NOTAS SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN CHILE[1]

Luis Cordero Vega[2].

Sumario:**§1. Panorama general**. **§2. El objeto del contencioso y sus acciones**. a) Contencioso de nulidad. b) Contencioso de plena jurisdicción. c) Contencioso de interpretación. d) Contencioso represivo. e) Contencioso cautelar. **§3. La legitimación para interponer acciones contenciosas administrativas. §4. El recurso de protección como contencioso administrativo**. **§5. La cuestión esencial del contencioso: una actividad administrativa sujeta a control judicial**. a) Actividad formal. b) Actuación material. c) Inactividad administrativa.**§5. El estándar de revisión.** a) El estándar de legalidad general. b) La delimitación del control: juzgar y administrar son dos funciones constitucionales distintas. c) ¿Cómo enfrentar los problemas de deferencia?

§1. Panorama general. Es una cuestión relativamente pacífica en la literatura legal que para que exista un robusto Estado de Derecho los actos de la Administración deben estar plenamente controlados, de manera que no existan actos y materias exentas del control judicial[3].

Los jueces cumplen un rol esencial en el sistema de contrapesos de un sistema democrático, pero también tienen un rol esencial e insustituible en la protección de los derechos de las personas. Es decir, actúan como instrumentos al servicio de la democracia para limitar los desbordes del poder público, en especial de la Administración en relación a las competencias conferidas por el legislador, y por la otra, como instrumento al servicio de la tutela de derechos, ahí donde la exigencia de tutela efectiva resulta indispensable

En el modelo constitucional chileno, ese sistema de control esta discriminado separadamente. Por lado, para la tutela de derechos, que es competencia de los Tribunales de Justicia según el artículo 38.2 de la CPR[4], y por la otra para velar por la legalidad general de los actos de la administración, que está a cargo de la Contraloría General de la República, según los artículos 98 y 99 de la CPR[5].

---

[1] Las presentes notas han sido preparadas para el curso de Responsabilidad de Estado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile en el segundo semestre de 2012. Estas constituyen un borrador de trabajo, de manera que no encuentra autorizada su cita, salvo para las labores propias del curso señalado.

[2] Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Administrativo e investigador senior del Centro de Regulación y Competencia (RegCom) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

[3] Esta idea se encuentra expresada en Luis Cordero Vega, *El Control de la Administración*, (LegalPublishing, Santiago de Chile 2007).

[4] "Artículo 38.2. Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales contencioso administrativos que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño."

[5] Artículo 98.- Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración (...).

Artículo 99.- En el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría (...)

El primero habitualmente se denomina contencioso subjetivo (porque está llamado a tutelar un derecho o interés legitimo concreto) y el segundo se denomina contencioso objetivo (porque su propósito es contrastar la legitimidad del acto con el ordenamiento jurídico con indiferencia de la afectación de un derecho o interés concreto).

Uno de los problemas centrales del sistema legal chileno es que durante largo tiempo ha adolecido de claridad sobre el sistema de resolución de controversias entre los particulares y el Estado.

Tras las revoluciones liberales tres fueron los sistemas de solución de controversias que se debatieron en el Derecho Comparado durante el S. XIX. El primero y tradicional, fue buscar un sistema de solución de controversias fuera del Poder Judicial y que con la condición de expertos resolvieran esas disputas. Ese modelo fue el contencioso francés y fue objeto de múltiples críticas[6]. El segundo, fue el del fueron común, pues no había que reconocerle al Estado privilegios de ningún tipo. Esa es la explicación del modelo inglés y la crítica de Dicey al sistema francés, en cuanto constituía un sistema legal de privilegios para el Estado[7]. El tercero, fue el que reconoció dentro del Poder Judicial jurisdicción especializada, que constituyó el gran triunfo de los liberales Alemanes en ese siglo[8] [9].

Bajo esos tres sistemas, los Derecho Públicos de los diferentes países se debatieron abiertamente. En el caso chileno, pese a algunas explicaciones iniciales, el modelo común se impuso hasta la Constitución de 1925. Con su dictación, la Constitución buscó establecer un sistema de solución de competencias contenciosa administrativa, tras el mítico artículo 87[10]. Esa norma nunca se dictó, lo cual generó controversias de dos tipos: (a) por un lado, la discusión doctrinaria si esos tribunales debían o no pertenecer al Poder Judicial, y (b) por el otro, quienes eran competentes para conocer de las cuestiones contenciosas administrativas mientras esos tribunales no se crearan[11].

---

[6] Vid. Jean Waline, *Droit Administratif*, (Dalloz 22ª ed, Paris 2008) 555.

[7] Vid. Carol Harlow and Richard Rawlings, *Law and Administration* (Cambridge University Press, 3ª ed. Cambridge 2009) 4 – 22.

[8] Vid. Martina Künnecke, *Tradition and Change in Administrative Law*, (Spinger, 2007) 11- 24.

[9] Esta tensión en la evolución fue muy evidente en el caso del Derecho Español, ha estado sometido ha distintos modelos. Por ejemplo, ha conocido del sistema judicial especializado tras Ley 29/1998; un sistema judicial ordinario en el modelo constitucional de 1812; un sistema administrativo que opero desde 1845 y un sistema mixto que funcionó desde 1888 hasta la ley de 1956.

[10] La norma señalaba:

"Habrá Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley."

[11] Es el caso por ejemplo de la Sentencia Socotransco con Fisco, de 1964. El caso se refería a La Sociedad Cooperativa de Compraventa de Transportes Colectivos Limitada (Socotransco) interpuso acción en juicio ordinario contra el fisco por la dictación del Decreto Supremo 571, de 1962, del Ministerio de Economía, mediante la cual disuelve la sociedad mencionada y nombra una comisión liquidadora. En opinión de los demandantes dicho decreto es ilegal, de modo que la sociedad se encuentra en pleno ejercicio de sus derechos. El juez civil acogió a tramitación la demanda. El Presidente de la República interpuso contienda de competencia por falta de jurisdicción del tribunal ordinario, pues la competencia ejercida es privativa del Presidente, de manera que no puede el poder judicial involucrarse en ella pues implicaría la sustitución del acto administrativo por el judicial.

Quizá la discusión más importante durante esos años fue la segunda. Los tribunales en general se declararon incompetentes, hasta aproximadamente la década de los 60 en donde, en el mítico caso de Juez de Melipilla con Presidente de la República, la Corte sostuvo que los jueces eran competentes para resolver esos asuntos, si a consecuencia de una acción común estaba comprometido un acto administrativo[12]. Ocupo para eso, el principio de inexcusabilidad.

Este debate es significativo en el sistema legal chileno, porque desde fines de los 60 hasta principio de los 70 la Administración, utilizando diversos instrumentos, intervino principalmente el Derecho de propiedad[13]. El problema es que sin el artículo 87 implementado, los afectados quedaron sin acciones formales, de modo que los jueces sostuvieron su competencia directa si estos tribunales no se crearon.

Sin tribunales y con auto reconocimiento de competencias a partir de los poderes genéricos de la jurisdicción, los jueces sometieron entonces los conflictos de los particulares con el Estado a las reglas generales. Es decir, las acciones ordinarias construidas desde el Código de Procedimiento Civil o el Código Civil, según fuera el caso, cuestión que se consagrará después de 1973[14].

