

El debido proceso en el procedimiento ante el Panel de Expertos

Due process in the proceedings before the Panel of Experts

Nicolás Luco Illanes*

Las decisiones del Panel de Expertos, como toda sentencia emanada de un tribunal, por mandato constitucional y de los tratados internacionales de derechos humanos, debe fundarse en un debido proceso. El artículo examina si la actual regulación cumple con dichas garantías básicas e identifica los cambios legales que debiesen efectuarse para asegurar dicho cumplimiento.

Palabras clave: Panel de Expertos, debido proceso, Constitución.

The decisions issued by the Panel of Experts, as every decision issued by a court, must, under the Constitution and the international treaties on human rights, follow a due process. This paper studies if the current regulations satisfy those basic guaranties and identifies the legal amendments that should be undertaken to that effect.

Key words: Panel of Experts, due process, Constitution.

RESUMEN / ABSTRACT

Introducción

Desde la introducción del Panel de Expertos como órgano encargado de resolver las controversias en materia eléctrica, la discusión se centró en determinar si efectivamente se trataba de un tribunal o de un mero órgano administrativo. Existiendo ciertas evidencias fuertes y un cierto consenso doctrinario de que se trata efectivamente de un tribunal, resulta indispensable analizar si las normas que regulan su organización y funcionamiento satisfacen las exigencias del debido proceso que imponen tanto la Constitución Política de la República (CPR) como los tratados internacionales sobre derechos humanos, con el objeto de determinar los ajustes indispensables que debiesen efectuarse en la regulación para asegurar la profundización, perfeccionamiento y permanencia en el tiempo de un sistema de resolución de controversias que ha dado frutos positivos en el mercado.

* Abogado. Universidad Católica. Máster en Leyes, Universidad de Columbia; Profesor de Derecho Procesal Universidad Católica; Socio de Claro & Cía. Correo electrónico: nluco@uc.cl.

I. La garantía constitucional al debido proceso frente a todo tribunal

Pese a las reticencias iniciales de nada menos que los tres poderes que participaron en la tramitación del proyecto de ley que estableció el Panel de Expertos¹, existe hoy un consenso bastante generalizado, ratificado explícitamente por el mismo legislador, de que el Panel de Expertos es un tribunal². Como tal, queda incluido dentro de los tribunales a los que la Constitución Política de la República les confiere la exclusividad de la jurisdicción (artículos 19 N° 3 inciso 4° y 76 de la CPR) y queda sometido en bloque a la totalidad del estatuto constitucional dispuesto para los tribunales, con todas las garantías, cargas y obligaciones que emanan de dicho estatuto.

Dentro de ese estatuto está garantizado el acceso de las partes al tribunal y el debido proceso en el conocimiento, resolución y ejecución de lo resuelto. A este respecto, el inciso primero del artículo 19 N° 3 de la CPR asegura a todas las personas “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos” –garantía en la cual el Tribunal Constitucional ha entendido incorporado el derecho a la tutela judicial efectiva– y el inciso 6° del mismo numeral explicita que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”. Por su parte, el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)³ refuerza esta garantía, con la jerarquía que, como tratado de derechos humanos, le reconoce el artículo 5° de la CPR al establecer que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo ra-

¹ El mensaje de la Ley N° 19.940 no menciona que se trata de un tribunal; en el informe de la Comisión de Minería de la Cámara de Diputados se afirma que no lo es, y consultada la Corte Suprema, confirma que no se trata de un tribunal, por lo que no corresponde consultar su parecer.

² El artículo 8° de la Ley N° 20.285 Sobre Acceso a la Información Pública establece: “Artículo octavo.- Los Tribunales que forman parte del Poder Judicial, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales, a través de su Corporación Administrativa, deberán mantener a disposición permanente del público, en sus sitios electrónicos, y debidamente actualizados, los antecedentes indicados en el artículo 7° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado.

Los demás tribunales especiales de la República, tales como el Tribunal de Contratación Pública o el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y los órganos que ejercen jurisdicción, como la Dirección General de Aeronáutica Civil o el Panel de Expertos a que se refiere la ley N° 19.940, cumplirán la obligación dispuesta en el inciso precedente mediante sus propios sitios electrónicos o en los de el o de los servicios u organismos de que dependan o formen parte o tengan más próxima vinculación, en caso de que no dispongan de un sistema propio”.

³ Decreto Supremo N° 873, de 1990, Ministerio de Relaciones Exteriores.

zponible, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Pese a que la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución decidió explícitamente no establecer un catálogo de garantías específicas del racional y justo procedimiento y que los tribunales de justicia han querido mantener cierta flexibilidad para determinar esas garantías específicas en las circunstancias de cada procedimiento particular y la materia de que se trata, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la Corte Suprema y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido especificando ciertos elementos del debido proceso que pueden aplicarse a la generalidad de las materias.

Esos elementos son, básicamente: *i)* el derecho a acceder sin obstáculos a un tribunal; *ii)* el derecho de acceder a un juez natural, esto es, predeterminado por la ley; *iii)* el derecho de acceder a un juez independiente e imparcial; *iv)* el derecho a contar con defensa letrada; *v)* el emplazamiento de las partes a quienes afectará la decisión; *vi)* el derecho a presentar pruebas; *vii)* el derecho a conocer, examinar y objetar las pruebas contrarias; *viii)* la motivación o fundamentación de las sentencias; *ix)* la posibilidad de revisión del fallo por un tribunal superior; y *x)* la efectividad de las decisiones judiciales, lo que incluye su inmutabilidad y su ejecutabilidad.

