LDC, si es finalmente aprobado, es que rescata, en parte, pero en la dirección correcta, el principio de proporcionalidad desconocido.

Lo anterior, debido a que el juez “podrá” cobrar el monto de la tarifa o peaje no pagado, según la variación del Índice de Precios al Consumidor, más los intereses “máximos convencionales y las costas” –elementos de la esencia de toda sanción pecuniaria y respecto de los cuales no cabe objeción alguna–, pudiendo el juez aplicar una multa de “10 veces el monto de lo condenado” o de “20 veces” en caso de reincidencia, pero cuya máxima sanción, en ambos casos, no podrá exceder las veinte unidades tributarias mensuales, las cuales, en caso de no ser pagadas, serán registradas en conformidad a la Ley N° 18.287. Es más, la redacción del nuevo artículo permite la posibilidad de poder

¹⁹ Senadores Alvear, Frei, Naranjo, Gómez y Horvath; y los diputados Sepúlveda, Chaguán y Uriarte, entre otros.

eximirse de las multas impuestas si se paga el monto efectivamente adeudado más los intereses y las costas a la concesionaria, “antes de que los autos queden para fallo”. El 50% de la multas en caso de ser aplicadas, ingresarán al Fondo Común Municipal.

A pesar de que no concordamos con lo prescrito en el inciso penúltimo del actual proyecto del artículo 42 (destino de un 50% de parte de las multas a un Fondo Común Municipal), lo relevante es que el artículo contempla dos elementos que sí bien no son determinantes para el cumplimiento íntegro de la proporcionalidad exigida, sí van en la dirección adecuada respecto de los derechos que a todo ciudadano –y a todo automovilista– debe reconocerse: i) el reincidente sufre una pena más gravosa que aquel que por primera vez incumple el pago, imponiéndose una graduación de la pena que hace justicia, sancionando “proporcionalmente” de manera distinta a quienes han cometido conductas diferentes; y ii) se fija un tope máximo de aplicación de multas, lo que otorga la predeterminación normativa que carece la actual normativa. A partir de ahora, el máximo de la sanción es conocido por todos, lo que proporciona una seguridad jurídica que la actual normativa no otorga.

Aunque la nueva regulación no guarda tampoco relación entre el monto de la infracción y el daño provocado a las concesionarias (10 ó 20 veces parece ser todavía una sanción excesiva), el hecho de que se haya contemplado la circunstancia agravante y un tope en el monto de la multa, grafica el nuevo espíritu del legislador, quien intenta restituir la justicia quebrantada con la actual legislación y que el TC, en la sentencia que comentamos, no advirtió.

IV. CONCLUSIONES

El TC desaprovechó una oportunidad para haber fijado aquellos límites a los cuales está sometido el legislador al momento de imponer sanciones, prescindiendo del verdadero juicio de proporcionalidad a que debe estar sujeta toda sanción, configurando como bien jurídico digno de protección constitucional especial a las autopistas concesionarias, alejándose de toda la lógica finalista sobre la cual el TC ha sustentado sus fallos. Es de esperar que el Parlamento, haciendo eco de las demandas ciudadanas, corrija este asunto y modifique de manera importante la actual regulación de sanciones por incumplimientos de pago de peajes o tarifas de las autopistas concesionadas que el nuevo proyecto contempla, reconociendo, adecuadamente, los derechos de las personas al imponerse sanciones en materia de autopistas concesionadas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACKERMAN, Bruce (1999): *La Política del Diálogo Liberal* (Traducc. Gabriel L. ALONSO, Madrid, España, Editorial Gedisa) 235 pp.
- ALARCÓN JAÑA, Pablo (2000): *Discrecionalidad Administrativa. Un Estudio de la Jurisprudencia Chilena* (Santiago, Editorial LexisNexis) 98 pp.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2005): “Bienes Jurídicos protegidos y potestad sancionadora de la Administración” en: *Conferencias Santo Tomás de Aquino, Sanciones*

