Sobre la constitucionalidad del privilegio administrativo *"solve et repete"*

Sebastián Alonso Rivera Torres

Resumen: El presente trabajo realiza un análisis crítico de la constitucionalidad del privilegio administrativo *solve et repete*, así como su relación con los derechos y garantías fundamentales presentes en nuestro orden constitucional. La investigación abarca la legislación, la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en los últimos años, además de un apartado de derecho comparado. Finaliza sosteniendo la inconstitucionalidad del privilegio.

Palabras clave: privilegio administrativo, *solve et repete*, derechos fundamentales.

I. Introducción

Uno de los rasgos distintivos del régimen administrativo chileno es la existencia de potestades y privilegios en la Administración del Estado, poderes jurídicos extraordinarios reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico y depositados en los órganos de la Administración para que operen en el ámbito de sus competencias. Mientras que las potestades son poderes que se imponen frente a los derechos fundamentales de los particulares, los privilegios, son posiciones favorables y ventajosas frente a los mismos, que generan una relación asimétrica. A pesar de esta distinción, tanto potestades como privilegios persiguen el mismo fin: tutelar y satisfacer los intereses públicos definidos por el legislador, pudiendo tener distinto contenido e intensidad[1].

El privilegio administrativo *solve et repete,* es una regla de carácter procesal que consiste en el pago total o parcial de una multa administrativa como requisito previo para impugnarla ante los tribunales y verificar su conformidad a derecho. Si bien la regla se funda en la rigurosidad de las vías de reclamo ante la administración, esta se traduce en una limitación material al acceso a la justicia[2]. El propósito de esta investigación es realizar un análisis crítico de la constitucionalidad del privilegio. Para ello, la investigación se divide en tres partes: una introducción a la regla, un

[1] FERRADA, 2007, pp. 75-78.
[2] FERRADA, 2007, p. 84.

repaso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno, y, un análisis de derecho comparado.

El primer apartado es una introducción a la regla, su configuración en el derecho administrativo chileno y su conflictiva relación con ciertos derechos y garantías fundamentales consagrados a nivel constitucional, a saber; el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva, la igualdad ante la ley en la protección de los derechos, la presunción de inocencia y la garantía de contenido esencial[3]. Si bien hay muchos derechos comprometidos, pondré especial énfasis en el derecho al acceso a la justicia y a la igualdad ante la ley en la protección de los derechos, pues de la vulneración de estos se deriva la vulneración de los demás. Para ello, recurriré a la legislación y a la doctrina nacional.

El segundo apartado es un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno sobre la constitucionalidad del privilegio. Antes del año 2000, el fallo más relevante del Tribunal Constitucional corresponde a aquel en que, en voto de minoría, el entonces integrante don Eduardo Soto Kloss argumentaba en contra del privilegio, pues, afectaba el derecho al acceso a la justicia, la igualdad ante la ley y la garantía de contenido esencial[4]. Después del año 2000, el Tribunal Constitucional declara el privilegio parcialmente inconstitucional al no constituir *per se* un impedimento efectivo al acceso a la justicia[5].

El tercer apartado es un análisis de derecho comparado, que busca exponer una perspectiva diferente ante el problema. Si bien actualmente la Corte Constitucional de Italia, la Corte Suprema de la República Oriental de Uruguay, la Corte Suprema de Venezuela, el Tribunal Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional de Perú han declarado la inconstitucionalidad de la regla debido a que atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva, recurriremos al Tribunal Supremo de España, cuya jurisprudencia constitucional ha sido más bien oscilante[6]. El objetivo de esta comparación es conocer la relación entre la Administración del Estado y los derechos fundamentales de los particulares.

Concluiré señalando que, nuestra legislación ha sido insuficiente en la protección de estos derechos dándole a la Administración Pública un privilegio exorbitante. Si bien la Administración Pública

[3] LEWIS, 2014, p. 248.
[4] Tribunal Constitucional, 28.02.1994, rol 185-94.
[5] Tribunal Constitucional, 17.11.2006, rol 546-06.
[6] LEWIS, 2014, pp. 252-253.

por definición prioriza los intereses públicos y este tipo de privilegios administrativos pueden llegar a estar justificados persiguiendo fines concretos que satisfacen necesidades comunes, estos no pueden, en ningún caso, aplicarse de manera desproporcionada o atentando contra el contenido esencial de nuestros derechos y garantías fundamentales.