II. Regulación del debido proceso ante el Panel de Expertos

Pese a que el inciso 5° del artículo 19 N° 3 de la CPR encarga muy claramente al legislador el establecimiento, en cada procedimiento, de las garantías de un debido proceso, la ley no cumple ese mandato en el caso del Panel de Expertos. En efecto, la LGSE que establece el estatuto legal del Panel en sus artículos 208 a 212, solo regula la competencia del tribunal (artículo 208), su integración (artículo 209), las funciones del secretario abogado (artículo 210), algunas normas procesales (artículo 211) y normas varias de financiamiento y funcionamiento (artículo 212). Específicamente, el artículo 211 establece algunas normas destinadas a garantizar el debido proceso, pero que resultan enteramente insuficientes, como *a)* los requisitos de la presentación de la discrepancia, *b)* la necesidad del Panel de establecer un programa de trabajo que contemple una audiencia pública con las partes e interesados, *c)* la necesidad de emitir un dictamen fundado y congruente y que opte por alguna de las alternativas presentadas, dentro del plazo de 30 días, *d)* el efecto vinculante del dictamen para todos quienes participen del procedimiento, y *e)* la inmutabilidad del dictamen mediante la improcedencia de

recursos en su contra, salvo la declaración de inaplicabilidad por parte del Ministro. El Reglamento del Panel de Expertos⁴ regula estas mismas materias sin establecer desarrollos sustanciales.

La generalidad de las normas legales y reglamentarias ha hecho necesario que el Panel de Expertos haya debido suplir la ausencia de normas mediante los programas de trabajo que acuerda para cada discrepancia. En ellos, básicamente, ha citado a una audiencia pública para que expongan en ella todos los interesados, audiencia que se realiza en unos pocos días desde la citación y en que se asigna unos determinados minutos a cada parte. Además, se permite que cada parte presente observaciones escritas dentro de un cierto plazo a partir de la audiencia, el que generalmente es de unos cuatro o cinco días.

Se advierte de esta manera, que el legislador no ha satisfecho adecuadamente el mandato constitucional de establecer en la misma ley las garantías de un procedimiento racional y justo a que se ha hecho referencia más arriba. Se trata de una legislación exigua y genérica, que descansa en normas reglamentarias de rango inferior y, más frecuentemente, en programas de trabajo o decisiones que el mismo Panel debe ir adoptando caso a caso y sin un criterio legal objetivo, general y pre-determinado.

III. Examen de cumplimiento de las exigencias del debido proceso

Sin perjuicio de la insuficiencia de las normas legales, a continuación examinaremos el grado de satisfacción de las exigencias del debido proceso en el procedimiento ante el Panel de Expertos, aunque estas estén garantizadas por normas o decisiones de jerarquía infralegal, para determinar, más adelante, posibles adecuaciones o perfeccionamientos que deban efectuarse para cumplir la exigencia impuesta por la CPR y los tratados internacionales ratificados por Chile en la materia.

1. El derecho a acceder sin obstáculos a un tribunal

En esta materia, la jurisprudencia constitucional e internacional de derechos humanos permite que la ley o normas de categoría inferior regulen el acceso al órgano jurisdiccional, pero siempre que estas tengan una finalidad legítima y que exista proporcionalidad entre dichas exigencias procesales y el fin perseguido.

Tanto la LGSE como el Reglamento del Panel y el Reglamento de los CDEC⁵ garantizan eficazmente este derecho, estableciendo para cada materia que es de competencia del Panel, un plazo razonable

⁴ Decreto Supremo N° 181, de 2004. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

⁵ DS N° 291, de 2007.

para acudir a este y ciertas exigencias formales racionales y justificables de las presentaciones y de sus antecedentes fundantes. Es más, el Reglamento de los CDEC eliminó la necesidad de acudir al tribunal, en algunos conflictos, a través del Directorio de los CDEC y garantizó la posibilidad de acudir directamente al Panel⁶.

2. El derecho de acceder a un juez natural, esto es, predeterminado por la ley

La CPR asegura a las personas que sus conflictos serán resueltos por un tribunal establecido como tal por la ley con anterioridad a la ocurrencia de los hechos que son juzgados; y que con la misma anterioridad le será asignada competencia para conocer del caso.

Estas exigencias se cumplen acabadamente en el caso del Panel de Expertos. La ley ha especificado una a una las materias que le pueden ser sometidas a su conocimiento y concretado en un solo tribunal la facultad de resolver los conflictos que surjan en torno a ellas.

3. El derecho de acceder a un juez independiente e imparcial

Como se sabe, la independencia del tribunal es la libertad para resolver la controversia sin restricción alguna impuesta por otra autoridad o persona. La imparcialidad consiste en la ausencia de vínculos con las partes involucradas que puedan afectar una decisión libre y justa del conflicto.

El artículo 209 de la LGSE busca proteger la imparcialidad del tribunal a través de las incompatibilidades de los integrantes del Panel de Expertos con ciertas funciones públicas y privadas, incluso con posterioridad al cese de sus funciones, la obligación de inhabilitarse cuando su interés pueda verse comprometido y la facultad de las partes de solicitar la inhabilitación de algún integrante cuando este no la ha declarado.

