

# Definiciones constitucionales sobre la justicia administrativa (2)

Día 1 – Panel 2

## Tabla de contenido

I.	Hacia una nueva comprensión de la garantía de tutela judicial .....	2
II.	Definiciones constitucionales sobre la justicia administrativa: Repensando la acción de protección en una Constitución del siglo XXI .....	8
	Antecedentes.....	8
	La evolución del contencioso-administrativo.....	9
	Repensando el recurso de protección como contencioso-administrativo .....	11
	Bibliografía citada .....	12
III.	La configuración del derecho a la tutela judicial efectiva en la nueva Carta Fundamental frente a actuaciones o actos de la Administración que sean lesivos de los derechos de los administrados .....	14
	Introducción .....	14
	La consagración del derecho a la tutela judicial efectiva en la actual constitución política de la república. Una propuesta de configuración para la nueva carta fundamental.....	15
	La creación de una acción contencioso administrativa constitucional, de carácter autónoma, para reclamar contra las actuaciones y actos de la administración del estado .....	18

## I. HACIA UNA NUEVA COMPRENSIÓN DE LA GARANTÍA DE TUTELA JUDICIAL

Tomás Blake

1. La tutela judicial como garantía constitucional tiene una enorme difusión en nuestro medio.

- Un estudio de los profesores García Pino y Contreras sostiene que la tutela judicial es uno de los derechos fundamentales más frecuentemente impetrados ante la justicia constitucional, “tanto en volumen como en alcance y profundidad”, agregan.
- Es muy común que a partir de la tutela judicial se desprendan listados muy extensos de derechos y sub-derechos, en términos similares a lo que sucede con la garantía del debido proceso.

2. En esta ponencia pretendo examinar el origen de la noción de tutela judicial y contrastar su funcionalidad en derecho público y derecho privado, a fin de replantear la actual concepción de tutela judicial de cara a la nueva Constitución.

3. El origen de la noción, que se remonta a mucho antes del constitucionalismo y los derechos del *hombre*, está asociado a la idea elemental de jurisdicción. La tutela judicial es la contrapartida a la monopolización estatal de la fuerza; en otras palabras, tutela judicial es la negación de la autotutela. Si el Soberano impide la justicia por mano propia, debe proveer un sistema heterónimo de composición de diferencias.

En palabras de Couture, “a la idea de proceso se llega por confrontación con las otras soluciones posibles para dirimir conflictos de intereses con relevancia jurídica”.

Este es el origen de la noción tutela judicial: la posibilidad de los ciudadanos de acudir a un sistema institucional de solución de controversias a consecuencia de la proscripción de la autotutela.

4. En el proceso civil, la función del proceso es tutelar los derechos subjetivos configurados al amparo del derecho civil sustantivo. Como dice un autor, el proceso civil es una forma de ejercicio autónomo de derechos subjetivos (Henckel, 1970).

- Por eso, se estructura sobre la base de principios consistentes con la idea de autonomía:
  - El principio dispositivo, por oposición al de oficialidad
  - El principio de aportación de parte, por oposición al de investigación judicial
  - El principio de impulso procesal de parte, por oposición al de impulso oficial
- Desde esta visión clásica, el funcionamiento del proceso ha sido explicado bajo una lógica de mercado. Como lo expresa un autor: “El proceso, bajo este perfil, debe fomentar el libre juego de los litigantes que desde sus homólogas posibilidades de acciones y defensas lo llevan a un resultado óptimo, similar al que brinda el juego de la oferta y la demanda. La intervención del Estado por medio del juez generaría una distorsión en la satisfacción de los intereses particulares”.

5. Esta concepción privada del proceso entra crisis a lo largo del s. XX.

- Como explica Capelletti, aun siendo un instrumento dirigido a la tutela de derechos privados, el proceso civil representa, al mismo tiempo, también una función pública del Estado.