II. Derecho Nacional

1) Sobre el *solve et repete*

Solve et repete, también llamada regla del previo pago, es aquella regla procesal que exige que el afectado por una multa administrativa o cualquier monto de dinero a beneficio fiscal pague la totalidad o parcialidad de la misma como requisito para impugnarla ante los tribunales de justicia y verificar su conformidad a derecho. Respecto a la naturaleza jurídica de la regla, se han sostenido las siguientes tesis: (1) es un presupuesto de admisibilidad de los recursos contenciosos administrativos; (2) es un privilegio procesal establecido a favor de la Administración Pública[7]; y (3) es consecuencia de la presunción de legalidad, ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos[8]. Respecto a su finalidad, se han sostenido las siguientes tesis: (1) garantizar la recaudación de impuestos y multas en favor de los intereses del Estado; y (2) reducir el número de recursos contenciosos administrativos, evitando la litigación infundada[9].

La regla del previo pago puede encontrarse en la Ley N°18.410 sobre la Superintendencia de Electricidad y Combustibles en su artículo 19 inciso 3°, al señalar que para interponer la reclamación contra una multa debe acompañarse, además de la boleta, un 25% del monto de esta[10]. Lo mismo ocurre en el DL N°1.078 respecto a las normas sobre la autoridad monetaria en su artículo 35 inciso 2°, al señalar que para interponer la reclamación contra una multa debe acompañarse, además de la boleta, un 10% del monto de esta[11]. También puede encontrarse en la Ley de Seguridad Nuclear en su art. 37 inciso 2°, al señalar que para apelar contra la sentencia que imponga una multa debe pagarse el 20% de la misma o 10 UTM si es que la sentencia no aplicare

[7] LEWIS, 2014, pp. 240-241.
[8] FERRADA, 2007, pp. 81-84.
[9] LEWIS, 2014, p. 241.
[10] Ley 18.410, 1985.
[11] DL 1.078, 1975.

multa[12]. En otros casos, como el de la Ley N°17.374 en su artículo 24 se exige el pago total de la multa como un requisito de admisibilidad[13].

Evidentemente este listado no pretende ser taxativo, es solamente ejemplificativo[14], de hecho, también podrían mencionarse una serie de disposiciones que actualmente se encuentran derogadas debido a la tendencia actual del legislador a eliminar requisitos previa consignación en el orden administrativo y judicial[15]. Lo que sí pretende es aportar las siguientes observaciones: (1) la regla no distingue entre personas naturales o jurídicas; (2) el monto puede ser total o parcial, fijo o porcentual; (3) la ley reconoce la regla como un requisito de admisibilidad; y (4) la multa administrativa es consecuencia de la lesión a un bien jurídico, por ende, es una manifestación del *ius puniendi* estatal. En cualquier caso la consecuencia jurídica para la persona afectada es siempre la misma, su derecho a recurrir ante un tribunal depende de su situación económica y si expira el plazo pierde su oportunidad procesal.

a) Argumentos a favor de la regla

Entre los principales argumentos a favor de la regla se puede mencionar su naturaleza jurídica. El requisito previo pago es una consecuencia lógica de una serie de privilegios establecidos a favor de la Administración Pública. Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad desde su entrada en vigencia, pudiendo ser ejecutados de oficio por la autoridad administrativa correspondiente. La presunción de legalidad implica su obligatoriedad (ejecutividad) y ejecución (ejecutoriedad) pudiendo esta última llevarse a cabo de manera coactiva si fuese necesario (ejecución forzosa)[16]. Así las cosas, el *solve et repete* no es más que un efecto reflejo de la presunción de legalidad y el principio de ejecutividad de los actos administrativos[17]. Este argumento será analizado más adelante.

Un segundo argumento a favor de la regla se encuentra en su finalidad. El *solve et repete* busca prevenir la interposición de reclamos infundados en contra de las sanciones administrativas

[12] Ley 18.302, 1984.
[13] Ley 17.374, 1970.
[14] Otros ejemplos: Art. 63 inc. 2°, Ley 18.455 de 1985; art. 70 inc. 3°, Ley 18.833 de 1989; art. 60 inc. final, Ley 18.840 de 1989.
[15] Véase Ley 19.374, 1995.
[16] Ley 19.880, 2003.
[17] ARAYA, 2013, pp. 100-101.

correctamente impuestas, evitando una sobrecarga al sistema judicial[18]. Este argumento es ilógico, la regla apunta a la situación económica del afectado, no a la fundabilidad de su reclamo. En palabras más sencillas, el reclamo del afectado puede estar totalmente fundado pero si no tiene los medios económicos para pagar la multa no estará habilitado para entrar en juicio y si expira el plazo perderá su oportunidad para reclamar. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a este argumento, lo que también será analizado más adelante.