Esa experiencia, explica que tras el Golpe Militar los juristas del régimen promovieran un sistema de solución de controversias que dependiera directamente de la Constitución, justificando acciones de corte contencioso administrativo o que tenía tales efectos. Ese es el origen o las razones que explican el recurso de protección (art. 20), la nulidad de derecho público (art. 7º) y el sistema de responsabilidad del Estado (art. 38.2).

La tesis de la Corte Suprema en ese caso fue que los tribunales ordinarios no eran competentes para conocer de la impugnación de legalidad en contra de los actos de autoridad, pues esta es una atribución propia de los tribunales contenciosos administrativos del artículo 87 de la CPR.

[12] El caso es de 1967 y los hechos son los siguientes. El Presidente de la República, de conformidad a lo establecido en el artículo 38 de la Ley 12.927, había dictado el Decreto Supremo 931/1967, mediante el cual ordenaba la reanudación de faenas en el fundo Paico Alto de la comuna de El Monto, designando interventor. El afectado interpuso un interdicto posesorio ante le juez de Melipilla, quien lo acogió a tramitación.El Presidente de la República interpuso contienda de competencias, pues en su opinión no puede ninguna otra autoridad calificar la legalidad o constitucionalidad de una medida, pues el Jefe de Estado estaría ejerciendo potestades en tanto "autoridad suprema de la nación".

La Corte sostuvo que los tribunales ordinarios sí son competentes para conocer de un asunto en el que esté involucrado un Decreto Supremo, si la acción ejercida es de aquellas que la ley les reconoce expresamente, sin que por ello se afecte a la Constitución, sino que por el contrario implica su reforzamiento.

El caso juez de Melipilla implicó el inicio del camino a la tesis de la Corte de la plena competencia para conocer los asuntos contenciosos administrativos, especialmente desde la perspectiva de la protección de los derechos de las personas.

Este caso afectó, además, una cuestión especialmente sensible por aquellos años y será la objeción de los Decretos de reanudación de faenas. Tras esta sentencia, la CGR se va a transformar en la principal institución que objetará la legalidad de algunos de estos decretos desde 1968 hasta septiembre de 1973 (ver en este sentido los dictámenes Nros. 60.058/1962; 81.916/1968; 43.315/1971; 58.371/1971; 87.708/1971; 18.447/1972; 1.638/1973).

[13] Julio Faúndez, *Democratización, desarrollo y legalidad. 1831 – 1973*, (Ediciones UDP, Santiago de Chile 2011).

[14] Esto será especialmente evidente en el Discurso inaugural del año judicial de 1973 que correspondió a Enrique Urrutia Manzano. El año 1976, la Corte Suprema aplicará íntegramente la tesis de la competencia judicial en el caso Undurraga Fonk y Undurraga Riesco con Comisión Reforma Agraria.

Cada una de estas acciones han tenido una aplicación e historia propia, de un modo inorgánico, lo que se ha visto acompañado de una gran dispersión de soluciones contenciosas administrativas especiales destinadas a impugnar la legalidad de actos administrativos de un conjunto de autoridades públicas para los cuales son competentes jueces civiles, de policía local, laborales, de garantía, Ministros de Corte de Apelaciones, Cortes de Apelaciones, tribunales especiales como libre competencia, propiedad intelectual, tributario y aduanero, medio ambiente, sólo por nombrar algunos[15].

Un sistema, así construido, es confuso no tiene orden consecutivo de impugnación y ha dado origen a una cantidad de controversias de muy distinta naturaleza, teniendo como aspecto central el problema de la certeza sobre la estabilidad del acto administrativo, porque éste puede ser impugnado casi por idénticas causales por distintas vías.

A lo anterior se debe agregar, como ya he tenido oportunidad de explicar[16], que en un sistema así de fragmentado, la potestad dictaminadora de la Contraloría ha operado como un sistema de solución de controversias entre los particulares y el Estado, sobre la base de un amplio concepto del derecho de petición, transformando a ese organismo una alternativa contenciosa administrativa para los operadores del sistema legal.

En ese gran sistema de dispersión institucional y de acciones, a continuación se tratará de explicar resumidamente alguna fórmula de sistematización del objeto de las acciones contenciosas administrativas.

§2. El objeto del contencioso y sus acciones. En términos simples podríamos sostener que el propósito de las acciones contenciosas administrativas en general es proveer de tutela judicial efectiva de los derechos de particulares en sus vínculos con la Administración, cuando esta ha actuado contraviniendo el ordenamiento jurídico, llevando a el juez a anular un acto, condenar a pagar una suma a la administración por la daños que pudo ocasionar o reconocer una situación jurídica concreta, entre las más relevantes.

Tradicionalmente se sostuvo en Chile que el objeto de la acción contencioso administrativo era un acto emanado de la Administración, que debe ser considerado y juzgado en sus diversos elementos: un órgano competente que lo emite, motivado por un antecedente o presupuesto legal, con un contenido determinado por la ley, dirigido al cumplimiento del fin previsto asimismo por el ordenamiento jurídico, precedido y revestido de las formas también legales.[17]

Así las cosas, el eje sobre el cual descansa el contencioso administrativo, además de la necesaria intervención de un autoridad administrativa que se desea controlar, es el ejercicio de la jurisdicción, mediante un proceso sometido a las reglas generales de la intervención judicial, es decir: (a) derecho a una tutela judicial efectiva; (b) derecho a

---

[15] Un detalle de esas competencias se encuentra en el informe de la División de Estudios de la Corte Suprema del año 2010. En el mismo sentido ver Juan Carlos Ferrada, "Los Tribunales que ejercen jurisdicción en el Derecho Chileno".

[16] Luis Cordero Vega, "Entre legislador positivo y el juez activista", *Anuario de Derecho Público 2010* (Ediciones UDP, Santiago de Chile 2011).

[17] Manuel Daniel Argandoña, "Sobre el proceso contencioso administrativo de general aplicación" en *63 Revista de Derecho Público*, (Universidad de Chile, 2002) 192-193.

acceder a un tribunal; (c) prohibición de indefensión; (d) a un proceso sin dilaciones indebidas; (e) derecho a una resolución judicial sobre el fondo debidamente motivada; (f) derecho a los recursos en contra de la decisión judicial; (g) derecho a ejecutar lo juzgado.

En nuestra jurisprudencia, la Corte Suprema se ha encargado originalmente de distinguir dos tipos de acciones, influenciada por el Derecho Francés: la de nulidad (o exceso de poder) y la patrimonial (o de plena jurisdicción), lo que para la Corte tiene efectos desde el punto de vista de las consecuencias de ambas acciones, considerando los efectos y las reglas de prescripción. Este criterio, originalmente establecido en el caso Aedo[18], ha sido expuesto gráficamente en el caso INP con Gómez Maturana[19], en donde señaló que: "la Corte considera necesario realizar una distinción entre las acciones encaminadas únicamente a conseguir la nulidad de un acto administrativo y aquellas que miran a la obtención de algún derecho a favor de un particular. Las primeras pueden interponerse por cualquiera que tenga algún interés en ello, presentan la particularidad de hacer desaparecer el acto administrativo con efectos generales, erga omnes y requieren de una ley expresa que las consagre (...).En cambio, las segundas presentan la característica de ser declarativas de derechos, perteneciendo a esta clase la que se ha entablado en autos, en que la nulidad del acto administrativo se persigue con el propósito de obtener la declaración de un derecho a favor del demandante, la restitución de las sumas pagadas al demandado. Estas acciones declarativas de derechos, de claro contenido patrimonial, producen efectos relativos, limitados al juicio en que se pronuncia la nulidad y se encuentran sometidas, en lo concerniente a la prescripción, a las reglas generales sobre dicho instituto, contempladas en el Código Civil".[20]

Sin embargo, desde el punto de vista material y bajo la influencia del modelo francés, podríamos distinguir cinco tipo de contenciosos administrativos.

a) Contencioso de nulidad.

