



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

**EL RECURSO DE PROTECCIÓN COMO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA
INACTIVIDAD FORMAL.**

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

Javiera Valencia Muñoz

Profesor Guía:

José Miguel Valdivia Olivares

Santiago de Chile
2021

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	2
1. CONCEPTUALIZACIÓN Y FUNDAMENTOS DE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.....	5
1.1 EL PRINCIPIO DE SERVICIALIDAD.....	5
1.2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	6
1.3. LAS FORMAS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.....	9
2. LA ACTIVIDAD FORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN	12
2.1. ACTIVIDAD FORMAL NORMATIVA O REGLAMENTARIA.....	13
2.1. EL ACTO ADMINISTRATIVO.....	14
2.3. ACTIVIDAD FORMAL DE LAS MUNICIPALIDADES.....	17
2.4. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	18
3. LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN	24
3.1. CONCEPTO Y TIPOLOGÍA DE LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.....	26
3.2. LA INACTIVIDAD FORMAL EN ESPECÍFICO: DELIMITACIONES PREVIAS AL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	28
3.3. MECANISMOS PARA CONTROLAR LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN CONTEMPLADOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO	31
4. EL RECURSO DE PROTECCIÓN COMO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA INACTIVIDAD.....	39
4.1. PANORAMA GENERAL DEL RECURSO DE PROTECCIÓN COMO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	39
4.2 CONCEPTUALIZACIÓN Y PRESUPUESTOS DEL RECURSO DE PROTECCIÓN	41
5. JURISPRUDENCIA EN TORNO AL RECURSO DE PROTECCIÓN EN CONTRA DE LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN	44
5.1. INACTIVIDAD REGLAMENTARIA.....	45
5.2. INACTIVIDAD FORMAL SINGULAR.....	50
BIBLIOGRAFÍA	79

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre recursos de protección interpuestos en contra de organismos del Estado por omisiones a sus deberes legales. Específicamente, dichas omisiones se enmarcan en el ejercicio de la actividad reglamentaria y centralmente, dentro de los procedimientos administrativos; así, se analizarán fallos para cada etapa de este, a saber, iniciación del procedimiento, tanto a solicitud de parte como de oficio, instrucción del procedimiento y su etapa final y resolutive. Previo a dicho análisis jurisprudencial, se sientan las bases para un correcto estudio: los principios que rigen la actividad administrativa, esto es, legalidad y servicialidad principalmente; la tipología propuesta por la doctrina, consistente en hacer una división entre actividad material y actividad formal, siendo esta última el eje central del trabajo, puesto que abarca la actividad reglamentaria y formal singular o procedimental. Una vez delimitada cuál es la actividad que se espera de los OAE, será más fácil notar cuando falta o se omite dicha actividad, lo que nos lleva a la columna vertebral de este estudio: el fenómeno de la inactividad de los OAE y las posibilidades de su control jurisdiccional. Así, se realiza una breve esquematización de la operatividad del silencio administrativo y del decaimiento del procedimiento administrativo sancionador, como también las críticas que ha realizado la doctrina respecto a la aplicación de estas instituciones. La principal conclusión del trabajo es que a pesar de las críticas que suscita la utilización desmedida del recurso de protección en nuestro país, es una herramienta necesaria y eficaz para controlar la inactividad de los OAE, pues le otorga una tutela al ciudadano que ve vulnerados sus derechos cuando la Administración actúa al margen de la ley, logrando condenas que sacan a los OAE de su pasividad.

INTRODUCCIÓN

“La esencia de la jurisdicción es revisar la actividad de la administración; pero si ésta no ha actuado ¿qué es lo que debe revisar? El particular acude a los tribunales para defenderse contra las agresiones de la administración; pero si ésta no le ha agredido ¿para qué va a reclamar? Este tipo de reflexiones es radicalmente incorrecto. Es un recuerdo solapado de aquella mentalidad jurídico-política que concebía a la administración como un instrumento de agresión, como un aparato peligroso, que cuando está inmóvil es inofensivo, y cuando actúa -y sólo cuando actúa- va ocasionado daños en las esferas privadas de los individuos. Pero esto no es así. En la actualidad se sabe ya de sobra que la administración es un complejo institucional en el que se apoya y del que depende la vida entera de los ciudadanos. La famosa esfera privada no es intacta y retraída, sino el punto de cruce de constantes relaciones públicas. Ni social ni políticamente es imaginable ya una vida privada independiente. Es imposible marcar la frontera de la vida jurídico-privada por la sencilla razón de que la vida privada es inimaginable sin la intervención de la administración. Esto es innegable. Ahora bien, lo que hace aun en estas condiciones la vida soportable y digna es que esta administración no es algo absorbente y brutal, sino que está sometida a la ley, ante cuya instancia superior el individuo se inclina sin repugnancia. A la esencia de una buena administración corresponde no solamente el que el policía no allane nuestra morada, sino también el que nos garantice el servicio de luz y la paz y el silencio nocturno¹”