Un tercer argumento a favor de la regla se encuentra en la concepción del procedimiento administrativo como un estadío heterocompositivo, equivalente jurisdiccional frente al proceso jurisdiccional. El procedimiento administrativo es un instrumento que busca satisfacer las pretensiones de los ciudadanos evitando que estos deban recurrir al complicado, lento y costoso proceso jurisdiccional. Si efectivamente hay una distinción funcional entre los órganos de la Administración y el Poder Judicial, ambos exigen métodos organizativos y procedimentales diferentes, siendo el *solve et repete* una regla que tutela intereses públicos al resguardar bienes jurídicos concernientes a la comunidad en el procedimiento administrativo[19]. Sin embargo, este argumento adolece de un vicio conceptual, la Administración y el Poder Judicial abogan por intereses no distintos sino contrapuestos. El procedimiento administrativo persigue siempre intereses públicos actuando de manera parcial, mientras que el procedimiento jurisdiccional persigue la tutela de derechos e intereses legítimos actuando como tercero imparcial. Así las cosas, cualquier acto administrativo sancionador puede y debe ser objeto de revisión judicial[20].

b) Argumentos en contra: sobre los derechos y garantías fundamentales afectados por el privilegio

A diferencia de los argumentos a favor del privilegio, que van desde la naturaleza de la norma hasta la naturaleza del procedimiento administrativo, los argumentos en contra comparten una misma conclusión: la regla del previo pago es inconstitucional por atentar contra una serie de derechos y garantías fundamentales consagrados en el artículo 19 de nuestra Constitución Política. Entre estos derechos se puede mencionar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, la garantía

[18] ARAYA, 2013, pp. 102-103.
[19] ARAYA, 2013, pp. 103-106.
[20] ARAYA, 2013, pp. 103-106.

de contenido esencial y la presunción de inocencia. Los derechos al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva merecen una mención especial por las razones que se expondrán más adelante.

Un primer argumento, señala que la regla atenta contra el derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos consagrado en el artículo 19 N°3 inciso 1° de nuestra Constitución Política. Si la ley exige el previo pago como requisito para impugnar una multa administrativa, aun cuando el previo pago fuese parcial y relativamente bajo, el derecho a reclamar depende de la situación económica del afectado[21]. Esto es aún más grave si se tiene en cuenta que el artículo 1° inciso 2° de la misma, señala que el Estado está al servicio de la persona humana, creando condiciones que permitan a sus integrantes su mayor realización espiritual y material, con pleno respeto a sus derechos y garantías fundamentales.

Un segundo argumento, señala que la regla atenta contra la garantía de contenido esencial consagrada en el artículo 19 N°26 de la Constitución Política. Dicha garantía, prohíbe al legislador limitar de modo irracional el contenido de los derechos, respetando su núcleo esencial, evitando que el derecho se torne impracticable o degenere en otro diferente. Entonces, si la persona no tiene los medios económicos suficientes para satisfacer el requisito del previo pago, y ello le impide la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, la regla del previo pago torna el derecho impracticable[22].

Un tercer argumento, señala que la regla atenta contra el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 19 N°3 inciso 7° de la Constitución Política. Si la persona sancionada no puede reclamar al carecer de recursos y expira el plazo, no solo perderá su oportunidad procesal sino que la ley habrá presumido su culpabilidad[23]. Es importante mencionar que, si bien el artículo 19 N°3 inciso 7° dispone que no se podrá presumir de derecho la responsabilidad penal, el Tribunal Constitucional señala que los principios inspiradores del orden penal consagrados a nivel constitucional se aplican, por regla general, al derecho administrativo sancionador, pues, ambas son manifestaciones del *ius puniendi* estatal[24].

c) Mención especial: sobre el derecho a la acción y a la tutela judicial efectiva

[21] LEWIS, 2014, p. 248.
[22] LEWIS, 2014, p. 248.
[23] LEWIS, 2014, p. 248.
[24] Tribunal Constitucional, 26.08.1996, rol 244-96.

Es bien sabido que nuestra Constitución Política no consagra ni el derecho a la acción ni el derecho a la tutela judicial efectiva de manera expresa, de hecho, su presencia en nuestro ordenamiento ha sido fruto de un arduo trabajo doctrinal, por parte de los juristas, y jurisprudencial, por parte del Tribunal Constitucional[25]. Si bien, derecho a la acción y derecho a la tutela judicial pueden ser entendidos como el mismo derecho, hoy en día hay buenas razones para distinguirlos conceptualmente.

Mientras que el derecho a la acción puede ser entendido como el derecho de acceso a la justicia o, más concretamente, de acceso a los tribunales; el derecho a la tutela judicial efectiva puede ser entendido como la correcta asistencia del Estado en la protección de derechos e intereses legítimos, como contrapartida de la prohibición de la autotutela[26]. Es evidente que la correcta asistencia del Estado en la protección de derechos e intereses legítimos requiere más que el simple acceso a los tribunales, aunque esto último sea una pieza fundamental. Es decir, puede haber derecho a la acción sin derecho a la tutela judicial, pero no puede haber derecho a la tutela judicial sin derecho a la acción.