Por otro lado, el mismo artículo 209 intenta preservar la independencia del Panel de Expertos a través de un sistema de designación por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia "mediante un concurso público de antecedentes fundado en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias". A ello se suma un período de du-

⁶ "Art. 82.- Las controversias, discrepancias o conflictos que se susciten al interior de un CDEC, serán sometidos directamente por cualquier Integrante al dictamen del Panel, y su procedimiento se sujetará a lo dispuesto en el Art. 32 del Decreto Supremo N° 181 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2004.

El Directorio deberá incorporar en el Reglamento Interno los requisitos formales indispensables que sean necesarios para que el procedimiento señalado en el inciso anterior permita resguardar que cualquier Integrante pueda recurrir directamente al Panel en caso de controversia, discrepancia o conflicto con otro Integrante, con el Directorio o con las Direcciones del CDEC. Asimismo, dicho Reglamento deberá contener el mecanismo mediante el cual se informará al resto de los Integrantes la formalización de las discrepancias respectivas, a efectos que puedan exponer sus posiciones al Panel".

ración en el cargo que puede extenderse a 6 o 12 años y que asegura cierta inamovilidad.

Sin embargo, la independencia del Panel de Expertos como tribunal se ve sustancialmente afectada por dos normas, una legal y otra reglamentaria.

Antes del análisis específico de las normas, es imprescindible enfatizar que, más que un problema de separación de poderes, la independencia de los tribunales es fundamentalmente un problema de debido proceso. Para esto es necesario recordar el alto valor que la CPR asigna a la independencia de los tribunales, lo que ha sido reafirmado una y otra vez por el Tribunal Constitucional: “Que, como ya tuviera ocasión de señalarlo esta Magistratura en sentencia de 21 de diciembre de 1987, dictada en los autos Rol N° 46, “todo juzgamiento debe emanar de un órgano objetivamente independiente y subjetivamente imparcial, elementos esenciales del debido proceso que consagra toda la doctrina procesal contemporánea”. “Es más, a juicio de este Tribunal, la independencia e imparcialidad del juez no solo son componentes de todo proceso justo y racional, sino, además, son elementos consustanciales al concepto mismo de tal”. (Considerando décimo); sin tribunales independientes no existe verdaderamente un Estado de Derecho. [...] Y es que, como señalara el gran jurista Karl Loewenstein en su clásica obra *Teoría de la Constitución*, “la independencia de los jueces en el ejercicio de las funciones que les han sido asignadas y su libertad frente a todo tipo de interferencias de cualquier otro detentador del poder, constituye la piedra final en el edificio del Estado Democrático Constitucional de Derecho”⁷.

Y derivado de esa importancia es que el mismo inciso primero del artículo 76 de la CPR, que entrega el monopolio de la jurisdicción a los tribunales que establece la ley, garantiza su independencia: “Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”. Se ha resuelto que la referencia al Presidente de la República incluye a los miembros del Poder Ejecutivo, y especialmente a los Ministros de Estado.

No obstante, es la misma LGSE que establece el Panel de Expertos la que afecta severamente la independencia de este al disponer en el inciso final de su artículo 211 que “No obstante, el Ministro de Energía, mediante resolución exenta fundada, podrá, dentro del plazo de diez días contado desde la notificación del dictamen, declararlo inaplicable, por el período que determine la resolución exenta, en caso que se refiera a materias ajenas a las señaladas en el artículo 208°, con

⁷ Sentencia TC Rol N° 1243-2008.

excepción de aquellas materias señaladas en el N° 11) de dicho artículo". De esta manera, la misma LGSE que le confiere jurisdicción al Panel de Expertos, acto seguido le permite a una autoridad del Poder Ejecutivo de la confianza del Presidente de la República, como es un Ministro de Estado, privar de eficacia a la decisión definitiva del Panel, lo que contradice directamente la norma constitucional que impide al Poder Ejecutivo "avocarse causas pendientes o revisar el fundamento o contenido de sus resoluciones".

Es posible entender esta norma en el contexto en que se estableció el año 2004 el Panel de Expertos. Importantes facultades radicadas en el Ministerio de Economía eran transferidas a un órgano independiente y pudo existir en algunos el temor que con ello se pudiera afectar la política energética coordinada desde el Ejecutivo. De esta manera, puede entenderse esta norma como un contrapeso a esta transferencia de poderes. Sin embargo, ello no justifica la existencia de una norma que afecta la independencia de un tribunal y que el transcurso del tiempo ha demostrado innecesaria.

Existe otra norma, en este caso infralegal, que podría incurrir en el mismo vicio: aquellas disposiciones del Reglamento de los CDEC que establecen que las normas del Reglamento Interno y Procedimientos de los CDEC, sometidos al Panel de Expertos y definidos por este, no podrán ser aplicados sin el informe favorable previo de la Comisión Nacional de Energía. Específicamente, el artículo 8 del Reglamento de los CDEC establece que "Una vez acordado el Reglamento Interno o sus modificaciones, o emitido el dictamen del Panel, en su caso, el Directorio deberá, dentro de los diez días siguientes, presentar a la Comisión dicho Reglamento Interno o sus modificaciones, con la incorporación del dictamen del Panel si correspondiese, para que lo informe favorablemente dentro de los noventa días siguientes contados desde su comunicación por parte del Directorio". Por su parte, el artículo 10 del mismo cuerpo dispone que "En cualquier caso, los Procedimientos señalados y sus modificaciones, una vez acordados por el CDEC respectivo o una vez que el Panel de Expertos hubiese emitido su dictamen de acuerdo al inciso siguiente, deberán comunicarse a la Comisión para que esta lo informe favorablemente en forma previa a su aplicación, dentro de los noventa días siguientes a su comunicación". Estas disposiciones se reiteran o complementan con lo dispuesto en los artículos 25 d), 36 j) y 37 d) del mismo Reglamento de los CDEC.