Con fecha 28 de mayo de 2019, la Corte Suprema acogió un recurso de protección interpuesto en contra de diversos órganos de la administración del Estado, entre ellos, el Ministerio del Medio Ambiente, de Salud, Superintendencia de Medio Ambiente, Ministerio del Interior, Intendencia Regional, llegando incluso a condenar al Presidente de la República. ¿El motivo? Graves incumplimientos a sus deberes de actuar, no adoptar medidas de prevención, sistematización de información, fiscalización y represión de conductas ilícitas. Todo lo anterior habría derivado en una grave e insalvable contaminación en la zona de Quintero-Puchuncaví, además de afectar la calidad de vida y producir problemas de salud en los habitantes de la zona, tales como desvanecimientos por inhalación de gases, convivir con olores nauseabundos y tener que cerrar escuelas producto de ello. Ante la falta de soluciones institucionales y una clara pasividad de la Administración respecto a los deberes ya mencionados, fue la Corte Suprema quien terminó pronunciándose sobre este problema de justicia socioambiental y condenando a los culpables de la grave contaminación del lugar y la afectación a quienes habitan ese sector, a partir de una acción constitucional de naturaleza cautelar, no destinada para ello y ampliamente criticada por su excesiva utilización como contencioso administrativo, a saber, el recurso o acción de protección. Dicha acción, regulada por primera vez en el Acta Constitucional N°3 de 1976, estaba ya siendo mirada con ojos temerosos por los autores de la época, puesto que no podría jamás sustituir al contencioso administrativo, por cuanto en ciertas materias van envueltos problemas técnicos cuyo conocimiento no puede ser resuelto en un procedimiento de cognición

¹NIETO, Alejandro. La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo. En Revista de Administración Pública, 1962 n° 37. pp. 75-76.

reducida. No obstante, como es sabido, casi cuarenta años después, el recurso de protección sigue operando como el contencioso administrativo por defecto, por lo que la preocupación mencionada sigue vigente.

El presente trabajo se inspira en el fenómeno omisivo que dio lugar a la crisis vivida en Quintero-Puchuncaví y su posterior control por parte de la Corte Suprema. En términos simples, a falta de una ley de lo contencioso administrativo, pretendo proponer al recurso de protección como una acción de lo contencioso administrativo que controle efectivamente las omisiones en que incurran los OAE a sus deberes legales dentro del procedimiento administrativo y respecto a la potestad reglamentaria.

Primeramente, cabe estudiar los principios y parámetros que rigen la actividad de la administración, como también los tipos de actividad que esta desempeña. De esta forma, se procederá a analizar la “falta de actividad” previamente delimitada, y cuando nos encontramos frente a supuestos de inactividad administrativa. Para lo anterior, es clave el trabajo realizado por el autor español Marcos Gómez Puente quien, a mi juicio, es el máximo exponente sobre la doctrina de la inactividad de la administración. Luego, corresponde esquematizar los mecanismos que contempla el ordenamiento jurídico chileno para controlar la inactividad o pasividad de los Órganos de la Administración del Estado (OAE), que se traducen en las instituciones del silencio administrativo y decaimiento del procedimiento administrativo. En orden a postular al recurso de protección como una herramienta capaz de controlar la inactividad, cabe estudiar los mecanismos existentes, sus falencias y críticas, de manera de encontrar una justificación a la elección de los litigantes para interponer un recurso de protección por sobre la aplicación de dichas instituciones.