- El fortalecimiento de la figura del juez, y el debilitamiento correlativo del poder de las partes sobre el control del proceso, dan paso a lo que se ha denominado “publicación” del proceso, que relevó el interés del Estado en el buen funcionamiento de la administración de justicia.
- Así, la vocación del proceso se va complejizando, de la pura tutela de derechos individuales, a un equilibrio de valores: verdad, tiempo y costo surgen como fines en tensión que el proceso debe tender a alcanzar.
  - Zuckerman, un connotado procesalista inglés, propone analizar los sistemas de justicia bajo la lógica de funcionamiento de todo servicio público, que, en esencia, se traduce en proveer “un nivel razonable de servicio a un costo razonable”.

6. En síntesis, la tutela de derechos como finalidad prioritaria del proceso civil ha debido equilibrarse con otros valores:

- El demandante tiene el poder de imponer al demandado las cargas y obligaciones propias de un juicio y el demandado se ve forzosamente arrastrado a una relación jurídica que le significará costos.
- La contrapartida del poder de sometimiento del actor es que el demandado también tiene derecho a tutela judicial. No queda al arbitrio del demandante, sino que situado dentro de un procedimiento que considera igualmente el interés de tutela del demandante, el interés de defensa y seguridad jurídica del demandado y los intereses generales de la administración de justicia.

7. En el derecho público la garantía de tutela judicial cobra vigencia mucho más tarde, con el advenimiento del constitucionalismo. En tanto titular de derechos inviolables, el ciudadano puede reclamar tutela frente a cualquier agresión, incluidas

las que provienen del Estado. Así, en alguna medida paradójicamente, el Soberano queda expuesto a su propio sistema de justicia.

A diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, en que la tutela judicial surge como consecuencia natural de la proscripción de la auto tutela, en el derecho público la garantía de tutela judicial enfrenta siempre una tensión:

- La satisfacción del interés general demanda poderes para alterar unilateralmente el statu quo. Esto es lo que la doctrina denomina con cierta equivocidad carácter ejecutorio o ejecutivo del acto administrativo: a diferencia de los particulares, la administración, por regla general, no necesita acudir al juez para actuar en el mundo práctico. De hecho, alguna doctrina designa este atributo como el principio de autotutela administrativa.
- ¿Cómo someter al Estado a derecho entonces sin atentar contra los fines de interés público que el propio derecho le impone alcanzar?
- El equilibrio adecuado entre control judicial y autonomía administrativa es objeto de amplio debate en torno a la idea de la discrecionalidad administrativa. Esta tensión se eleva al máximo en el terreno de la tutela cautelar, pues la procedencia de tutela cautelar en el derecho público supone la supresión del carácter ejecutorio del acto administrativo.

8. Más allá de estas tensiones, es indudable que la figura de la tutela judicial ha servido en el derecho comparado y en Chile para someter a la administración al juez. En Chile de hecho las dudas en torno a la posibilidad de judicializar la actuación administrativa se extienden hasta finales de la década de 1980, cuando se reformula el artículo 38 de la Constitución estableciendo una garantía de tutela judicial con presidencia de la instauración de una justicia administrativa especializada.

- La figura de la tutela judicial cumplió en derecho público entonces un rol clave en llevar a la administración al juez. Alcanzado este estatus, sin embargo, no es clara su utilidad actual pues, como sostienen los profesores Carbonell y Letelier, la figura tiende a superponerse con el debido proceso.
- Yo comparto esa crítica respecto del rol que la figura desempeña en derecho público. Pero creo que cumple un rol distinto en derecho privado: tiende a buscar equilibrios entre justicia y verdad, por un lado, tiempo, costo y efectividad, por otro.
- En derecho público la noción no evoca equilibrios porque al hablar de tutela de derechos la figura toma partido inmediatamente por la única parte que tiene derechos: a diferencia del proceso civil, donde hay derechos contrapuestos, en el contencioso administrativo solo hay un derecho involucrado que demanda tutela contra la actuación estatal.

9. La justicia civil está en pleno proceso de reforma, y una de sus claves es realzar el interés público de los procesos como una de sus finalidades.