En principio, el derecho a la acción se entendía como una manifestación del derecho de petición contenido en el artículo 19 N°14 de la Constitución Política, cuando este se ejercía ante los tribunales. Sin embargo, el derecho de petición no garantiza una respuesta por parte de la autoridad invocada ni mucho menos la ejecutividad de esa respuesta. Luego, el derecho a la acción pasó a entenderse implícito en el artículo 19 N°3 inciso 1° a pesar de que dicha disposición se refiere expresamente a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, pues esto solo es posible si es que se les concede a las personas el derecho de acceder a un tribunal. Aquello se condice con el artículo 38 inciso 2° al señalar que cualquier persona lesionada en sus derechos por la Administración del Estado podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley[27]. Finalmente, el Tribunal Constitucional apoya esta postura al señalar que el artículo 38 inciso 2° es una especificación del derecho a la tutela judicial consagrado en el artículo 19 N°3[28].

[25] Tribunal Constitucional, 17.11.2006, rol 546-06; Tribunal Constitucional, 03.01.2008, rol 792-07; Tribunal Constitucional 01.07.2008, rol 946-07.
[26] BORDALÍ, 2011, p. 315.
[27] BORDALÍ, 2011, p. 317.
[28] Tribunal Constitucional, 01.07.2008, rol 946-07.

Así las cosas, cada vez que la ley impide, traba u obstaculiza el acceso a los tribunales de justicia se vulnera el derecho a la acción y, si este impedimento es respecto a los actos de la Administración del Estado, se vulnera además el derecho a la tutela judicial efectiva[29]. Entonces, si el *solve et repete* es un requisito de admisibilidad que consiste en el previo pago de una multa administrativa para impugnar su conformidad a derecho, el *solve et repete* atenta contra, además de los derechos mencionados anteriormente, el derecho a la acción y el derecho a la tutela judicial efectiva.

2) Sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: argumentos a favor del privilegio

Un primer argumento a favor de la regla señala que, el Tribunal Constitucional carece de la facultad para declarar la inaplicabilidad del privilegio[30]. La declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad solo puede recaer sobre normas directamente incidentes en la decisión de fondo, no en aquellas relativas a la prueba o a la sustanciación de la cuestión controvertida, siendo el *solve et repete* parte de estas últimas. Para la tutela de las normas no incidentes que afecten un derecho fundamental sería procedente la acción de protección. Sin embargo, este argumento es objetable, pues, ninguna norma constitucional u orgánica constitucional señala que la acción de inaplicabilidad consagrada en el artículo 93 N°6 de la Constitución Política proceda únicamente contra normas que incidan directamente en la cuestión controvertida[31].

Un segundo argumento a favor de la regla señala que, la sola posibilidad de que el juez que conoce la acción de reclamación decrete la suspensión del pago de la multa mientras se lleva a cabo el procedimiento hace compatibles la presunción de legalidad de los actos administrativos y el acceso a la justicia por parte del afectado[32]. Este argumento es endeble por dos razones: en primer lugar, porque la suspensión del pago de la multa es eventual, y, en segundo lugar, porque a la hora de la suspensión los derechos ya habrían sido vulnerados, lo que sería una especie de "saneamiento" sobre un vicio de inconstitucionalidad[33].

Un tercer argumento a favor del privilegio señala que, el *solve et repete* es constitucional siempre y cuando se adapte a la capacidad económica del actor en el proceso, es decir, tenga un límite

[29] BORDALÍ, 2011, p. 318.
[30] Tribunal Constitucional, 03.01.2008, rol 792-07; Tribunal Constitucional, 01.07.2008, rol 946-07; Tribunal Constitucional, 10.07.2008, rol 968-07.
[31] ARAYA, 2013, p. 107.
[32] Tribunal Constitucional, 25.05.2009, rol 1345-09.
[33] ARAYA, 2013, p. 110.

razonable impuesto por el propio legislador[34]. De esta manera, la regla dejaría de ser inconstitucional en abstracto sin perjuicio de que pueda serlo en casos concretos. Este argumento merece especial atención, pues, que el privilegio sea inconstitucional en casos concretos no es una solución, sino un problema en sí mismo.

a) Argumentos en contra, inconstitucionalidad en abstracto y actualidad

Tal como se mencionó en el primer apartado, los principales argumentos a favor del privilegio son: (1) la presunción de legalidad, ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, y (2) la finalidad perseguida por el *solve et repete* es evitar la litigación infundada, frívola y puramente dilatoria. Respecto al primer argumento, la presunción de legalidad debe ser congruente con el control de las potestades ejercidas por el Estado, respetando los derechos y garantías fundamentales de las personas. Respecto al segundo argumento, si bien la finalidad es lícita, no es razonable. El requisito previo pago no evita el reclamo infundado porque apunta a la situación económica del reclamante, no a la fundabilidad de su reclamo, de manera que pueden haber reclamos fundados que no serán admitidos, y reclamos infundados que serán admitidos. Así las cosas, la regla no es un mecanismo idóneo de desincentivo[35].