Tiene por propósito que el juez señale la ilegalidad de un acto administrativo y, en consecuencia, declare la nulidad del acto respectivo. Tradicionalmente, la acción que lo representa es el exceso de poder.

Dos cuestiones son relevantes para el debate de este contencioso. El primero, es quienes se encuentran legitimados para interponerlo y el segundo, respecto de que vicios procede.

Sobre la legitimación, este tipo de contencioso tradicionalmente se configuró sobre la base de una legitimidad bastante amplia, atendido que lo que se encuentra tras su establecimiento era el cumplimiento de la legalidad objetiva. En Chile, sin embargo, la jurisprudencia ha exigido que quien solicite la nulidad de un acto administrativo concreto debe tener un concreto interés jurídico afectado, de manera que esta acción no puede ser entendida en términos de un acción popular, como se verá en un momento más.

---

[18] Sentencia Corte Suprema, 37.11.2000, Rol N° 852 – 2000.

[19] Sentencia Corte Suprema, 26.06.2008, Rol N° 1672 – 2007.

[20] Esta distinción subyace en el caso Ovalle Lecaros, recientemente resuelto por la Corte Suprema (01.06.2012, rol N° 5225-2009) en donde a pesar que se había interpuesto una nulidad de derecho público, calificó la demanda como patrimonial y aplicó las reglas de prescripción del Código Civil.

En relación al segundo de los aspectos, la jurisprudencia judicial ha tendido a reconocer los vicios clásicos del exceso de poder como causal de nulidad. La Corte concretamente ha dicho que: " [c]omo es sabido la nulidad de derecho público constituye una sanción de ineficacia jurídica que puede afectar a un acto en que la autoridad que lo dicta hubiere actuado sin la previa investidura regular de su o sus integrantes *(1)*, fuera de la órbita de su competencia *(2)*, o que no se haya respetado la ley en lo tocante a las formas por ella determinada *(3)*, o sin tener la autoridad conferida por ley *(4)*; o también que se hubiera violado directamente la ley en cuanto a su objeto, motivos o desviación de poder *(5)*; vale decir, debe haber producido algún vicio que produzca la referida sanción"[21].

Una cuestión adicional, sucede cuando el juez conoce de la reclamación en contra de la decisión administrativa que termina un procedimiento administrativo de invalidación, establecido en el inciso final del artículo 53 de la LBPA[22]. En tal caso, el juez tiene plena competencia para verificar el fondo de la cuestión debatida en ese procedimiento administrativo de nulidad, de manera que podría recalificar la decisión adoptada por la Administración al momento de resolver el asunto a consecuencia de que lo se debate en ese procedimiento es la legitimidad del acto administrativo.

Ese criterio, siguió la Ley N° 20.600 al establecer la competencia del Tribunal Ambiental, en los casos de reclamaciones de los procedimientos administrativos que recaigan en la solicitudes de invalidación de actos administrativos ambientales[23].

b) Contencioso de plena jurisdicción.

Tiene por finalidad demandar a un organismo de la administración para el restablecimiento o compensación a un derecho afectado, de manera que además de la nulidad del acto administrativo, es posible pronunciarse sobre la compensación económica de la afectación, así como obligar a la administración adoptar medidas concretas con el objeto de proteger o restablecer una situación jurídica concreta. Esto es lo que se denomina, contencioso de plena jurisdicción porque el juez tiene competencias completas para juzgar el actuar de la administración[24].

---

[21] Sentencia Corte Suprema, 01.06.2012, rol 5225 – 2009.

[22] Artículo 53. Invalidación. La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto.

La invalidación de un acto administrativo podrá ser total o parcial. La invalidación parcial no afectará las disposiciones que sean independientes de la parte invalidada.

El acto invalidatorio será siempre impugnable ante los Tribunales de Justicia, en procedimiento breve y sumario.

[23] Artículo 17.- Competencia. Los Tribunales Ambientales serán competentes para:

8) Conocer de las reclamaciones en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental. El plazo para la interposición de la acción será de treinta días contado desde la notificación de la respectiva resolución.

Para estos efectos se entenderá por acto administrativo de carácter ambiental toda decisión formal que emita cualquiera de los organismos de la Administración del Estado mencionados en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que tenga competencia ambiental y que corresponda a un instrumento de gestión ambiental o se encuentre directamente asociado con uno de éstos.

[24] Vid. Waline, n. 6, 588.

c) Contencioso de interpretación.

Es el que tiene por finalidad solicitar a un juez que resuelva la aplicación concreta de una norma legal, de modo que defina su interpretación en relación a un asunto concreto. Esto es lo que se denomina contencioso interpretativo y habitualmente en nuestro país se ejerce judicialmente a través de la acción de mera certeza[25] y por la vía fáctica a través de la solicitud de dictaminación de la Contraloría, a consecuencia de sus potestades de interpretación de la ley administrativa.

d) Contencioso represivo.

Tiene por objeto que el juez aplique medidas de gravámenes concretas a un particular, como puede ser en los casos en que la sanción debe ser aplicada por el juez y no por la Administración. Es lo que sucede en materia de derechos de los consumidores, pesca o libre competencia. En ellas la administración carece de potestad sancionatoria directa por lo cual se requiere recurrir a un tribunal para la aplicación de la misma.

La relevancia de esta distinción, es que dependiendo del tipo de acción es la manera en que el juez puede terminar ejerciendo sus competencias.

e) Contencioso cautelar.

Tiene por propósito que el juez adopte medidas cautelares, conservativas o innovativas, con el objeto de que se impida que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva. Como se sabe, el propósito cautelar es funcional al fin perseguido por el proceso principal y , en consecuencia, buscan una composición provisional del conflicto de que se trata[26].

Las medidas cautelares contra los actos de la administración ha sido una de las grandes discusiones y conquistas del Derecho administrativo contemporáneo, esencialmente porque ha implicado una lucha contra la ejecutividad y autotutela del acto administrativo, es decir, contra las prerrogativas de interés público de la Administración, sobre todo en sistemas tradicionales de lo contencioso administrativo en donde la dilación de los procedimientos deja a los particulares con posibilidades acotadas de éxito contra un acto de la Administración. Por eso, es común afirmar que ese debate se dio tras la mítica expresión "la batalla por las medidas cautelares" [27].