- De cara a la nueva Constitución es necesario mayor claridad acerca de los fines del contencioso administrativo.
- Naturalmente la protección de derechos es uno de esos fines, pero la adecuada compatibilidad entre control judicial y autonomía administrativa, así como los intereses generales del sistema de justicia, debieran ser otros.
- Quizás sería importante que la nueva Constitución dé cuenta de esta vocación compleja de la tutela judicial, para evitar este recurso simple de acudir a la tutela judicial para juzgar cualquier restricción legal al control judicial.



## **II. DEFINICIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA: REPENSANDO LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN UNA CONSTITUCIÓN DEL SIGLO XXI**

Pablo Méndez Ortiz

### **Antecedentes**

No es ningún misterio que la historia del Derecho Administrativo chileno se caracteriza por una desesperante ausencia de tribunales contencioso-administrativos durante sus tres constituciones más relevantes (la de 1833, la de 1925 y la de 1980). Durante varias décadas, los tribunales de justicia —y, más específicamente, la Corte Suprema— se mostraron reticentes a revisar los actos de la Administración del Estado. La Constitución Política de 1925 encomendó al Congreso la dictación de una ley de tribunales de lo contencioso-administrativo que nunca se dictó y, en consecuencia, los jueces se vieron en la disyuntiva de enjuiciar o no la legalidad de los actos de la Administración, sin contar con competencias expresas para hacerlo. En la mayor parte de los casos, la respuesta por parte de este Poder del Estado fue negativa. El diagnóstico de la época es muy bien sintetizado por Cordero, quien plantea que:

"Mientras en el siglo XX el resto de los sistemas legales evolucionó en los mecanismos de resolución de controversias de derecho administrativo y, en especial, la compatibilidad entre el sistema tradicional de contenciosos administrativos como control de legalidad y acciones de tutela de derechos fundamentales después de la década de los 50, Chile siguió discutiendo sobre cuál era el modelo de contencioso administrativo que debía aplicarse en nuestro sistema, cuestión que incluso siguió bajo la Constitución de 1980 hasta la reforma de 1989, que dejó la regla de competencia general a los tribunales ordinarios." (Cordero 2020: 23).



Esta anomia regulatoria derivó rápidamente tras la Constitución de 1980 en un verdadero desorden del panorama del contencioso administrativo del que nuestra literatura ha dado debida cuenta. Por una parte, es un hecho público que se han ido instaurando diversas acciones y procedimientos para la impugnación de actos administrativos en el Derecho chileno, los que sobrepasan hoy la centena (Carmona 2005). Por otra parte, la consagración del llamado “acción de protección” en 1976 —una acción originalmente creada para la defensa de garantías constitucionales— ha servido, en los hechos, como sucedáneo de un contencioso-administrativo debidamente regulado. Esto, sin embargo, fue latamente criticado por la doctrina chilena, especialmente por la informalidad y precariedad del procedimiento, la imposibilidad de rendir medios probatorios y las amplias facultades con que cuentan las cortes a la hora de dictar la sentencia (por ejemplo, Pierry 1977, Pierry 1997 y Ferrada et al 2003).

### **La evolución del contencioso-administrativo**

El panorama de los contenciosos-administrativos ha ido evolucionando de forma interesante en los últimos años. En primer lugar, el Congreso ha ido fijando reglas distintas de tramitación consagradas para cada nueva acción contencioso-administrativa, con una tendencia a seguir como modelo la tramitación del recurso de protección (Carmona 2005; Ferrada 2011). Esto incluso se ha evidenciado en el caso de los recientes tribunales ambientales creados por la Ley N° 20.600 (Méndez 2018). Lo mismo ocurre con los tribunales competentes, los que pueden corresponder al juez civil, cortes de apelaciones, Corte Suprema o tribunales especiales, con una preferencia manifiesta por entregar el conocimiento de los reclamos a nuestras cortes de segunda instancia (Carmona 2005; Ferrada 2014; Santibañez 2016: 149).