A partir del año 2008, el *solve et repete* fue declarado inconstitucional en materia sanitaria y laboral[36], en base a los siguientes razonamientos: (1) el *solve et repete* es un límite al derecho fundamentales de acceso a la justicia. Este límite se justifica debido a la presunción de legalidad de los actos administrativos. Sin embargo, esta presunción debe resultar congruente con el control de las potestades ejercidas por el Estado, respetando los derechos y garantías fundamentales. Por lo tanto, el *solve et repete* es una medida desproporcionada y por ende, inconstitucional[37]; (2) el *solve et repete* atenta contra el equilibrio de las partes litigantes, implica una discriminación en perjuicio de los más desaventajados económicamente, atenta contra el derecho a la acción y por ende, a la tutela judicial. Ponderando lo ya mencionado, se concluye que el *solve et repete* es inconstitucional.

[34] Tribunal Constitucional, 17.11.2006, rol 546-06.
[35] ARAYA, 2013, pp. 114-115.
[36] Tribunal Constitucional, 03.01.2008, rol 792-07; Tribunal Constitucional, 01.07.2008, rol 946-07; Tribunal Constitucional, 10.07.2008, rol 968-07; Tribunal Constitucional, 22.07.2008, rol 1046-08; Tribunal Constitucional, 28.08.2008, rol 1061-08.
[37] Tribunal Constitucional, 16.04.2009, rol 1173-08.

Este giro jurisprudencial, además de declarar la inconstitucionalidad del privilegio en ciertas materias, trajo consigo un fortalecimiento de los derechos y garantías fundamentales consagradas en la Constitución Política. Además, reconoció el derecho de acceso a la justicia señalando que si bien no se encuentra consagrado de manera expresa en la Constitución Política, se extrae del artículo 19 N°3, ya que, no tendría sentido consagrar la igualdad ante la ley en el ejercicio de los derechos y un justo y racional procedimiento sin el derecho a poner en movimiento la actividad jurisdiccional[38].

Así las cosas, en la década de los 80 y 90 el Tribunal Constitucional fue bastante permisivo con esta regla, salvo un par de votos de minoría (entre ellos, Eduardo Soto Kloss). Posteriormente, en la primera década del 2000 su constitucionalidad fue puesta en tela de juicio. Finalmente, en el año 2008 se experimentó un giro jurisprudencial, declarando su inconstitucionalidad en abstracto en materia sanitaria y laboral[39]. Actualmente, sigue con esta línea jurisprudencial, si bien la regla es incompatible con los derechos de acceso a la justicia e igualdad ante la ley, no es inconstitucional *per se*, sino únicamente en los casos concretos en que efectivamente se prive al individuo de esos derechos, lo que ha generado todo tipo de fallos[40].

3) Conclusiones y reflexiones

La Administración del Estado goza de una serie de potestades y privilegios que apuntan a la tutela y satisfacción de intereses públicos, pudiendo tener distinto contenido e intensidad. Sin embargo, estas potestades y privilegios deben ser acordes al principio de servicialidad del Estado, consagrado en el artículo 1° inciso 2° de nuestra Constitución Política, así como a los derechos y garantías fundamentales consagrados en el artículo 19 de la misma norma.

El *solve et repete* es un privilegio administrativo que consiste en el previo pago de una multa como requisito para impugnar su conformidad a derecho. Sin embargo, este requisito afecta una serie de derechos y garantías fundamentales, principalmente, el derecho de acceso a la justicia y la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Si bien la finalidad de la regla es evitar la

[38] CARRASCO, 2008, p. 225.
[39] CARRASCO, 2008, pp. 232-233.
[40] Tribunal Constitucional, 13.07.2021, rol 9940-20; Tribunal Constitucional, 25.06.2020, rol 7587-19; Tribunal Constitucional, 10.12.2019, rol 5731-18.

litigación infundada, es un medio totalmente irrazonable, pues, apunta a la situación económica del reclamante, no a la fundabilidad de su reclamo, siendo un mecanismo inidóneo para tales efectos.