Luego, se desarrollan las características y supuestos del recurso de protección, para así aclarar su capacidad como contencioso administrativo de la inactividad. Además, se describen las críticas negativas que dicha aplicación merece. Por último, se analizarán diversos fallos de la Corte Suprema, haciendo un examen de los criterios escogidos por la CS para acoger los recursos según el tipo específico de inactividad, como también las definiciones e instituciones que utiliza la Corte en torno a la actividad procedimental de la Administración. Respecto a las sentencias escogidas, señalo que, tratándose de la inactividad reglamentaria, no se encontraron suficientes fallos dictados en el último tiempo, lo cual da cuenta de una casi nula experiencia jurisprudencial en torno a su control. Por ende, se mencionan 2 sentencias recaídas en materia de protección que, si bien fueron rechazadas, son un aporte para delimitar la posición de las Cortes al controlar este tipo de inactividad. Por otro lado, en cuanto a los fallos sobre inactividad formal singular se han escogido sentencias dictadas por la Excelentísima Corte Suprema desde el año 2018 hasta el año 2021.

1. CONCEPTUALIZACIÓN Y FUNDAMENTOS DE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.

El jurista francés Maurice Hauriou define la actividad administrativa como "la gestión de los intereses públicos para la satisfacción de los intereses generales según los fines del Estado. La acción administrativa tiende, en todo caso, a manifestarse en dos formas típicas: concretándose en una situación jurídica especial en que se fija la expresión directa y final de la voluntad de la Administración Pública, que es el acto administrativo, o bien dando como resultado el servicio público, que es el producto acabado de la acción administrativa, para satisfacer de forma armónica y general las necesidades de carácter social que son de su cargo"². A mi parecer, esta definición es bastante útil como punto de partida, ya que nos proporciona, en primer lugar, que la actividad de la administración pública (AP) existe para alcanzar determinados fines, y, en segundo lugar, que generalmente se manifiesta a través del acto administrativo y del servicio público. En este capítulo analizaré y desarrollaré ambas partes de la definición, a la luz de los principios más relevantes que rigen la actividad administrativa: la servicialidad y legalidad.

1.1 EL PRINCIPIO DE SERVICIALIDAD

¿Cuáles son los fines a los cuales está orientada la Administración? De conformidad con el art. 1º inciso 4º de la Constitución Política, "el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece". Mismo principio es recogido en el artículo 3 de la LOCBGAE, con la salvedad que este agrega que se deben atender las necesidades públicas "en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través de las atribuciones que le confiere la Constitución y ley (...)". A partir del mandato constitucional y legal, los OAE realizan toda actividad para promover el bien común y crear las condiciones sociales que permitan la realización de los habitantes de la república, haciéndose presente en la mayoría de las facetas de la vida social y cumpliendo un rol fundamental en el desarrollo de la vida y de la sociedad actual³. De esta manera, la voz "bien común" y "creación de condiciones sociales" se puede materializar por medio de la entrega de una licencia médica, mediante un permiso de edificación o aceptando la solicitud de una persona extranjera que quiere regularizar su situación

² Citado por MORA ESPINOZA, Álvaro. El control jurisdiccional contra la inactividad material de la Administración Pública. Tesis (Doctor en Derecho) Director de tesis: Dr. D. Jesús González Pérez. Madrid, España, Universidad Complutense de Madrid, 1998. p. 13.

³ PAREJO, Luciano. Lecciones de Derecho Administrativo. 5ª ed. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012. p. 15.

migratoria. También es menester aclarar que la esencia de la finalidad de los OAE apunta al bienestar de los habitantes de la república, de manera que el Estado no tiene finalidades propias; sus actuaciones siempre tienden a alcanzar el interés general y jamás deben dirigirse a alcanzar un interés privado⁴. Ahora, no es la administración la que deduce cuáles son los intereses generales por sí misma -aunque bien pueda definir ciertos contornos o exigencias- sino que serán los poderes públicos conforme a su competencias quien realiza dicha definición: el constituyente por medio de la Constitución, el legislador a través de la ley y la propia administración por medio de reglamentos⁵. En efecto, “los fines que ha de perseguir la administración pública la trascienden y deben ser determinados por poderes constitucionales que tienen legitimidad democrática directa, es decir, el carácter representativo de que la administración carece”⁶. Lo anterior introduce un tema elemental a la hora de analizar la actividad de la administración: el principio de legalidad.