En segundo lugar, el recurso de protección ha encontrado un espacio dentro de los contenciosos-administrativos donde las tradicionales acciones no lo permiten. Por un lado, esta acción constitucional ha servido como un mecanismo de litigación

“prospectiva”. Mientras las acciones contencioso-administrativas se alzan como reclamos de ilegalidad para impugnar actos administrativos dictados por la Administración, el recurso de protección ha servido para impetrar y demandar acciones y la iniciación de procedimientos por parte de órganos administrativos. Es lo que ha ocurrido, por ejemplo, con los recursos presentados por los problemas ambientales en Quintero y Puchuncaví en virtud de los cuales la judicatura impuso diversas medidas a la Administración (CS, Rol 5.888-2019, sentencia de 28 de mayo de 2019), aquellos impetrados en razón de un “derecho al agua” en Petorca o Nogales (CS, Rol 78.198-2020, 18 de enero de 2021, o Rol 131.140-2020, 23 de marzo de 2021), o los recursos solicitando actividades de fiscalización por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente (p. ej., recientemente, CS, Rol 154.803-2020, 17 de mayo de 2021; o CS, Rol 30.436-2020, 7 de junio de 2021).

Por otro lado, el recurso de protección ha sido utilizado para denunciar retardos a la hora de resolver procedimientos administrativos. En las últimas semanas, la Corte no solo ha criticado la demora de solicitudes ante la Administración que han demorado en su tramitación algunos años (CS, Rol 154.770-2020, 5 de mayo, 2021; CS, Rol 28.750-2021, 30 de abril, 2021), sino también en casos que han tardado algunos meses (CS, Rol 30.429-2021, 6 de mayo, 2021). Entre este conjunto de fallos, el que ha destacado mayormente ha sido con probabilidad el que estableció que el decaimiento del procedimiento se produce en caso de que se haya extendido este por más de seis meses por producirse una “imposibilidad material de continuarlo” según la Ley N° 19.880 (art. 40, inc. 2°) (CS, Rol 127.415-2020, 3 de mayo, 2021). En cualquier caso, la Corte rápidamente volvió a su jurisprudencia habitual reconociendo que tal decaimiento se produce a los dos años (por aplicación del art. 53 de la misma ley) (CS. Rol 14.298-2021, 13 de mayo, 2021). Hay una cuestión llamativa en todos estos casos recientes y que dice relación con que en todos ellos la acción jurisdiccional interpuesta es la misma: el recurso de protección.

En tercer lugar, la Corte Suprema ha ido mirando los reclamos administrativos como juicios en que no se permite la prueba y operan bajo la idea de una revisión del procedimiento administrativo. La Corte no solo ha reconocido desde el 2014 en forma abierta que la competencia de contenciosos-administrativos debería ser entregado a las cortes de apelaciones, en primera instancia, bajo las reglas del reclamo de ilegalidad municipal. Así quedó consignado en el Acta N° 176/2014, de 24 de octubre de 2014 sobre Unificación de Procedimientos Contencioso-Administrativos. Además, la Corte ha señalado que la impugnación de sanciones asume siempre la forma de un reclamo de ilegalidad sin importar si la ley lo denomina “apelación” (como ha ocurrido con la jurisprudencia reciente a propósito de sanciones impuestas por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones o el Consejo Nacional de Televisión). Por último, la Corte también ha reiterado con ocasión de varios reclamos de ilegalidad —especialmente contra multas administrativas— que no pueden revisar el mérito de la decisión administrativa a no ser que se acredite una ilegalidad en el acto terminal. En caso de vicios de procedimientos, debe aplicarse un reenvío al órgano administrativo.

### **Repensando el recurso de protección como contencioso-administrativo**

El actual proceso constituyente, entonces, obliga a evaluar y repensar la labor del recurso de protección como contencioso-administrativo, especialmente en consideración a la forma en que los poderes del Estado han concebido este mecanismo. Sus deméritos no son un misterio para nadie. La existencia del recurso de protección en paralelo a la de acciones contencioso-administrativas especiales ha generado ciertos problemas institucionales (como ha ocurrido, p. ej., en materia ambiental). Además, la potestad que tiene la corte para adoptar cualquier medida que estime conveniente ha sido un asunto que ha criticado la doctrina nacional de manera transversal. Finalmente, su procedimiento precario que limita el contradictorio ha sido criticado por la literatura nacional.