Estas disposiciones constituyen una muy clara infracción a lo dispuesto en el artículo 76 de la CPR y a la independencia de un tribunal en la medida que se interpretaran como facultando a un órgano del Poder Ejecutivo, como es la Comisión Nacional de Energía, a revisar el contenido de aquella parte resuelta por el Panel y, de esa manera,

“avocarse causas pendientes o revisar el fundamento o contenido de sus resoluciones”.

Afortunadamente, en esta materia, la Contraloría General de la República ha intentado conciliar dichas normas con la independencia del Panel y el efecto vinculante de sus decisiones a través del Dictamen 70.637 de 30 de octubre de 2013 disponiendo que la Comisión Nacional de Energía no puede alterar lo resuelto por el Panel de Expertos: “la Comisión, en el marco de la elaboración del Procedimiento respectivo, ha de limitarse, únicamente, mediante el acto administrativo pertinente, a evacuar su informe favorable, o bien, en el evento que dicho servicio estime que no se dan las condiciones para ello, a expresar las razones que le impiden hacerlo –en la medida, naturalmente, que no se trate de aspectos resueltos por el Panel de Expertos en el ámbito de sus atribuciones, cuando haya tenido lugar esa instancia–, sin que la autoridad esté facultada para intervenir su texto de manera directa”⁸. De esta manera, con la interpretación administrativa de la Contraloría, obligatoria para la Comisión Nacional de Energía en conformidad a lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley 10.336, se ha fortalecido la independencia del Panel de Expertos.

Sin embargo, no podemos dejar de advertir el peligro de una facultad concedida a una autoridad, que es parte interesada en las resoluciones del Panel, de revisar los cuerpos normativos en que ha intervenido el Panel, como requisito previo a su aplicación. Entendida como lo entiende la Contraloría, la independencia debiese quedar salvaguardada. No obstante, esta situación no se presenta en relación a otros tribunales y reviste un peligro latente en un ámbito en el que la Constitución ha querido ser especialmente cuidadosa.

4. El derecho a contar con defensa letrada

La LGSE no exige actuar ante el Panel mediante abogado, pero no se restringe el derecho a hacerlo, satisfaciendo de esa manera la exigencia constitucional. Dada la sofisticación de las partes que generalmente actúan ante el Panel, la ausencia de defensa letrada no conlleva los perjuicios que se han observado en otros procedimientos, en que la exención de la obligación de contar con ella ha afectado el derecho de defensa de las partes, como sucedió en una primera etapa con los nuevos Tribunales de Familia.

5. El emplazamiento de las partes

Uno de los pilares básicos del debido proceso es el emplazamiento de las partes a quienes afectará la decisión. Dicho emplazamiento exige

⁸ Dictamen CGR N° 70.637 (2013).

dos elementos: *i*) la notificación a las partes a quienes afectará la decisión y *ii*) un plazo razonable para que estas puedan hacer valer sus derechos ante el tribunal.

El análisis de esta materia no puede desvincularse del exiguo plazo, 30 días, que establece la LGSE al Panel para fallar el asunto sometido a su decisión. Dicho plazo impone la necesidad de que existan mecanismos simplificados de comunicación a las partes afectadas y plazos reducidos para manifestar su posición ante el tribunal. Ninguna de estas circunstancias resulta especialmente onerosa para las partes ya que los conflictos sometidos a la decisión del Panel difícilmente resultan sorpresivos para las partes afectadas. En muchos casos se trata de procesos en que ha habido fases previas de discusión en que se han expuesto fundadamente las posiciones de las partes, de tal manera que, en general, los afectados están en conocimiento de la disputa y sus fundamentos y no requieren un período prolongado de tiempo para fundamentar su posición. Ello explica que la experiencia de los 10 años previos en esta materia no haya resultado conflictiva, lo que no obsta a la posibilidad de efectuar perfeccionamientos, especialmente con la progresiva ampliación de las partes afectadas.

La LGSE no señala la forma de comunicación de la presentación de una discrepancia. Solo señala que el panel establecerá “un programa de trabajo que considerará una audiencia pública con las partes y los interesados” (artículo 211). El artículo 38 del Reglamento del Panel aclara que “[e]l programa de trabajo contemplará la comunicación de la discrepancia a las demás empresas, personas o entidades interesadas, confiriéndoles un plazo prudencial para emitir su informe u observaciones [...]. En todo caso, el programa deberá contemplar una audiencia pública con las partes y los interesados. Para estos efectos, se entiende que la Comisión y la Superintendencia de Electricidad y Combustibles siempre tendrán la calidad de interesados, dentro de la esfera de sus atribuciones. El programa de trabajo así definido, luego de aprobado por el Panel, será comunicado por el secretario abogado a todas las partes e interesados en la respectiva discrepancia, sin perjuicio de mantenerse a disposición del público en las dependencias del Panel y en su sitio de dominio electrónico”.