---

[25] El caso más relevante de acción de mera certeza es la sentencia en el caso TVN con Fisco de Chile, a consecuencia de las potestades de fiscalización de la Contraloría en el caso de empresas públicas. Por medio de esta acción, TVN se excluyó de los controles financieros de CGR.

[26] Es la idea tradicional tras las explicaciones de Carnelutti.

[27] El trabajo esencial en ese sentido es el de Eduardo García de Enterría, denominado *La batalla por las medidas cautelares*, (Civitas, Madrid 1992), 203. Sostuvo en ese trabajo que "resolución y con lucidez la técnica de la justicia provisional inmediata, que se ventila en el plano de las medidas cautelares, impuesta como una exigencia ineludible de la efectividad de la tutela judicial en un momento en que la justicia definitiva no puede ser decidida sino tras larguísimos plazos temporales –más extensos cada vez, por cierto, ante el incremento paulatino del número de procesos pendientes ante los Tribunales, incluido el Supremo, que lejos de reducirse lleva ya varios años aumentando. Se comprende fácilmente que el único instrumento hábil para hacer efectiva la justicia en una situación de este carácter, que puede proyectar hacia un futuro virtualmente ilimitado la solución definitiva de los procesos, el único instrumento hábil es este de la justicia provisional que las medidas cautelares hacen posible".

En Chile, ese objeto cautelar separado de un proceso en concreto de lo contencioso administrativo lo ha cubierto el recurso de protección, que por vacío institucional se ha transformado en el gran contencioso administrativo de nulidad en el derecho chileno, superando su estructura meramente cautelar para el cual fue diseñado.

Recientemente entre nosotros, esas medidas cautelares, conservativas e innovativas en materia de actos administrativos han sido reconocidas en las competencias de los Tribunales Ambientales[28].

§3. La legitimación para interponer acciones contenciosas administrativas. Una cuestión relevante es determinar quienes pueden interponer acciones contenciosas administrativas, especialmente las de nulidad, considerando especialmente que el artículo 38.2 de la CPR exige para exigir la tutela judicial la "lesión de derechos".

El inicio de esa respuesta se encuentra en la LBPA, quien define la condición de legitimados en el procedimiento administrativo sobre la base de la afectación de un derecho subjetivo o interés legitimo. El artículo 21 de la LBPA, por su parte, determina que son interesados en el procedimiento administrativo (i) quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos; (ii) los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte; y (iii) aquéllos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

Por tal motivo, entre nosotros se ha afirmado que la legitimación activa en los procesos administrativos, es la titularidad de derechos e intereses legítimos, trasplantando así las categorías utilizadas por el derecho español en este ámbito. Así, bajo esta premisa estarían legitimados para interponer una acción en un proceso administrativo el titular de un derecho subjetivo, es decir, aquel que ostenta un querer o poder hacer conferido por el ordenamiento jurídico y que le permite exigir su respecto de otras personas, como el titular de un interés legitimo entendido como la "aspiración legítima de orden pecuniario o moral, que representa para una persona la existencia de una situación jurídica o la realización de una determinada conducta[29].

Así las cosas, si se examina con detenimiento la forma en que estas disposiciones regulan el tema de la legitimidad activa, nos encontramos que en definitiva todas convergen en la idea de interés legitimo, basado en un concepto amplio de lesión, en la

---

[28] Ley Nº 20.600, art. 24.1.

De las medidas cautelares. Con el fin de resguardar un interés jurídicamente tutelado y teniendo en cuenta la verosimilitud de la pretensión invocada, el Tribunal podrá decretar las medidas cautelares, conservativas o innovativas, necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento. Son medidas conservativas aquellas que tengan por objeto asegurar el resultado de la pretensión, a través de acciones destinadas a mantener el estado de hecho o de derecho existente con anterioridad a la solicitud de la medida. Son innovativas aquellas que, con el mismo objeto, buscan modificar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de la solicitud de la medida.

[29] Juan Carlos Ferrada, "Nuevas restricciones a la nulidad de derecho público como proceso administrativo: una jurisprudencia interesante, pero inconsistente", *Anuario de Derecho Público 2010*, (Universidad Diego Portales, 2011) 193.

medida que si prosperase la pretensión, el titular obtendría siempre una utilidad (beneficio) o dejaría de sufrir un perjuicio efectivo de carácter material o jurídico[30].

La Corte Suprema por su parte ha señalado que el interés que legitima la actuación de un particular para impugnar un acto administrativo debe ser legítimo, personal y directo. Así ha señalado que: "(...) si bien un interés individual o colectivo cualquiera puede ser suficiente para otorgar la calidad de interesado en un procedimiento administrativo, y también en algunas acciones judiciales contempladas por la ley, como el denominado reclamo de ilegalidad municipal, para ser titular de la acción dirigida a obtener tutela jurisdiccional, dicho interés debe ser de tal envergadura que pueda considerarse que el acto recurrido lesiona un derecho"[31].

Concordante con lo anterior, la misma Corte ha señalado que "[e]ste Tribunal de Casación ha señalado en varios fallos sobre la materia que en el ámbito contencioso-administrativo sólo pueden intentar la acción de nulidad de la especie los sujetos que resulten directamente afectados por el acto administrativo, esto es, en primer término, aquellos que tuvieren un derecho subjetivo lesionado, situación que no acontece con la demandante ya que según ella misma reconoció, no participó en el proceso de licitación de que se trata"[32].

§4. El recurso de protección como contencioso administrativo. Como se sabe existe bastante consenso en la doctrina y la jurisprudencia que el recurso de protección es una *acción de carácter cautelar* que tiene por objeto el restablecimiento del imperio del derecho de quien sea privado, perturbado o amenazado en el legítimo ejercicio de las garantías protegidas por la Constitución[33], que implican la titularidad de derechos preexistentes[34], indubitados[35] y no discutidos[36].

Por tal motivo se sostiene que la finalidad de esta acción es tutelar derechos frente a ciertos actos (u omisiones) que los lesionen (en el lenguaje constitucional: priven, perturben o amenacen). No se trata de una tutela abstracta de derechos ni de revisar el apego formal del funcionario o un privado a la legalidad. La clave de la protección es la tutela de un derecho fundamental lesionado en una dimensión subjetiva de éste, vale decir, sólo si la posición del individuo agraviado por la acción u omisión se encuentra

---

[30] Eduardo Cordero Quinzacara, La legitimación activa en el proceso contencioso-administrativo, *La Justicia Administrativa*, (Lexis Nexis, Santiago de Chile 2005) 407.

[31] Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 5553 de 2007, considerando décimo.

[32] Sentencia de la Corte Suprema Rol N°1428 de 2007, considerando decimotercero.

[33] Desde el trabajo de Eduardo Soto, *Recurso de protección* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1992). En el mismo sentido "El recurso de protección: Aspectos fundamentales, en *11 Revista Chilena de Derecho* (1984), 365. Del mismo modo José Luis Cea, *Derecho Constitucional Chileno, T.II* (Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago 2004) 643; Mario Verdugo, Emilio Pfeffer, Humberto Nogueira, *Derecho Constitucional, T.I* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2005) 338.

[34] Por ejemplo En la sentencia Rol 6397 – 2008, la Corte Suprema sostuvo que el recurso de protección "constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y *derechos preexistentes* (...)".