Sin embargo, el recurso de protección continúa jugando un rol importante en el panorama de contenciosos-administrativos en nuestro país, ofreciendo mecanismos que las reclamaciones de ilegalidad sectoriales usualmente no ofrecen. Por otra parte, tanto el Congreso como la propia Corte Suprema han mirado los contenciosos especiales como modelos de revisión cerrada, con procedimientos similares a los del recurso de protección, a cargo de tribunales de segunda instancia, y con potestades enfocadas en la revisión del expediente administrativo generado en forma previa por la Administración. Estas circunstancias institucionales hacen necesario instaurar un marco constitucional que asegure un adecuado funcionamiento del recurso de protección como contencioso-administrativo para las siguientes décadas. Paradójicamente, aunque los tribunales contencioso-administrativos nunca fueron creados, el recurso de protección ha funcionado “por la puerta trasera” como un mecanismo de revisión judicial de la acción administrativa de manera sistemática en los últimos lustros. Es hora de dejar de ignorarlo y regular de una buena vez su adecuado lugar en el sistema administrativo chileno.

### **Bibliografía citada**

- Carmona, Carlos (2005): “El contencioso administrativo entre 1990-2003”, en Ferrada, Juan Carlos (coord), La Justicia Administrativa (Chile, Lexis Nexis).
- Cordero, Luis (2020): El Derecho Administrativo Chileno. Crónicas desde la Jurisprudencia (Chile, DER Editores).
- Ferrada, Juan Carlos; Bordalí, Andrés y Cazor, Kamel (2003): “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: Una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”, en Revista de Derecho de la Universidad Austral, Vol. 14, 2003, pp. 67-81.
- Ferrada, Juan Carlos (2011): “Los procesos administrativos en el Derecho chileno”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. Nº 36, 2011, pp. 251-277.

- Ferrada, Juan Carlos (2014): "La articulación de potestades administrativas y jurisdiccionales en la aplicación de sanciones administrativas en el Derecho chileno: poderes distintos, pero complementarios", en: Arancibia, Jaime y Alarcón, Pablo (coords.): Sanciones Administrativas (Santiago, Legal Publishing), pp. 239-261.
- Pierry, Pedro (1977): "El recurso de protección y lo contencioso administrativo", en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N° 165;
- Pierry, Pedro (1992): "Lo contencioso administrativo y el recurso de protección", en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, N° 14, pp. 155-171
- Santibáñez, Francisco (2016): "Límites a la prueba en el contencioso-administrativo chileno: criterios jurisprudenciales", en: Arancibia, Jaime y Romero, Alejandro (coords.): La prueba en la litigación pública (Santiago, Librotecnia), pp. 139-160.

### **III.LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA NUEVA CARTA FUNDAMENTAL FRENTE A ACTUACIONES O ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN QUE SEAN LESIVOS DE LOS DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS**

Alejandro Cárcamo Righetti

#### **Introducción**

Uno de los principales aspectos llamativos del derecho administrativo, es que su regulación apunta a conciliar y/o equilibrar el ejercicio de las potestades públicas que se reconocen por el ordenamiento jurídico constitucional y legal a los órganos de la Administración del Estado para la satisfacción del interés público o general, con el legítimo ejercicio de los derechos de que son titulares los administrados, los cuales buscan la satisfacción de sus intereses privados o particulares. Es decir, el derecho administrativo se sitúa precisamente en esa tensión que se genera entre el ejercicio del poder público estatal, por una parte, y el ejercicio de los derechos de las personas, por el otro.

En ese contexto, de cara a un eventual nuevo texto constitucional, relevante resulta efectuar una proposición en lo relativo a la forma en que debería quedar configurado el derecho a la tutela judicial efectiva de las personas frente a actuaciones o actos de la Administración del Estado que sean lesivos de sus derechos y/o intereses, considerando que uno de los principales controles a los que se sujeta la actividad administrativa, ya sea formal o material, es, precisamente, el control jurisdiccional.