En este sentido, pese a que el sistema no ha presentado conflictos relevantes en los 10 años precedentes, dada la jerarquía de los valores en juego y el progresivo aumento de partes que se van integrando al mercado y al sistema, sería conveniente que el Panel dispusiera un sistema explícito y cierto de comunicación del programa de trabajo a los afectados. Ya es normal que los tribunales establezcan mecanismos de comunicación digital y bien pudiese disponerse que los integrantes de cada CDEC y los demás interesados debiesen registrar ante el Panel

una casilla de correo electrónico a la que pudieran comunicarse de manera oportuna, confiable y cierta las discrepancias que se someten a la decisión del mismo Panel de Expertos.

El otro aspecto del emplazamiento es el plazo para comparecer a hacer valer sus derechos. Pese a que en la práctica el programa de trabajo permite la presentación de un documento con posterioridad a la audiencia, lo cierto es que la principal instancia para hacer valer una posición ante el Panel y fundamentarla debidamente es en la misma audiencia pública convocada por el tribunal. En la práctica esa audiencia se realiza aproximadamente tres días hábiles después de que la discrepancia es comunicada a las partes y fijada dicha audiencia. Pese a que las circunstancias citadas más arriba mitigan la necesidad de un plazo extendido, un plazo como el que ordinariamente se concede puede resultar muchas veces exiguo, especialmente dada la magnitud de los intereses en juego. Sería razonable, para garantizar de manera más efectiva el debido emplazamiento, que el Panel concediera a las partes un plazo algo más extendido, dentro de las serias limitaciones que impone el plazo de 30 días para fallar, para recibir las presentaciones de las partes en la audiencia respectiva.

6. El derecho a presentar pruebas

Tanto la parte que presenta la divergencia como las demás partes afectadas por el dictamen gozan del derecho de presentar los antecedentes necesarios para acreditar sus posiciones.

En relación a la parte que presenta la divergencia, el artículo 36 del Reglamento del Panel contiene una regulación bastante exigente al establecer que "Para ser admitidas a tramitación, las discrepancias o conflictos que se presenten al Panel de Expertos deberán reunir los siguientes requisitos: [...] d) Acompañarse de la totalidad de los antecedentes que se hagan valer y aquellos en que conste el acto, acuerdo o hecho que motiva la discrepancia. [...] Los antecedentes y fundamentos de la discrepancia no podrán ser adicionados, rectificadas o enmendados con posterioridad a su presentación, sin perjuicio de la facultad del Panel para requerir informes, antecedentes y documentos adicionales para ilustrar su dictamen". Dicha norma podría afectar el derecho de la discrepante para presentar pruebas ya que no tiene certeza de cuáles serán los argumentos de las contrarias y cuáles, en consecuencia, las pruebas necesarias para desvirtuarlos. Sin embargo, la práctica del Panel de Expertos ha sido laxa en este punto, permitiendo a las partes discrepantes presentar antecedentes con posterioridad.

Pudiera cuestionarse el que ni las normas procedimentales ni los programas de trabajo contemplan la posibilidad de presentar pruebas que, en el ámbito de los demás tribunales, son de ordinaria producción,

como la prueba testimonial o la pericial. Sin embargo, dada la naturaleza de los hechos sometidos a la decisión del Panel de Expertos y la preparación técnica de sus integrantes, dichas pruebas no resultan siempre necesarias. Sin embargo, será necesario que el Panel mantenga una actitud flexible para permitir su producción cuando las circunstancias del caso así lo exijan, aun cuando ello pueda salir de los procedimientos ordinariamente aplicados por el Panel.

7. El derecho a conocer, examinar y objetar las pruebas contrarias

Según ha expuesto la Corte Suprema, una de las manifestaciones más relevantes del debido proceso es el derecho de las partes de conocer, examinar y objetar las pruebas contrarias. Por una parte, este derecho permite someter las pruebas presentadas por las partes a un test destinado a examinar su admisibilidad y credibilidad y de esa manera reducir el riesgo de error de la decisión jurisdiccional. Por la otra, este derecho constituye una concreción del principio de bilateralidad de la audiencia en materia probatoria.

En esta materia, el procedimiento establecido por la LGSE y el Reglamento del Panel adolece de falencias que pueden afectar seriamente el ejercicio de este derecho. En efecto, el artículo 211 de la LGSE establece que “[e]l dictamen (del Panel) será fundado y todos los antecedentes recibidos serán públicos desde la notificación del dictamen”. Ello es ratificado por el artículo 39 del Reglamento del Panel al disponer que “[t]odos los antecedentes recibidos y las actas de las sesiones celebradas en conformidad al programa de trabajo serán públicos desde la notificación del dictamen”.

En consecuencia, conforme al procedimiento establecido, no existe ninguna norma que obligue al Panel a dar a conocer a las partes las pruebas presentadas y permitirles su examen y eventualmente su objeción. Por el contrario, en aplicación de la regla, esos antecedentes solo deberían ser conocidos por las partes al momento de recibir el dictamen, el que no es susceptible de recurso alguno.

Una regulación de esta naturaleza no solo conlleva el peligro de afectar seriamente el debido proceso, sino que incrementa excesivamente el riesgo de alcanzar decisiones erróneas, al no someter dichas pruebas a ningún contraste por parte de las personas a quienes pudieran afectar y que podrían advertir al tribunal acerca de las razones que les restan confiabilidad o presentar las evidencias que las desmienten.