[35] La Corte Suprema ha insistido que si no es posible inferir la existencia de un "derecho preexiste e indubitado" del cual esté gozando el recurrente, la acción de protección no puede prosperar. (Rol N° 5040-2010).

[36] La Corte Suprema ha indicado que "el recurso de cautela de garantías constitucionales constituye un arbitrio destinado a dar protección *respecto de derechos que se encuentren indubitados y no discutidos* (...)". (Rol 5118-2010).

amparada por un derecho fundamental. A la base de la acción de protección está la tutela de un derecho subjetivo, pero no de cualquiera sino de un derecho público subjetivo[37].

Eso explica que la acción de protección sea un instrumento cautelar destinado a resguardar de modo urgente las garantías amagadas para restablecer el imperio del derecho, pero en modo alguno ha sido instituido como medio o sustituto jurisdiccional, de manera que por su intermedio *no se puedan declarar o constituir derechos*, y menos resolver cuestionamientos sobre puntos de interpretación jurídica.

Sin embargo, como lo ha demostrado la literatura chilena la ausencia de un sistema contencioso administrativo regular ha llevado a que los jueces terminen utilizando el recurso de protección como medio de impugnación regular de los actos administrativo, especialmente como medio de cuestionar la validez de los actos administrativos, llevando al Juez de protección no sólo ha pronunciarse sobre las vías de hecho en vía administrativa, sino que también a declarar la nulidad del acto administrativo. De este modo, este procedimiento de protección es concebido como una instancia de revisión de legalidad de la actuación administrativa, generada a instancia de parte, ya sea en protección de sus derechos e intereses o de los intereses públicos en general.[38]

De los diversos problemas que genera, dos son las consecuencias más serias: (a) ha terminado por fundamentalizar los conflictos entre los particulares y la Administración, porque para poder recurrir de protección es necesario utilizar un derecho constitucional protegido; (b) la condición cautelar deja de ser transitoria y se transforma en una decisión de fondo del asunto, pero al provenir de un procedimiento cautelar que no tiene forma de juicio –porque está destinado a dar solución cautelar bajo condición de urgencia-, entonces no genera el efecto de cosa juzgada material, sino que tan sólo formal.

Por ejemplo, en materia de Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en donde la ley establece un mecanismo de reclamación administrativa[39] y luego jurisdiccional ante un juez con competencia contenciosa administrativo[40] especialmente regulado en el caso de las Resoluciones de Calificación Ambiental[41], la Corte admite a tramitación y resuelve los recursos de protección como si fueran verdaderas acciones de nulidad de actos administrativos, anulando actos intermedios[42] o finales[43], o bien sosteniendo que el no haber intervenido en la etapa de participación ciudadana no existe legitimación para interponer el recurso de protección con posterioridad[44], superando de ese modo cualquiera idea de esta acción como cautelar y configurándole entonces como un

---

[37] Gastón Gómez Bernales, *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección*, (Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago 2005) 19 – 20.

[38] Juan Carlos Ferrada Bórquez, "El recurso de protección como mecanismo de control" en *La Justicia Administrativa*, (LexisNexis, Santiago de Chile 2005) 151-152.

[39] Artículo 20, Ley N° 19.300.

[40] Idem.

[41] Tras la dictación de la Ley N° 20.600 ese contencioso administrativo especial, es el Tribunal Ambiental.

[42] Es la situación de los casos Castilla I y Río Cuervo.

[43] Por ejemplo el caso de Castilla II y el Morro II.

[44] Sentencia Corte Suprema, 13.12.2011, rol N° 8644-2011, también conocido como el Morro I.

tradicional contencioso de nulidad que prescinde de las acciones ordinarias legalmente establecidas.[45]

§5. La cuestión esencial del contencioso: una actividad administrativa sujeta a control judicial. El elemento esencial para que exista contencioso administrativo es que la pretensión que se deduzca ante el juez esté vinculada a una actividad de la Administración sometida a las reglas de Derecho público. es decir, quedan fuera de esta categoría las hipótesis en donde la administración se somete a las reglas del derecho privado, como puede suceder en el caso de un contrato de arrendamiento.

Así el objeto del contencioso se puede reducir a las pretensiones sobre los siguientes situaciones: (a) la actividad formal de la administración mediante reglamentos, actos administrativos y contratos; (b) la actuación material y (c) la inactividad formal o material de la administración.

a) Actividad formal.

En el sistema legal chileno, salvo norma legal concreta, no existe regla de competencia general para los actos reglamentarios, es decir, para los actos administrativo emitidos por el Presidente de la República que establecen normas de alcance general y obligatorio que integran el ordenamiento jurídico. La única competencia general en esta materia, es la que la Constitución reconoce al Tribunal Constitucional para conocer de las impugnaciones por razones de legalidad y constitucionalidad a los Decretos Supremos del Presidente[46].

En el caso de los actos administrativos la competencia de los tribunales es general, salvo en el caso de contenciosos especiales en donde el legislador ha dispuesto de reclamos en concreto como puede ser los reclamos de ilegalidad municipal o regional, o aquellos establecidos en el caso de las superintendencias. Esto es relevante, porque la LBPA establece los criterios para la impugnación de los actos administrativos: (a) la regla general es que se impugnan los actos terminales de un procedimiento, no así los intermedios[47]; (b) lo anterior salvo en el caso de los denominados actos trámites cualificados[48]; (c) la LBPA no exige el agotamiento de la vía administrativa, pero si otorga un derecho de opción en la impugnación de conformidad a las reglas del artículo 54[49].

---

[45] Para un análisis de los efectos indefinidos del recurso de protección entre urgencia vs seguridad jurídica, revisar Andrés Bordalí, "El Recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica, en *19 Revista de Derecho*, (Universidad Austral de Chile, Valdivia, diciembre de 2006) 205-228

Para la discusión sobre el problema del recurso de protección entre sustituto jurisdiccional o tutela de derechos fundamentales, revisar Gastón Gómez, n. 37, 43.

[46] En muy excepcionales casos existe norma que permite esa impugnación. Es lo que sucede por ejemplo en los casos de las normas de calidad o de emisión, o bien en materia de planes de descontaminación. art. 17 N° 1, Ley N° 20.600.

[47] Artículo 15 LBPA.

[48] Son aquellos que determinan la imposibilidad de continuar un procedimiento administrativo o producen indefensión, en términos simples son aquellos que en sí mismos generan una condición de agravio.

[49] Artículo 54. Interpuesta por un interesado una reclamación ante la Administración, no podrá el mismo reclamante deducir igual pretensión ante los Tribunales de Justicia, mientras aquélla no haya sido resuelta o no haya transcurrido el plazo para que deba entenderse desestimada.

En el caso de los contratos administrativos el sistema legal chileno dispone de la posibilidad de impugnación judicial a los actos preparatorios, es decir, a aquellos que corresponden al procedimiento de licitación pública para lo cual habitualmente es competente el Tribunal de Contratación Pública. Desde ese punto de vista, los actos de cumplimiento, ejecución, interpretación, anulación o extinción del contrato son competencia del juez civil de conformidad a la regla general de los contratos.

b) Actuación material.