Así, el trabajo se basará en analizar la configuración actual del derecho a la tutela judicial efectiva en la Carta vigente, para, a partir de ello, efectuar una propuesta de consagración de éste en un eventual nuevo texto constitucional. Adicionalmente, se propondrá la creación de una acción contencioso administrativa constitucional autónoma, distinta de la acción de protección de garantías

constitucionales, para que los particulares puedan reclamar frente a los actos y actuaciones ilegítimas de la Administración Pública que afecte sus derechos y/o intereses.

## **La consagración del derecho a la tutela judicial efectiva en la actual constitución política de la república. Una propuesta de configuración para la nueva carta fundamental**

Los eventuales riesgos existentes en el ejercicio ilegal, arbitrario o, en definitiva, abusivo de las potestades públicas por parte de los órganos de la Administración del Estado, ya sea al dictar un acto administrativo, al celebrar un contrato administrativo, al interpretar una norma administrativa, al aplicar una sanción administrativa, al expropiar un bien de propiedad particular, al ejercer una facultad fiscalizadora, al negar permisos, autorizaciones u otro tipo de solicitudes, es siempre potencial, por lo que no basta simplemente con el establecimiento de un principio de legalidad que exija a los órganos estatales ajustar su actividad a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, sino que se requiere de eficaces controles, ya sea por parte de la Cámara de Diputados, de la Contraloría General de la República, del Tribunal Constitucional, de un eventual Defensor del Pueblo, o de otros organismos, no obstante en último término, para los administrados, siempre los tribunales de justicia serán la principal y más confiable vía de reclamar contra la actividad de la Administración Pública.

Como es sabido, la Constitución Política de la República de 1925, en su artículo 87, apostó por la creación de una judicatura especializada en el conocimiento de las cuestiones contencioso administrativas, no obstante por falta de dictación de la ley que debía organizar dichos tribunales y establecer sus atribuciones, nunca tuvo aplicación, quedando como una norma programática más de la Carta de 1925, con serias consecuencias prácticas durante su vigencia para la efectiva tutela de los derechos de las personas -conocida es la excepción de falta de jurisdicción y la excepción de incompetencia que oponía la defensa pública frente

a demandas intentadas contra la Administración ante los tribunales ordinarios del Poder Judicial-.

Por lo anterior, la Constitución de 1980, en su texto original, contempló el artículo 38 inciso 2º, que prescribía: “*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...*”. Luego de casi una década de vigencia de dicho texto, frente a la inexistencia de los tribunales contencioso-administrativos, en la reforma constitucional del año 1989, se suprimió la mención a los mentados tribunales, quedando el precepto redactado como lo conocemos en la actualidad: “*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 que determine la ley...*”.

Como lo ha apuntado autorizada doctrina nacional, esta norma es, por una parte, una norma de atribución competencial -por cuanto reconoce competencia para conocer de dichos reclamos a los tribunales que el legislador determine- y, por la otra, una norma que reconoce y asegura el derecho a la tutela judicial efectiva o de acceso a la jurisdicción, cuando un administrado sienta que sus derechos han sido lesionados por un órgano administrativo. A lo anterior, se suma lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 de la Constitución vigente, en cuanto asegura a todas las personas, la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, agregando 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*”.

Así, los artículos 38, inciso 2º, 19 N° 3 y el 76 de la Constitución Política de la República vigente, consagran dicho derecho fundamental, específicamente, en el orden contencioso administrativo.

Estimamos, que de cara a un eventual nuevo texto constitucional, resulta relevante conservar el reconocimiento y aseguramiento de dicho acceso a la



jurisdicción, fortaleciéndolo, con una nueva redacción de la norma que, manteniendo los elementos ya existentes en nuestra actual Constitución, los perfeccione y fortalezca, orientándose en ese sentido nuestra propuesta que será trabajada en un artículo científico y que fue expuesta en las Jornadas de Derecho Administrativo.

Desde ya descartamos absolutamente la posibilidad de eliminar dicha garantía en un eventual nuevo texto constitucional o el consagrarla de una manera más débil o deficitaria a lo que actualmente tenemos.