Es cierto que la práctica del Panel de Expertos se ha inclinado por una conducta más transparente y bilateral que la que le impone la LGSE, pero, como establece la CPR, las garantías del debido proceso no pueden quedar entregadas a la prudencia del tribunal o la reso-

lución caso a caso, sino que a normas legales claras que aseguren el respeto a estos principios a todas las partes por igual y de una manera objetiva y predecible.

En consecuencia, estimamos que debiesen explicitarse normas generales que, dentro de los exiguos plazos con que cuenta el Panel de Expertos para resolver, permitan a las partes conocer, examinar y objetar las pruebas presentadas por los demás intervinientes del proceso.

En este punto, hay una cuestión particular que requiere ser abordada por la regulación legal o, a lo menos, en los programas de trabajo del Panel. Se trata de la forma en que pueden ser presentados y examinados antecedentes de las partes que intervienen ante el Panel y que muchas veces revisten, por su naturaleza, carácter confidencial y que, sin embargo, pueden resultar necesarios para la resolución de una divergencia. La reserva de dichos antecedentes puede resultar relevante no solo para evitar causar un daño a la parte cuya información se produce, sino que, para asegurar la libre competencia, impidiendo la transferencia de información sensible entre competidores y cuyo conocimiento pudiere tener la potencialidad de alterar el normal funcionamiento del mercado. Todo ello puede resultar especialmente relevante en el mercado eléctrico en que ejerce sus funciones el Panel de Expertos. Más aún, la naturaleza de las cuestiones en que se ha ido produciendo conflicto entre las empresas del sector hace prever que esta situación se presentará cada vez con mayor frecuencia.

A este respecto, resulta necesario compatibilizar la garantía procesal que se analiza y el principio legal de publicidad –que solo admite excepciones establecidas en la ley⁹– con la necesidad de proteger intereses legítimos de las empresas afectadas y evitar transferencias de información que pudieren afectar la libre competencia.

Una regulación que pudiera utilizarse como antecedente en esta materia es aquella introducida por la Ley N° 20.361 en el Decreto Ley N° 211 para el procedimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y que establece que: “A solicitud de parte, el Tribunal podrá decretar reserva respecto de terceros ajenos al proceso o confidencialidad incluso respecto de las demás partes, de aquellos instrumentos que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular. Los instrumentos que tengan carácter reservado o confidencial en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo de la letra a) del artículo 39, deberán presentarse siempre en tal carácter por la Fiscalía Nacional Económica, y el Tribunal deberá

⁹ Código Orgánico de Tribunales. “Art. 9°. Los actos de los tribunales son públicos, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley”.

mantener la reserva o confidencialidad de los mismos. Sin perjuicio de lo anterior, de oficio o a petición de parte, el Tribunal podrá ordenar a la parte que corresponda, en cualquier etapa del proceso e incluso como medida para mejor resolver, que prepare una versión pública del instrumento para que las otras partes ejerzan su derecho a objetarlo u observarlo. Si la referida versión pública es insuficiente como antecedente válido para fallar la causa, el Tribunal podrá decretar de oficio y por resolución fundada, el término de la reserva o confidencialidad del instrumento, y ordenará ponerlo en conocimiento de las demás partes”.

Una regulación en este sentido puede ser analizada y adaptada a las particulares características de los conflictos sometidos a la decisión del Panel de Expertos y de esta manera compatibilizar los derechos en juego mediante una norma objetiva y predeterminada.

8. La motivación o fundamentación de las sentencias

La LGSE exige que el dictamen del Panel de Expertos sea debidamente fundado. De esta manera se cumple la exigencia del debido proceso. La experiencia de estos 10 años ha denotado una especial preocupación del tribunal en sustentar debidamente sus decisiones en los antecedentes legales, económicos y técnicos con que cuenta.

9. La posibilidad de revisión del fallo por un tribunal superior

No existe duda en doctrina y en la jurisprudencia de la Corte Suprema y de los tribunales internacionales competentes que, para dar cumplimiento al debido proceso, debe existir la posibilidad de que un tribunal superior revise la sentencia dictada. Ello aparece avalado por la referencia a la posibilidad de “recurrir” en contra de la sentencia a que se hizo referencia como condición del debido proceso en las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. El Tribunal Constitucional ha sido explícito en esta materia, señalando “Que sobre esos elementos comunes se ha manifestado expresamente que ‘el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores...’ (STC rol N° 2041, 1448, entre otras)”¹⁰.

¹⁰ Sentencia TC Rol N° 2259-2012 (2013).

La exigencia constitucional de la posibilidad de recurrir se torna especialmente problemática en el caso del Panel de Expertos en atención a la norma del artículo 211 de la LGSE que establece que contra el dictamen del Panel “no procederá ninguna clase de recursos, jurisdiccionales o administrativos, de naturaleza ordinaria o extraordinaria” norma que deja expuesto al Panel y a sus decisiones a un riesgo cierto de inconstitucionalidad.

Ahora bien, existe una seria discusión doctrinal, legislativa y jurisprudencial acerca de la naturaleza y amplitud del recurso que exige la garantía del debido proceso.

Para algunos, esa garantía exige un recurso de apelación amplio, que permita al tribunal superior la revisión de la totalidad de los aspectos de hecho y de derecho sometidos a la decisión del inferior. Es precisamente bajo ese entendimiento que el Ejecutivo ha defendido en la tramitación del Código Procesal Civil la necesidad de establecer un recurso de apelación amplio en contra de las decisiones de los tribunales inferiores, lo que ha sido aprobado por la Cámara de Diputados. Esta posición se ha fundado en diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente en el caso *Herrera Ulloa contra Costa Rica* en que manifiesta la necesidad, supuestamente impuesta por la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica, de una revisión amplia: “lo importante es que dicho recurso (ante el superior) garantice un examen integral de la decisión recurrida”,¹¹ esto es, un recurso amplio que incluya tanto las cuestiones de hecho como de derecho.