Es también una cuestión contenciosa administrativa la impugnación de la actividad material de la Administración, habitualmente expuesta a través de la denominada vía de hecho, es decir, la intervención de una autoridad administrativa sin la cobertura normativa o de acto administrativo suficiente que justifique su actuación, permitiendo impugnar las intervenciones , aún bajo la apariencia de un acto, abiertamente ilegales.

Habitualmente se sostiene que lo que se busca con la decisión jurisdiccional en el caso de la vía de hecho es que: (1) se declare contraria a derecho la intervención administrativa realizada por vía de hecho; (2) se interrumpa o se ordene el cese definitivo de la vía de hecho; (3) se adopten las medidas adecuadas para el restablecimiento de la situación jurídica del recurrente[50].

Si se analiza la literatura explicativa tradicional sobre el recurso de protección entre nosotros se podrá apreciar que el propósito inicial de esa acción en el caso de la actuación de la administración estaba vinculado a impugnar las vías de hecho de la autoridad administrativa[51], que siguiendo el modelo francés original era competencia de la jurisdicción civil y no de la contenciosa administrativa[52].

c) Inactividad administrativa.

Planteada la reclamación se interrumpirá el plazo para ejercer la acción jurisdiccional. Este volverá a contarse desde la fecha en que se notifique el acto que la resuelve o, en su caso, desde que la reclamación se entienda desestimada por el transcurso del plazo.

Si respecto de un acto administrativo se deduce acción jurisdiccional por el interesado, la Administración deberá inhibirse de conocer cualquier reclamación que éste interponga sobre la misma pretensión.

[50] David Blanquer, *Derecho Administrativo*, T. I, (Trirant Lo Blanch, Valencia 2010) 951.

[51] Eduardo Soto Kloss, n. 31.

[52] Vid. Waline, n. , 550.

Goerge Vedel explicaba (Derecho Administrativo, 6ª ed, Biblioteca Aguilar, 1980, p. 82) que para el Derecho Francés, fuente de este título de impugnación, que "un acto administrativo o una operación administrativa, no pierde su carácter administrativo aunque sean irregulares; en consecuencia, si un particular quiere obtener la anulación de un acto irregular u obtener una indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de dicho acto, debe dirigirse al juez administrativo. Sin embargo, en ciertos casos la irregularidad es tan grave o tan evidente que el acto no es atribuible, ni siquiera en virtud de un vínculo dudoso, a la acción constitucional de los órganos estatales. Se dice entonces que hay vías de hecho, expresión concebida para designar el acto objeto de análisis en un puro hecho que no puede ni siquiera de modo erróneo pretender juridicidad. A partir de ahí, ya no es posible aplicar el principio de separación de autoridades administrativa y judicial, ya que el acto ha perdido incluso su carácter de acto administrativo. Ya no hay 'actividad pública'".

En materia contenciosa administrativa siempre ha existido una discusión si es posible exigir al juez la intervención cuando la administración sencillamente omite su actuación o intervención.

Se afirma que la inactividad, para que sea jurídicamente controlable, requiere de algunos presupuestos que la hagan procedente. La mera omisión no es por si misma objeto de medida judicial, es indispensable que este asociada a la existencia de un derecho personal a exigir a la administración una prestación concreta[53]. Por tal motivo, para que sea procedente el control judicial en ese caso es necesario: (a) la existencia de una obligación de la administración de realizar una prestación generada por una norma, un acto o contrato administrativo; (b) que esa obligación constituya derechos a favor de una o varias personas determinadas que puedan exigir esa prestación.

La intervención judicial en estos casos buscará la realización de la prestación administrativa concreta, la ejecución coactiva del contenido obligacional de un acto administrativo atendida su ejecutividad o bien la reparación por los daños ocasionados ante esa inactividad al constituir esta una hipótesis de falta de servicio, porque la prestación no se realizó o bien fue incompleta.

Eso explica que la regla general es que no puedan ser impugnadas por esta vía actuaciones respecto de las cuales la autoridad administrativa dispone de alternativas discrecionales de actuación o bien corresponde a mandatos normativo asociados a políticas públicas de responsabilidad de la administración por mandato legal.

Por ejemplo, la jurisprudencia judicial ha sostenido que no puede, ni aún por la vía cautelar, ordenar la entrega de medicamentos o tratamientos médicos cuando estos responden a un propósito de política pública concreto.

La Corte Suprema, frente a un recurso de protección que solicitaba se ordenara a la Administración la realización de determinados exámenes, que: "no es posible exigir coercitivamente al sistema público de servicios de salud la cobertura de todos los tratamientos o prestaciones posibles para una determinada enfermedad, por cuanto ello incide en el ámbito de las políticas públicas de salud, las cuales deben ser definidas y aplicadas por las autoridades del ramo, que constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a las prestaciones que como en el caso se pretenden. Esto se fundamenta en que en su otorgamiento han de tenerse en consideración variados parámetros, tales como el relativo a los costos que involucren y los fondos de que se disponga para ello"[54].

Una cuestión distinta será el caso en que la inactividad de la administración de origen a caducidad de sus potestades o el procedimiento administrativo de que se trate. En tal caso, la inactividad genera una especie de sanción al ejercicio de la potestad. Este es el criterio que la Corte ha utilizado en los casos de decaimiento del procedimiento sancionador. En efecto, ha señalado que "la inactividad por un tiempo excesivo de la Administración en un procedimiento administrativo sancionatorio genera el efecto jurídico denominado 'decaimiento del proceso administrativo sancionador', es decir, su extinción y pérdida de eficacia. Las resoluciones administrativas posteriores a su

[53] José Esteve Pardo, Lecciones de Derecho Administrativo (Marcial Pons, Madrid 2011) 263.

[54] Sentencia Corte Suprema, 21.09.2010, rol Nº 4396-2010.

generación que se producen con retardo indebido e injustificado son ilegales, al infringir los principios de Derecho Administrativo"[55].

§5. El estándar de revisión. Resulta obvio que el estándar de revisión judicial lo constituye el derecho, en oposición a las consideraciones de mérito u oportunidad que son propias de la Administración activa y que por diseño constitucional corresponden a la Administración.

a) El estándar de legalidad general.

El fundamento de ese estándar de revisión se encuentra en los artículos 6° y 7° de la CPR, así como en el artículo 2° de la LOCBGAE, que precisamente otorga a acción contra los actos de la administración que impliquen abuso o exceso, suponiendo por esa vía la violación del Ordenamiento Jurídico.

¿Pero qué implica jurídicamente esa afirmación? Bueno que la Administración no sólo debe respetar la ley en términos formales, sino que sus decisiones no pueden ser arbitrarias, es decir, sin motivo o justificación legitimadas por el sistema legal. A este criterio ha contribuido el recurso de protección como medio de control de los actos administrativos, que le ha otorgado a los elementos de "legalidad y arbitrariedad", las características propias de la revisión judicial[56].

De este modo, en el sistema legal chileno un juez tiene un amplio estándar de revisión de legalidad que se traduce, considerando la experiencia jurisprudencial, en los siguientes estándares[57]:

(1)Estándar de legalidad. Lo que supone verificar la legalidad formal de las actuaciones del organismo administrativo de que se trate, de modo que quien ejerza la competencia que se invoca y por medio del instrumento que justifica, efectivamente los tengo asignado por ley.