Así, en resumen, proponemos: a) Conservar la consagración expresa del principio de juridicidad -incluyendo la razonabilidad- y de responsabilidad -artículos 6° y 7° de la Constitución-. Unido a lo anterior, de manifiesta utilidad sería el incorporar en las bases constitucionales, de manera explícita y vinculado a los dos principios anteriores, el principio del control; b) Mantener la garantía de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos -actual artículo 19 N° 3-, incluyendo dentro de él, que todo acto o actuación de un órgano dotado de poder de decisión -incluidos los órganos administrativos-, sea fruto de un procedimiento previo legalmente tramitado, encomendándole al legislador, de manera imperativa, el establecer siempre las garantías de racionalidad y justicia del procedimiento; c) En tercer término, si bien el Constituyente de 1980 prefirió y reforzó el control judicial de legalidad en sentido amplio -juridicidad- de los actos de la Administración del Estado, descuidó lo relativo al control de los principios de eficiencia y eficacia -control de gestión-, principios que, si bien habitualmente suelen estar a horcajadas entre la legalidad y el mérito de la decisión o actuación administrativa, su juridificación en nuestro ordenamiento legal, en la actualidad, resulta evidente, todo, vinculado a una buena administración, lo que consideramos podría ser corregido en una nueva Constitución Política, incorporándolo expresamente con un elemento revisable judicialmente. Sin perjuicio de lo anterior, en virtud del principio de separación de poderes, consideramos necesario prohibir expresamente a los tribunales de justicia controlar el mérito, oportunidad o conveniencia de una decisión

administrativa, intentando con ello poner límite al activismo judicial; d) En lo relativo a la decisión de qué tribunales deben ser los competentes para conocer y resolver las acciones que los particulares intenten en contra de los organismos de la Administración del Estado, resulta conveniente, en principio, dejar entregada dicha definición al legislador; e) Finalmente, sin perjuicio de lo anterior, nos parece fundamental, que el eventual nuevo texto constitucional contenga una disposición que asegure a toda persona que considere que sus derechos y/o intereses han sido lesionados por una actuación material o por un acto formal, así como por una omisión, de los órganos de la Administración del Estado, el derecho a reclamar ante los tribunales que determine el legislador, ejerciendo las acciones contencioso administrativas cautelares, anulatorias, de plena jurisdicción u otras disponibles en el ordenamiento jurídico.

Con las consideraciones generales anteriormente señaladas, estimamos quedaría debidamente garantizada y/o determinada, desde la perspectiva constitucional, la competencia del órgano jurisdiccional, la plena justiciabilidad de la actividad administrativa, el derecho a la tutela judicial efectiva y la universalidad de ésta, no con la finalidad de limitar o entorpecer la actividad de la Administración del Estado y/o la satisfacción de las necesidades sociales que el nuevo texto constitucional le imponga -como pudieran pensar algunos-, sino que, simplemente, para que ello sea realizado con el debido respeto al ordenamiento jurídico.

### **La creación de una acción contencioso administrativa constitucional, de carácter autónoma, para reclamar contra las actuaciones y actos de la administración del estado**

Por otro lado, se propondrá la necesidad de crear una acción contencioso-administrativa constitucional, autónoma, con un procedimiento de tramitación propio, distinta de la acción de protección de garantías constitucionales, para reclamar contra las actuaciones y actos de la Administración del Estado que sean lesivos de los derechos de las personas, la que si bien no suprimirá necesariamente

la existencia de todas las restantes acciones contencioso administrativas constitucionales o legales, ya sea anulatorias o de plena jurisdicción, dispersas en nuestro ordenamiento jurídico, permitirá obtener una debida, adecuada, rápida y eficaz reacción jurisdiccional, frente a dichos conflictos entre la Administración del Estado y los administrados, superando las dificultades que en la práctica presenta la acción de protección de garantías constitucionales, como medio de control jurisdiccional contencioso administrativo.

Si bien existen autores que han sugerido que la acción de protección de garantías constitucionales puede ser utilizada como una especie de acción contencioso administrativa “ordinaria” para reclamar frente a acciones u omisiones, ilegales o arbitrarias, que afecten el legítimo ejercicio de los derechos constitucionales señalados en el artículo 20 de la Carta Fundamental, es sabido que en su origen esa no fue su finalidad, la cual era crear un mecanismo de tutela judicial rápido, sencillo y eficaz para la protección de aquellos derechos fundamentales que no encontraban resguardo a través de la acción de amparo o habeas corpus. Por lo mismo, dicha tesis ha tenido una fuerte resistencia por parte de un importante sector de la doctrina administrativa nacional.