Para otros, entre los que nos incluimos, sin embargo, el derecho de revisión del fallo integrante del debido proceso no es el derecho a una apelación amplia, sino que únicamente una revisión de que no se hayan afectado en el proceso seguido ante el inferior las garantías constitucionales, en general, y las garantías del debido proceso, en particular. Así fue explicado por los representantes del Ejecutivo en la Reforma Procesal Penal que eliminó el año 2000 la posibilidad de apelar contra las sentencias de los nuevos tribunales orales en lo penal: “señalaron que hay suficiente evidencia, hay jurisprudencia de numerosos tribunales internacionales que han señalado que no se puede suprimir el derecho a un recurso, no se puede dictar un fallo en primera instancia sin que haya posibilidad de reclamar, pero esto no quiere decir que sea el recurso de apelación. Este mismo principio está reiterado en diversos fallos, por ejemplo, hay dos del tribunal español en el sentido de que se cumple con el derecho a revisión por la casación abierta no excesivamente formalista, que permite a las partes obtener una revisión de lo

¹¹ *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004).

ocurrido durante el juicio oral. Estimaron que en materia de procedencia o no de la apelación puede haber muchas opiniones, el punto es saber si bajo el ordenamiento jurídico chileno resulta legítima la posibilidad de eliminar la apelación, porque si llegamos al convencimiento de que constitucionalmente es posible tanto introducir la apelación como eliminarla, será un problema de política legislativa, que corresponde al Congreso adoptar. Si llegamos, en cambio, a la conclusión de que constitucionalmente no es posible eliminar la apelación, el debate está concluido, de modo que los esfuerzos deben centrarse en ese punto de la discusión. En esa perspectiva, expresaron que en América Latina, en general, las opiniones tienden a afirmar que el recurso de apelación no está exigido por los Pactos, en otras palabras, cuando los Pactos dicen que se le reconoce al imputado el derecho a recurrir al tribunal superior, puede haber dos interpretaciones, una literal o una más amplia, la mayoría de la interpretación parece inclinarse por una interpretación literal, así lo ha hecho desde luego la Corte Suprema Federal Argentina, que ha dicho que la casación suple sin duda la apelación, lo mismo opina la doctrina constitucional argentina con Vidal Campos a la cabeza. En el Derecho chileno, el profesor José Bernales dijo que el debido proceso está, entre otras cosas, suponiendo la existencia de los recursos al tribunal superior, sin embargo, agregó, que la existencia de tribunales colegiados de primera instancia elimina los recursos, de modo que, si bien es cierto, en su informe a la Comisión que redactó la Constitución, incorporó el derecho a recurso, dejó en claro que, en su concepto, ese tribunal es un tribunal colegiado, lo que llamó en primera instancia, lo que quiso decir es el que emite el primer pronunciamiento, eso excluye los recursos. Agregaron que lo importante es lo que señale la Constitución y [...], es perfectamente posible estimar que un juzgamiento se haga sin recurso apelación, y no creen que la apelación sea una garantía constitucional"¹².

De esta manera, bajo esta postura, la exigencia constitucional y de los tratados internacionales de derechos humanos solo exige la posibilidad de recurrir ante un tribunal superior con un recurso restringido, especialmente para la protección del debido proceso, cuando el inferior ha fallado sin respetar dichos principios, y no para que el superior revise el mérito o contenido de la decisión del inferior.

Esta segunda alternativa aparece más compatible con el carácter especializado de la competencia del Panel de Expertos y la celeridad con que deben ser adoptadas sus decisiones, celeridad que se vería completamente afectada si el dictamen que se emita dentro de un plazo de 30 días, pudiere ser objeto luego de un recurso que, por exigir

¹² SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2000).

la revisión de todos los aspectos fallados, implique meses o años de dilación.

No se puede pasar por alto la carga que impondría al sistema de resolución de controversias en materia eléctrica el establecimiento de un recurso, incluso restringido, para revisar las decisiones del Panel de Expertos y las serias consecuencias que ello puede implicar para un sistema que ha funcionado correctamente en su primera década. Sin embargo, parece conveniente proteger ese sistema mediante la adecuación de sus normas a las garantías constitucionales que se imponen a cualquier tribunal que ejerce jurisdicción, consolidando así su rol en el sistema jurisdiccional chileno. Una adecuación legal permitiría establecer cuidadosamente un recurso restringido que pueda ser tramitado rápidamente, que excluya cualquier revisión acerca del mérito de la decisión y cuyo único efecto sea reenviar el asunto al mismo Panel de Expertos.

10. El derecho a la efectividad de las decisiones judiciales

Finalmente, el último pero no menos importante elemento del debido proceso está constituido por la efectividad de las decisiones del Panel de Expertos, lo que incluye tanto su inmutabilidad, esto es, que no pueda ser alterado su contenido por un tercero, como su ejecutabilidad, esto es, que puedan ser aplicadas sin obstáculo alguno.

No hay verdadera jurisdicción si las decisiones del tribunal pueden ser luego modificadas o si lo resuelto no puede ser aplicado a la realidad en la forma dispuesta por el tribunal.