Estos razonamientos fueron suficientes para declarar la inconstitucionalidad de la regla en materia sanitaria y laboral, mas no en las demás materias. Sin embargo, no se puede concluir otra cosa que la inconstitucionalidad de la regla, con o sin un límite razonable impuesto por el legislador. Si el *solve et repete* con límite razonable es parcialmente inconstitucional, debiendo examinar cada caso en concreto, el *solve et repete* sin límite razonable también sería parcialmente inconstitucional, porque también dependería de cada caso en concreto. Así las cosas, o ambas modalidades son inconstitucionales, o ninguna lo es. Si ambas modalidades son constitucionales, seguirán llegando recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, siendo la única alternativa razonable declarar la inconstitucionalidad de ambas modalidades.

Por esto y por todo lo ya expuesto, la constitucionalidad del privilegio es totalmente insostenible, pues, implicaría atribuirle a la Administración Pública un privilegio exorbitante. Los intereses públicos deben ser perseguidos mediante mecanismos lícitos, razonables y proporcionales, en ningún caso, estos pueden atentar contra el contenido esencial de nuestros derechos y garantías fundamentales, pues, la proporcionalidad en la afectación de derechos y garantías fundamentales es un elemento básico y esencial de cualquier Estado de Derecho.

III. Derecho Comparado, el caso español

1) Panorama general

El derecho comparado es la rama del derecho que tiene por objeto el estudio de una pluralidad de ordenamientos jurídicos, cuyo objetivo final es tanto el conocimiento de cada uno de ellos, como el establecimiento de semejanzas, diferencias y analogías entre los mismos[41]. El derecho comparado tiene además una función instrumental, el derecho nacional no nace aisladamente en la mente del legislador, sino que es fruto de un conjunto de influencias, dichas influencias provienen tanto de las experiencias pasadas como de las experiencias de otros territorios[42]. Por lo tanto, un conocimiento de los demás ordenamientos jurídicos resulta bastante útil para el perfeccionamiento

[41] PIZZORUSSO, 1987, p. 80.
[42] PIZZORUSSO, 1987, pp. 84-85.

de nuestro ordenamiento jurídico. Cualquier país en vías de desarrollo debería compararse con los países desarrollados en busca de mejores políticas económicas, sociales y culturales.

En el presente apartado analizaré la regla del previo pago en el ordenamiento jurídico español, así como las principales líneas jurisprudenciales del Tribunal Supremo de España. Si bien el objetivo del derecho comparado es el conocimiento de los demás ordenamientos jurídicos tanto de manera individual como conjunta, establecer semejanzas y diferencias es una tarea más compleja de lo que parece, pues, cada ordenamiento es un conjunto de sistemas e instituciones que responden a una multiplicidad de factores económicos, sociales y culturales. Las semejanzas y diferencias que se puedan llegar a establecer no son, en ningún caso, definitivas.

2) Regla del previo pago: concepto, naturaleza y fundamento

La doctrina tradicional española ha definido la regla del previo pago como un presupuesto procesal que, más que limitar el derecho de acceso a la justicia de los ciudadanos, busca garantizar la inmunidad de los entes públicos frente al control jurisdiccional[43]. La naturaleza jurídica de la regla ha sido un tanto controvertida: para la doctrina tradicional es un requisito de admisibilidad propio de los procedimientos contenciosos administrativos, mientras que, para la doctrina moderna es un privilegio de la administración que busca reducir la litigiosidad de los particulares, fundado en la presunción de legitimidad, legalidad y ejecutoriedad de los actos administrativos[44].

La presunción de legitimidad consiste en que los actos administrativos se presumen legales, y, al presumirse legales, pueden ser ejecutados directamente. Esta presunción no paraliza la eficacia de los actos por la simple interposición de recursos, la paralización del acto solo procede en los casos expresamente señalados en las leyes[45]. Así las cosas, existen supuestos de carácter excepcional en que se puede suspender la aplicación de tal presunción, por ejemplo, el Reglamento de Procedimiento Económico Administrativo establece que, a pesar del principio general, la interposición de reclamación económica administrativa hace improcedente el cobro de multas mientras estas no estén firmes y ejecutoriadas[46].

[43] GUTIÉRREZ, 1978, p. 46.
[44] GUTIÉRREZ, 1978, p. 48.
[45] GUTIÉRREZ, 1978, p. 54.
[46] GUTIÉRREZ, 1978, p. 56.

El fundamento de la regla también ha sido bastante controvertido: la doctrina ha señalado que el fundamento es la sola presunción de legalidad, pues, si no se partiera de tal presunción la Administración Pública tendría que demandar cada caso en particular, lo que dificultaría el cumplimiento de tareas que son, en la mayoría de los casos, impostergables. Pareciera no existir un fundamento positivo, el principio de ejecutoriedad no es suficiente, pues más que la ejecución directa de los actos, apunta a que la ejecución de estos no sea suspendida por la sola interposición de recursos procedentes[47].