- administrativas y derechos fundamentales: Regulación y nuevo intervencionismo.* (Santiago, Universidad Santo Tomás) pp. 63-71.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2005): “Control judicial de sanciones administrativas en materia económica. Notas para un análisis crítico del caso británico”, en: *Conferencias Santo Tomás de Aquino, Sanciones administrativas y derechos fundamentales: Regulación y nuevo intervencionismo.* (Santiago, Universidad Santo Tomás) pp. 155 -177.
- BARNES, Javier (1994): “Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario”, *Revista de Administración Pública* N° 135: p. 501, en: FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo: *Derecho Constitucional Económico. Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia.* (Santiago, Ediciones Universidad Católica) 292 pp.
- BIDART CAMPOS, Germán José (1987): *La interpretación y el Control Constitucionales en la Jurisprudencia Constitucional* (Buenos Aires, Editorial Ediar): 353 pp.
- CEA EGAÑA, José Luis (2004): *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, Deberes y Garantías Constitucionales* (Santiago, Ediciones Universidad Católica): 733 pp.
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2000): “Principios Constitucionales de Proporcionalidad y Justicia en materia Tributaria”, *Revista Chilena del Derecho*, vol. XXVII N° 2: pp. 357-371.
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás (1990): *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal* (Madrid, Editorial Colex) 352 pp.

NORMAS CITADAS

- Constitución Política de la Republica de Chile. Texto refundido, coordinado y sistematizado por el Decreto N° 100 publicado en el *Diario Oficial* de 22 de septiembre de 2005.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas. Texto refundido, coordinado y sistematizado por el Decreto Supremo N° 900, del Ministerio de Obras Públicas, publicado en el *Diario Oficial* de 18 de diciembre de 1996.
- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea [fecha consulta: 10 de noviembre de 2007]. Disponible en: <<http://constitucion.rediris.es/principal/novedades/cdfue.html>>

JURISPRUDENCIA CITADA

- Proyecto de Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos (1987), Sentencia Tribunal Constitucional, 24 de febrero de 1987, N° 43 [fecha de consulta: 17 de diciembre de 2007]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/archivos/sentencias/Rol_43.doc>
- Proyecto de Ley Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios (1988), Sentencia Tribunal Constitucional, 5 de abril de 1988, N° 53 [fecha de consulta: 17 de diciembre de 2007]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/archivos/sentencias/Rol_53.doc>

- Inconstitucionalidad, Decreto Supremo N° 1, de 10 de enero de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales (1996), Sentencia Tribunal Constitucional (requerimiento de constitucionalidad), 2 de diciembre de 1996, N° 245 y N° 246 [fecha de consulta: 17 de diciembre de 2007]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/archivos/sentencias/Rol_245_246.doc>
- Inconstitucionalidad, Decreto Supremo N° 171, de 5 de diciembre de 1996, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (1997), Sentencia Tribunal Constitucional (requerimiento de constitucionalidad), 15 de abril de 1997, N° 253 [fecha de consulta: 17 de diciembre de 2007]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/archivos/sentencias/Rol_253.doc>
- Proyecto de Ley que rebaja la tasa de los aranceles a las importaciones e introduce modificaciones a otras normas tributarias y económicas (1998), Sentencia Tribunal Constitucional (requerimiento de constitucionalidad), 23 de diciembre de 1998, N° 280 [fecha de consulta: 17 de diciembre de 2007]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/archivos/sentencias/Rol_280.doc>
- Proyecto de Ley que modifica Decreto Ley N° 3.500 de 1980 (2001), Sentencia Tribunal Constitucional (requerimiento de constitucionalidad), 21 de agosto de 2001, N° 334 [fecha de consulta: 17 de diciembre de 2007]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/archivos/sentencias/Rol_334.doc>
- Proyecto de Ley que modifica régimen de jornada escolar completa (2004), Sentencia Tribunal Constitucional (requerimiento de constitucionalidad), 14 de junio de 2004, N° 410 [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2007]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/archivos/sentencias/Rol_410.doc>