A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fallado que "las disposiciones que rigen la independencia del orden jurisdiccional deben estar formuladas de manera idónea para asegurar la puntual ejecución de las sentencias sin que exista interferencia por los otros poderes del Estado y garantizar el carácter vinculante y obligatorio de las decisiones de última instancia. La Corte estima que en un ordenamiento basado sobre el principio del Estado de Derecho todas las autoridades públicas, dentro del marco de su competencia, deben atender las decisiones judiciales, así como dar impulso y ejecución a las mismas sin obstaculizar el sentido y alcance de la decisión ni retrasar indebidamente su ejecución"¹³.

De esta manera, la posibilidad de ejecutar las sentencias en la forma en que han sido dictadas por el tribunal tiene estrecha relación con la independencia.

A este respecto, no podemos sino reiterar que esa independencia y la ejecutabilidad de las sentencias del Panel de Expertos se ven

¹³ *Mejía Idovro contra Ecuador* (2011).

inconstitucionalmente restringidas por el artículo 211 de la LGSE que permite a una autoridad del Poder Ejecutivo, el Ministro de Energía, declarar el dictamen inaplicable por el período que dicha autoridad determine. Ello constituye precisamente una de aquellas “*interferencias*” de otro poder del Estado que obstaculiza y retrasa indebidamente su ejecución, que han recibido el reproche de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en aplicación de la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica.

El mismo reproche correspondería efectuar a lo dispuesto en los artículos 8, 10, 25 d), 36 j) y 37 d) del Reglamento de los CDEC en el caso que ellos se interpretaran como sujetando las cuestiones resueltas por el Panel al “informe favorable” de la Comisión Nacional de Energía previo a su aplicación.

Conclusiones

1° La constatación de que el Panel de Expertos es, conforme a derecho, un órgano que ejerce jurisdicción, esto es, un tribunal, no solo le atribuye una alta jerarquía dentro del Estado de Derecho, sino que le impone la necesidad de asegurar garantías básicas del debido proceso que han sido desarrolladas detalladamente por el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en aplicación de la CPR y de tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile.

2° En muchos de los aspectos del debido proceso, la regulación a que está sometido el Panel de Expertos y especialmente su práctica, cumple adecuadamente con esas garantías básicas. Es necesario, sí, que todos esos aspectos sean consagrados en normas de jerarquía legal para dar cumplimiento al art. 19 N° 3 inciso quinto de la CPR.

3° En otros aspectos, la regulación actual requiere ser perfeccionada para asegurar la eficacia constitucional y permanencia de un sistema de resolución de controversias en materia eléctrica que ha dado buenos resultados. Esos aspectos son, principalmente: *i*) la necesidad de eliminar la facultad del Ministro de Energía de suspender la aplicación de los dictámenes del Panel y toda otra norma que interfiera en la plena ejecutabilidad de sus decisiones, *ii*) el establecimiento de un mecanismo explícito y cierto de comunicación de las discrepancias sometidas al Panel de Expertos a todos los potencialmente afectados, *iii*) la necesidad de asegurar un plazo adecuado para que los afectados, en conocimiento de la discrepancia, planteen su posición al Panel, *iv*) la eliminación de la norma que permite dar a conocer los antecedentes en que se ha fundado el dictamen junto con su notificación y regularse una oportunidad para las partes de examinar y objetar oportunamente las pruebas presentadas por las contrarias, *v*) una regulación explícita para la pro-

ducción de los antecedentes que contengan información confidencial de los afectados, y vi) la posibilidad de que un tribunal superior pueda revisar de manera expedita los dictámenes del Panel de Expertos únicamente para anular aquellos en que no se hayan respetado las garantías del debido proceso.

Normativa citada

Código Orgánico de Tribunales

Ley N° 19.940, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Regula sistemas de transporte de energía eléctrica, establece un nuevo régimen de tarifas para sistemas eléctricos medianos e introduce las adecuaciones que indica a la Ley General de Servicios Eléctricos (Ley Corta I). *Diario Oficial*, 13 marzo 2004. Ver el mensaje.

Ley N° 20.285 Sobre Acceso a la Información Pública. *Diario Oficial*, 20 agosto 2008.

Decreto Ley N° 211, fija normas para la defensa de la Libre Competencia. *Diario Oficial*, 22 diciembre 1973.

Decreto Supremo N° 181 (2004), Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Aprueba reglamento del Panel de Expertos establecido en el título VI de la LGSE. *Diario Oficial*, 16 septiembre 2004.

Decreto Supremo N° 291 (2007), Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Aprueba Reglamento que establece la Estructura, Funcionamiento y Financiamiento de los Centros de Despacho Económico de Carga. *Diario Oficial*, 4 agosto 2008.

Decreto Supremo N° 873 (1990), Ministerio de Relaciones Exteriores. Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica. *Diario Oficial*, 5 enero 1991.

Jurisprudencia Citada

a) Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (2004), Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 2 de julio de 2004.

Caso Mejía Idovro contra Ecuador (2011), Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 5 de julio de 2011.

b) Constitucional

Sentencia TC Rol N° 2259-2012: Tribunal Constitucional, 2 mayo 2013.

Sentencia TC Rol N° 1243-2008: Tribunal Constitucional, 30 diciembre 2008.

c) Administrativa

Dictamen N° 70.637 (2013): Contraloría General de la República, 30 octubre 2013.