Quizás el rasgo más distintivo del ordenamiento jurídico español sea el beneficio de pobreza, que consiste en la exención de los gastos que el proceso origina a aquella persona que, debido a su carencia de recursos económicos, no puede satisfacer[48]. El beneficio responde a una estricta razón de justicia, reglas como el previo pago podrían denegar el acceso a la justicia de los administrados. España cuenta con una Ley de Enjuiciamiento Civil cuyo beneficio de pobreza es plenamente aplicable en materia contenciosa administrativa cuyos criterios varían entre la naturaleza de la profesión u oficio del recurrente, su capital o sus relaciones de familia. El beneficio de pobreza vendría a conciliar el derecho de acceso a la justicia con la regla *solve et repete*.

Así las cosas, tenemos una regla del previo pago fácilmente identificable, una naturaleza y fundamento sumamente controvertidos con una discusión similar a la llevada a cabo en nuestra doctrina, y un privilegio de pobreza consagrado a nivel legal. La presencia de un privilegio de pobreza que excluye de la regla a los más desaventajados económicamente complejiza la declaración de constitucionalidad de la regla por parte del Tribunal Supremo español. En cualquier caso, es más práctico tener una ley que consagre un beneficio de pobreza mediante criterios objetivos, como ocurriría en España, a tener que discutir cada caso concreto en sede de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, como ocurriría en Chile.

3) Principales líneas jurisprudenciales

A pesar de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España ha sido oscilante, pueden distinguirse dos principales líneas jurisprudenciales, una anterior al proyecto de constitución de 1978, y una posterior al mismo.

[47] GUTIÉRREZ, 1978, p. 57.
[48] GUTIÉRREZ, 1978, p. 49.

Antes de la Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativa de 1956, se entendía la regla del previo pago como un condicionamiento al acceso a la justicia, requería la presentación del documento original que acredita el pago de la multa en las Cajas de Tesoro Público salvo declaración de pobreza[49]. Hasta ese entonces, las discusiones eran relativas a cuestiones menores, el concepto del pago, la liquidez de la obligación, la presentación del documento original, la competencia de los tribunales y otras cuestiones accesorias que poco tienen que ver con la constitucionalidad de la regla[50]. No fue hasta 1973, respecto al proyecto de Constitución española de 1978, en que la discusión acerca de la constitucionalidad de la regla se puso en la palestra.

El artículo 113 del proyecto señaló que la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y en todo caso respecto de quienes acrediten no tener recursos suficientes para litigar. Es decir, la justicia no es gratuita, aunque puede serlo. El artículo permitía la imposición de trabas para litigar así como el beneficio de pobreza establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Sin embargo, este artículo contradecía el artículo 24 del mismo proyecto, al señalar que toda persona tiene derecho al acceso efectivo a los tribunales de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Asimismo, también contradecía el artículo 13 del proyecto, al consagrar la igualdad ante la ley, sin discriminación por circunstancias sociales, lo que indudablemente incluye las circunstancias económicas[51].

A pesar de esta contradicción, las líneas jurisprudenciales se centraron en si era posible aplicar el previo pago en casos que no estén expresamente consagrados en la ley, mediante analogía. Así las cosas, pareciera que el privilegio de pobreza es suficiente para conciliar la regla del previo pago con los derechos fundamentales de los administrados. Mientras que en Chile la discusión siempre ha sido constitucionalidad o inconstitucionalidad, España ha logrado conciliar el interés privado con el interés público discutiendo el ámbito de aplicación de la norma.

4) Conclusiones y reflexiones

Tal como fue mencionado, el derecho comparado tiene una función instrumental. La comparación entre ordenamientos jurídicos es una herramienta útil a la hora de buscar soluciones a problemas

[49] GUTIÉRREZ, 1978, p. 212.
[50] GUTIÉRREZ, 1978, pp. 213-215.
[51] GUTIÉRREZ, 1978, pp. 251-254.

comunes. Mientras que en Chile la discusión siempre ha sido si la regla es constitucional o no, España ha logrado conciliar el interés privado con el interés público, mediante la implementación de un beneficio de pobreza, una salida alternativa que no es para nada insensata. Llevado a un grado mayor de abstracción, el problema no es solamente si el Estado puede o no cobrar anticipadamente multas o impuestos, el problema es cómo lograr conciliar intereses individuales con intereses colectivos, ambos intereses son igualmente legítimos.