Adicionalmente, el empleo de la acción de protección de garantías constitucionales, como acción contencioso administrativa en la práctica, conlleva dificultades difíciles de superar, como lo son, la inexistencia de etapa de discusión, la inexistencia de término probatorio, la actitud reticente de nuestros tribunales superiores de justicia en cuanto a entrar a conocer aspectos de fondo de la discusión, su limitación de procedencia en cuanto a encontrarnos frente a una afectación de derechos fundamentales protegidos por la acción, entre otros, todo, pese a la inexistencia de una acción contencioso administrativa general prevista en nuestro ordenamiento jurídico, para reclamar, por ejemplo, frente a decisiones ilegales o arbitrarias que afectan a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones -cada vez más absorbido por la judicatura laboral-; frente a acciones u omisiones ilegales o arbitrarias que afectan los derechos de las personas; frente

a las sanciones administrativas que aplican una innumerable cantidad de órganos públicos -con una no menor dispersión de contenciosos administrativos previstos en leyes especiales sectoriales-; frente a las decisiones de la Contraloría General de la República -las que suelen ser atacadas por la vía de la acción de protección con resultados disímiles-; entre otros.

Así, la acción procesal constitucional que se propone crear deberá, necesariamente, conciliar los intereses de los administrados envueltos en el conflicto contencioso administrativo, como también, los intereses de la Administración del Estado, para a partir de ello, lograr una respuesta jurisdiccional satisfactoria, todo lo cual contribuirá a perfeccionar y modernizar nuestro Estado Democrático y Constitucional de Derecho.

Preliminarmente, estimamos que dicha acción debiera ser regulada procedimentalmente, en términos similares a como se encuentra en la actualidad regulado el reclamo por ilegalidad regional -artículo 108 de la Ley N° 19.175, Orgánica Constitucional Sobre Gobierno y Administración Regional- o el reclamo por ilegalidad municipal -artículo 151 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades-, eliminando la primera etapa de naturaleza administrativa, caracterizándola como una acción eminentemente cautelar y anulatoria -descartando su naturaleza indemnizatoria-, permitiendo, con amplitud, que el tribunal competente pueda adoptar las medidas que estime necesarias para reestablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, pudiendo, si procediera, anular el acto respectivo u ordenar la dictación del acto omitido, todo según corresponda. Su procedencia, por tanto, quedaría sujeta a la existencia de una actuación material, un acto formal o una omisión antijurídica emanada o imputable a la Administración del Estado que lesione derechos o intereses del administrado.

Consideramos adecuada la regulación procedimental actual relativa a los reclamos de ilegalidad referidos, por cuanto contienen una breve etapa de discusión -reclamo y contestación o informe del órgano reclamado-; la facultad de decretar

orden de no innovar cuando de los antecedentes se desprenda que la situación alegada puede generar un daño irreparable al actor o hacer imposible el cumplimiento de lo que se resolviere en caso de acogerse la acción; la posibilidad, entregada al tribunal, de abrir un acotado término probatorio; procediendo a continuación a resolver la controversia previa vista de la causa la cual debiese gozar de preferencia para ser puesta en tabla -observaciones a la prueba-; con un breve plazo para la dictación de la sentencia definitiva; y, finalmente, contemplando solo el recurso de apelación como medio de impugnación de la sentencia de primera instancia.

Estimamos que la inexistencia de una jurisdicción administrativa especializada con competencia general, sumado a la carencia de una acción contencioso administrativa ordinaria para revisar judicialmente diversos ámbitos del quehacer de la Administración del Estado en su relación con los administrados, es precisamente lo que ha confabulado en el uso desmedido de la acción de protección de garantías constitucionales, cuestión que podría ser solucionada en parte, con la propuesta realizada.