(2) Estándar de razonabilidad. Lo que significa que los jueces deben establecer si el acto de la Administración ha sido razonable, para lo cual deberá verificar que: (a) no ha sido dictado de una manera arbitraria o caprichosa; (b) no ha sido dictado en abuso de su potestad discrecional; (c) no ha violentado ningún derecho o garantía constitucional; (d) no ha actuado con exceso o abuso en las competencias legales que le han sido conferidas; (e) no ha actuado con desviación de fin o de poder; (f) que los supuestos de hechos sobre los cuales descansa la decisión se encuentren debidamente acreditados en el procedimiento administrativo.

(3) Estándar de procedimiento e información. Lo que se traduce en: (a) establecer que el acto ha sido dictado de conformidad al procedimiento administrativo exigido por la ley; (b) que los actos dictados se encuentran respaldados mediante pruebas sustanciales, debidamente acreditados en el procedimiento administrativo de que se trate. (c) que el acto administrativo disponga de información técnica adecuada que lo justifique.

---

[55] Entre otras, Sentencia Corte Suprema, 15.09.2010 , rol N° 4922-2010.

[56] Ver en este sentido la sentencia Corte Suprema, 20.10.2011, rol N° 8719-2011.

[57] Estos estándares fueron expresados en el mensaje del Tribunal Ambiental, considerando la jurisprudencia chilena en materia de recurso de protección y teniendo como reglas de referencia en el Derecho comparado en § 706 *Administrative Procedure Act* del Derecho Norteamericano y los artículo 70 - 71 de la *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa Española*.

Lo anterior implica que un juez cuando resuelve una impugnación dispone de atribuciones amplias para revisar el procedimiento de que se trate y verificar los hechos sobre los cuales descansa la decisión, considerando la naturaleza de la acción ejercida. En efecto, no es lo mismo esa competencia en el caso de la impugnación de nulidad de una decisión de contenido discrecional técnico en un procedimiento delimitadamente regulado, que en el caso de una acción de plena jurisdicción en donde el juez puede resolver una indemnización.

b) La delimitación del control: juzgar y administrar son dos funciones constitucionales distintas.

Como ya he tenido ocasión de señalar con anterioridad la distinción entre función judicial y administrativa se explica por la voluntad de lograr el cumplimiento óptimo de cometidos materiales distintos, los cuales exigen métodos organizativos y procedimientos diferentes, adoptadas a cada ámbito. Esta sería la función positiva de la distinción funcional, que permitiría el correcto funcionamiento de la sociedad. Existiendo distintas funciones a realizar por el Poder, cada una de ellas debe ser realizada preferentemente por los órganos preparados para realizarla, quedando así ese Poder repartido funcionalmente, entre los órganos preparados para ejercerlo[58].

Regularmente el debate sobre el control judicial frente a la Administración se basa en la teoría de la separación de poderes y en la deferencia razonada, ambos como expositores de ciertos criterios prudenciales. El debate se plantea en la relación a que si existe un "deber" entonces existe un "puede". Esto lleva a que "deber" implica "poder", criterio que se debe considerar habitual al pronunciarse sobre la regulación de la ley frente a la Administración. Esto, pues el juez se enfrenta a la cobertura legal, es decir, si la Administración cumple la identidad de la ley y el acto. De modo que el debate sobre el control debiera encontrar bases en los criterios de autoridad y capacidad, en otros términos el juez debe considerar dos tipos de deferencia, basado en el hecho en que es el legislador el que entrega esas competencias: Autoridad[59] y de Capacidad[60]. En otros términos llevar a cabo la exacta relación entre la construcción ambigua de una política pública definida por el legislador y la realización clara y real de dicha política[61].

La Administración está mejor equipada, en comparación con el Poder Legislativo o Judicial, para enfrentarse con complejos problemas, debido a su diseño institucional: su personal especializado, la experiencia derivada de su actividad, así como, por lo que nos interesa, la flexibilidad y adecuación específica de sus procedimientos de toma de

---

[58] Luis Cordero Vega, *El Control Público*, LegalPublishing, 2007.

[59] Basada en una condición de legitimidad constitucional. El legislador entrega esa competencia normativamente a la administración, mediante el acuerdo del Presidente de la República y el Congreso, como consecuencia del artículo 65. 4. N° 2, lo que implica someter dichos órganos a las responsabilidad que el sistema constitucional diseña frente al Presidente y el Congreso.

[60] Basada en una condición de confianza definida también por el legislador, es decir, la creación de un órgano estatal provisto por expertos. Esta es la idea que se encuentra tras el contenido y redacción del inciso 1° del artículo 38 de la Constitución, en cuanto afirma que "Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionara y *los principios de carácter técnico y profesional* en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la *capacitación y perfeccionamiento de sus integrantes*".

[61] Mashaw, J., *Agency Statutory Interpretion*, Public Law & Legal Theory. Research Papers Series N° 33. Yale Law School

decisiones[62]. En el mismo sentido se indica que en virtud de su constante exposición a un solo tipo de problemas, así como mediante la selección de personal por entrenamiento especializado, la actividad administrativa comporta un grado de especialización que los Tribunales y los Parlamentos, habida cuenta de su carácter generalista, rara vez podrían alcanzar. Aún cuando la actuación administrativa no tenga el conocimiento científico exigido o la experiencia técnica requerida para llegar a soluciones definitivas al comienzo de sus operaciones, el modelo expertocrático de la Administración imagina que con el tiempo la experiencia y la investigación producirán juicios administrativos crecientemente correctos[63]. Por otra parte, el hecho de que sea el Presidente de la República el titular de la función de Gobierno y Administración, así como el hecho de que la Administración esté condicionada jerárquicamente a su figura (artículo 38.2 CPR y art. 1° LOCBGAE), dota a la Administración de una legitimidad democrática mediata, con la correlativa responsabilidad política de aquel (art. 53 N° 2 CPR) por su gestión, que se hace más adecuada para el servicio responsable de los intereses generales, desarrollado a través de la discrecionalidad de las políticas públicas implementadas por el Gobierno[64].

Todo lo anterior exige al juez una definición previa de los límites de sus competencias, para apreciar adecuadamente el problema que debe resolver, lo que no significa reconocer zonas exentas de control judicial, si no que tan solo una forma de aproximación del juez al conflicto que debe resolver, pudiendo anular las decisiones de los organismos técnicos, pero sin sustituir la competencia propia de la Administración al decidir el contenido de la solución final. Como sostiene la literatura, la función jurisdiccional presenta la especificidad de consisitir en un control, que supone constitucionalmente una distinción de la función administrativa, diferenciación que no es lícito desconocer. Las instancias administrativas y de control judicial tienen ámbitos de actuación (competencia) necesariamente distintos, que se delimitan recíprocamente de forma negativa[65].