IV. Conclusiones finales

El presente trabajo ha realizado un análisis crítico de la constitucionalidad del privilegio administrativo *solve et repete* o regla del previo pago. Para ello, expuse los principales argumentos tanto a favor como en contra del privilegio, elaborados por la doctrina nacional y la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. Mientras que los argumentos a favor del privilegio van desde la naturaleza de la regla hasta la naturaleza del procedimiento contencioso administrativo, los argumentos en contra comparten la misma conclusión: la regla del previo pago es inconstitucional por atentar contra una serie de derechos y garantías fundamentales consagrados a nivel constitucional. Nuestra postura es contraria al privilegio, nuestra pregunta es: ¿qué está esperando el Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad total de la regla?, ¿qué está esperando el legislador para derogar los requisitos previa consignación de nuestra legislación?

Aun así, siendo intelectualmente honestos, nuestro debate doctrinario y jurisprudencial acerca de la constitucionalidad de la regla del previo pago siempre ha sido planteado en términos maniqueos de constitucionalidad o inconstitucionalidad. El objetivo del apartado de derecho comparado fue exponer una perspectiva diferente ante el problema: el ordenamiento jurídico español ofreciendo una salida alternativa, una ley como medio de conciliación entre los derechos fundamentales de los administrados y los intereses públicos perseguidos por la Administración Pública. Sea cual sea la decisión del legislador, esperemos que sea producto del debate democrático, propio de cualquier Estado de Derecho.

V. Referencias

1) Bibliografía citada

ARAYA ROJAS, Marcelo, 2013: "El *solve et repete* frente al Derecho Administrativo sancionador, un examen de legitimidad", *Revista de Derecho,* Escuela de Postgrado N°3, pp. 95-126.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, 2011: "Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial", *Revista Chilena de Derecho,* vol. 38 N°2, pp. 311-337.

CARRASCO QUIROGA, Edesio, 2008: "Acceso a la justicia, igualdad ante la ley y el término del *solve et repete*: un valioso cambio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Sentencias Destacadas,* 2008, pp. 215-237.

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, 2007: "Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno", *Revista de Derecho,* vol. XX, N°2, pp. 69-94.

GUTIÉRREZ LÓPEZ, Eugenio, 1978: *"Sobre el tema solve et repete"* Memoria para optar al grado de doctor, Universidad Complutense de Madrid. Disponible en: https://eprints.ucm.es/id/eprint/54306/1/5327075153.pdf

LEWIS, Sebastián, 2014: "La regla *solve et repete* en Chile", *Estudios Constitucionales,* año 12, N°2, pp. 239-272.

PIZZORUSSO, Alessandro, 1987: "*La comparación jurídica",* Barcelona, Ariel Derecho, S.A.

2) Normas jurídicas citadas

Ley 17.374, Fija nuevo texto refundido, coordinado y actualizado del DFL. N°313 de 1960, que aprobará la ley orgánica dirección, estadística y censos y crea el Instituto Nacional de Estadísticas, publicada con fecha 10 de diciembre de 1970.

Decreto Ley 1.078, Fija normas sobre autoridad monetaria, publicado con fecha 28 de junio de 1975.

Ley 18.302, Ley de seguridad nuclear, publicada con fecha 2 de mayo de 1984.

Ley 18.410, Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, publicada con fecha 22 de mayo de 1985.

Ley 18.455, Fija normas sobre producción, elaboración y comercialización de alcoholes etílicos, bebidas alcohólicas y vinagres, y deroga Libro I de la Ley N°17.105, publicada con fecha 11 de noviembre de 1985.

Ley 18.833, Establece un nuevo estatuto general para las Cajas de Compensación de Asignación Familiar (C.C.A.F.), sustitutivo del actual contenido en el Decreto con Fuerza de Ley N°42, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, publicada con fecha 26 de septiembre de 1989.

Ley 18.840, Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, publicada con fecha 10 de octubre de 1989.

Ley 19.374, Modifica Código Orgánico de Tribunales, de Procedimiento Civil y de Procedimiento Penal, en lo relativo a la organización y funcionamiento de la Corte Suprema, recurso de queja y recurso de casación, publicada con fecha 18 de febrero de 1995.

Ley 19.880, Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, publicada con fecha 29 de mayo de 2003.

3) Jurisprudencia citada

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 28 de febrero de 1994, rol 185-94.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 26 de agosto de 1996, rol 244-96.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 17 de noviembre de 2006, rol 546-06.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 3 de enero de 2008, rol 792-07.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 1 de julio de 2008, rol 946-07.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 10 de julio de 2008, rol 968-07.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 22 de julio de 2008, rol 1046-08.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 28 de julio de 2008, rol 1061-08.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 16 de abril de 2009, rol 1173-08.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 25 de mayo de 2009, rol 1345-09.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 10 de diciembre de 2019, rol 5731-18.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 25 de junio de 2020, rol 7587-19.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 13 de julio de 2021, rol 9940-20.