En efecto, existen una serie de consideraciones en los equilibrios de la condición de deferencia que es necesario tener en cuenta[66], para ver si esta se da con mayor o menor propiedad: el *primer criterio* es el nivel de discrecionalidad que se le ha reconocida explícitamente a la autoridad administrativa por parte del legislador, y siempre y cuando esta sea constitucionalmente admisible. No lo estaríamos cuando la discrecionalidad conferida sea de tal modo excesiva que impidiera la tutela judicial, y por esa vía un control adecuado de los jueces frente a la Administración; *el segundo*, es el tipo de actos sujetos de control, es decir, si en ellos se han considerado o no otros aspectos de legitimación colectivamente aceptados, p.e., participación ciudadana; *el tercero* es el nivel técnico del acto, lo que si bien desvía el tema hacía la discrecionalidad técnica, no es exigible a la deferencia, cuando lo que se juzgan son los hechos, que legitiman jurídicamente el acto, pero si el debate es sobre la apreciación de contendido de conformidad a una ciencia o técnica para la aplicación de la regla, el juez debe deferir; *el cuarto criterio* es el origen democrático del órgano del cual emana el acto

---

[62] Gellhorn y Levin, *Administrative Law and Process,* West Publishing Co., 1997, p. 2.

[63] Mashaw, J., *Due process in the Administrative State*, N. H., 1985, p. 19.

[64] *Cfr*. García De Enterría, E., *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Civitas, 1998*, passsim*.

[65] Parejo Alfonso, L., *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, 1993, p. 48 a 75.

[66] Consideramos en este lugar las explicaciones realizadas por Sarmiento, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 179 a 193.

administrativo, no es la misma condición de legitimación el acto que emana de un municipio, que el de un órgano administrativo de carácter técnico.

c) ¿Cómo enfrentar los problemas de deferencia?.

Si juzgar y administrar son dos funciones constitucionalmente diversas, de manera que mientras a las agencias administrativas dirigidas por el Presidente de la República les corresponde implementar las políticas públicas definidas por el Congreso transformándose en promotores institucionales –deben lograr el máximo bienestar posible con las competencias y recursos disponibles- , los jueces son esencialmente frenos institucionales, porque a ellos corresponde la protección de los derechos de los afectados actual o potencialmente por esos organismos y el control la legalidad de sus actuaciones.

La pregunta que a continuación surge es, ¿bajo que condiciones deben convivir en un sistema constitucional competencias delimitadas de ese modo? .

No cabe ninguna duda, como se ha explicado hasta acá, que los jueces disponen de controles plenos de revisión de la legalidad de la intervención de los organismos administrativos, considerando incluso el escrutinio de los hechos sobre los cuales se basan esas decisiones, sencillamente porque esos hechos habitualmente condicionan el ejercicio de las potestades. Como tampoco cabe ninguna duda que control amplio, se extiende a evitar medidas arbitrarias, en tanto no justificadas legítimamente especialmente en el caso de las potestades discrecionales.

Parte del problema surge porque el Congreso cuando establece los marcos regulatorios, habitualmente encomienda a organismos administrativos a los cuales el propios sistema legal les reconoce experiencia, la implementación y la decisión de elementos relevantes de esa política pública. En otros términos, los marcos regulatorios sólo se completan con la intervención de esas agencias administrativas expertas.

Pero en el sistema constitucional los jueces también son expertos especialmente en la manera de entender las reglas de procedimientos, derechos individuales e interpretar las reglas de la Constitución. En otros términos, mientras los organismos administrativos pueden ser expertos en la técnica y en la decisión de política pública concreta, los jueces son los expertos en la aplicación del Derecho.

¿De qué depende entonces que los jueces puedan ser o no deferentes con la decisión técnica de un organismo, atendida las razones de autoridad y capacidad a la cual me he referido con anterioridad?

Una respuesta posible está en la manera que deben conocer de los hechos. En efecto, un organismo administrativo tiene experiencia en los hechos que explican sus intervenciones técnicas y las definiciones de políticas públicas, de conformidad a los mandatos o misiones concretas establecidos por la ley a ese organismo[67], pero ojo que se da en un contexto denominado "visión túnel", con el que se quiere señalar que lo único importante para ese organismo es su misión de política pública, sacrificando la integridad de la intervención estatal.

[67] Vid. Stephen Breyer, *Making Our Democracy Work. A Judge's View*, (Alfred Knopf, NY 2010), Capítulo 9.

Esos hechos están condicionados a la existencia de un procedimiento administrativo que define el contenido del acto (art. 41) y cuyos hechos que justifican la intervención y la medida tienen que estar acreditados en su interior (arts. 34 y 35) , tal como lo establece la LBPA, de modo que el juez los puede controlar en su aplicación.

De este modo, cuando el Congreso le entrega expresamente a la autoridad administrativa la competencia para evaluar hechos, interpretar reglas técnicas, adoptar medidas de política pública, entonces hay una decisión consiente que esas son competencias que le corresponde al organismo administrativo y no a los jueces. Es lo que sucederá por ejemplo, en la adopción de una norma de calidad ambiental o en la identificación de los impactos concretos de un proyecto sometido al SEIA[68].

La deferencia consiste única y exclusivamente, en la manera en que los jueces se aproximan a la decisión de un caso. No es la inmunidad del control judicial de un determinado asunto. Sólo trata de decir, que ahí en donde por una cuestión de conocimiento comparativo debe adoptar una decisión técnica el organismo respecto, entonces el juez no puede sustituir esa decisión pura y simplemente. Esta cuestión es especialmente sensible cuando se ejerce el contencioso de nulidad sobre actos sometidos a la discrecionalidad técnica de la autoridad.

Esa deferencia no existe, cuando el protagonista del conocimiento de los hechos es el juez y eso sucederá por ejemplo en los casos de contenciosos de plena jurisdicción, cuando el juez deba determinar, en base a un procedimiento jurisdiccional sujeto a contradicción, si una determinada decisión estatal es o no constitutiva de indemnización. En ese caso, el juez es protagonista para determinación del título de imputación y el monto indemnizable, no para la adopción de una decisión de política pública. Ahí entonces, el juez no tiene razones para actuar con deferencia.

En el caso del Derecho Administrativo chileno esta situación es particularmente compleja, porque el contencioso de nulidad, como ya se ha explicado, ha operado a través del recurso de protección, que como acción cautelar –por lo tanto de urgencia- requiere la existencia de un derecho indubitado. En tales condiciones –por lo menos desde la perspectiva modélica- no resultaría aceptable invocar la deferencia de experto, porque lo inicial y prioritario es dar cobertura a la afectación de un derecho identificado que requiere de restablecimiento del imperio del derecho.

Sin embargo, el problema se suscita cuando la lógica cautelar desaparece de la acción y el recurso se transforma en un contencioso de nulidad sustituyendo a la jurisdicción común, porque en esas condiciones es difícil debatir sobre el protagonismo de los hechos en el procedimiento administrativo, porque el control del acto administrativo queda sujeto a un procedimiento jurisdiccional que no tiene forma de juicio.

Dos casos son relevantes comparar y entender este problema:

Tratamientos médicos	Evaluación Ambiental
Contreras Solís (CS rol 4396-2010) vs Elba Moreno (CS rol 8902-2010)	Itata (CS rol 764-2002) vs Castilla II (CS rol CS 1960-2012)

[68] Esta fue por ejemplo la tesis de la Corte Suprema el año 2002 en el caso Itata y el 2005 en el caso Celco Valdivia.

Su análisis corresponde al taller del viernes 28.09.2012, de acuerdo a las instrucciones que se les entregarán.