1.2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La doctrina chilena, siguiendo a la doctrina española, está conteste en que el quid del principio consiste en la necesidad de una atribución legal de potestades públicas a la administración⁷, o bien, que la actuación administrativa debe realizarse con una previa autorización para actuar, de manera que no cabe un auto apoderamiento de potestades ni autorizaciones genéricas o en blanco⁸. En palabras del profesor Luis Cordero: “toda actuación de la administración está sometida al poderoso principio de legalidad, el que supone el sometimiento completo a la ley y el derecho. De este modo, la actividad administrativa es una actividad ‘típica’ en el sentido que ha de realizarse dentro de los límites que las normas establecen”⁹. En resumen, mediante el principio de legalidad se le atribuye potestades a la administración, las cuales, a su vez, le permiten a esta realizar su actividad dentro de los límites establecidos por ley.

Por su parte, la potestad se define como un tipo de posición jurídica activa diferente al derecho subjetivo, y se traduce en el poder de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas¹⁰. El profesor García de Enterría explica que mediante la noción de potestad se manifiesta el poder público, la supremacía y la autoridad de los OAE. Esto quiere decir que éstos detentan un “poder de actuar frente a círculos genéricos de sometidos, que se manifiesta en la posibilidad de producir efectos jurídicos que tales sometidos han de soportar; y dichos efectos jurídicos pueden ser con normalidad efectos de gravamen, de cuyo ejercicio concreto surjan obligaciones, deberes, cargas, vínculos, restricciones. Constituye así el

⁴ VALDIVIA, José Miguel. Manual de Derecho Administrativo. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 42

⁵ PAREJO, L. op.cit. p. 257.

⁶ SANCHEZ, Miguel. Derecho Administrativo. 2a ed. Madrid, Editorial Tecnos. p. 74.

⁷ VALDIVIA, J. op. cit. p. 145.

⁸ BERMUDEZ, Jorge. Derecho Administrativo General. 2ª ed. Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2011. p. 65.

⁹ CORDERO, Luis. Lecciones de derecho administrativo. Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2015. p.78.

¹⁰ VALDIVIA, J. op.cit. 145.

instrumento adecuado para efectuar la conversión del poder público en técnicas jurídicas precisas”¹¹. Precisamente, la idea de potestad encaja con la noción de acto administrativo, de forma tal que “la potestad es el ‘título’ que permite dictar actos administrativos, que concretizan el poder de la administración”¹². En conclusión, la actividad administrativa es el ejercicio de tales potestades, pues por medio de aquella se crean, modifican, extinguen, protegen y se ejercen relaciones jurídicas concretas.

Ahora, ¿cuál es la relación del principio de legalidad con la función servicial de los OAE? En primer lugar, la idea de servicio público o servicialidad se muestra como la dimensión material del principio de legalidad. Este principio atiende la necesidad de empoderar a la administración pues comprende el valor de que la actividad administrativa se dirija a la satisfacción del interés general¹³. Desde otra perspectiva, Ignacio de Otto desarrolla un planteamiento bastante esclarecedor: “el principio de legalidad exige que no se autorice a la Administración para perseguir libremente sus fines, que no se concedan apoderamientos en blanco y que las normas sirvan de criterio para enjuiciar en su contenido la actuación administrativa. De este principio nace todo el Derecho Administrativo y la sujeción de la Administración al control de los Tribunales”¹⁴. De esta manera, las potestades administrativas pertenecen a la especie “potestad-función”, esto es, deben ser ejercidas en función del interés público. Esto trae como consecuencia que la administración estará obligada al ejercicio de sus potestades cuando ese interés público lo exija, obligación que marca incluso las potestades discrecionales más amplias. Ello porque la “adherencia al fin” condiciona la validez de los actos de la administración. Del mismo modo, una omisión del ejercicio de la potestad cuando el interés público lo exige supone una irregularidad en el funcionamiento de la administración¹⁵. Así, en palabras de Gómez Puente: “de poco puede servir una organización cuya inercia obstaculiza los objetos que le dan fundamento”¹⁶. Por tanto, retomando lo expresado por el profesor de Otto, el control que ejercen los tribunales en función del principio de legalidad administrativa deberá incluir un control sobre las omisiones en que incurran los OAE respecto a sus cometidos, ya que son conductas que vulneran tanto los principios de legalidad como de servicialidad pues no se verifica un sometimiento de la administración al ordenamiento jurídico, toda vez que la omisión supone una inobservancia a los fines que justifican la existencia misma de la actividad administrativa.

Se ha explicado que la potestad procederá siempre de la ley. Por regla general, la atribución se hace de forma expresa y específica, lo cual ofrece un mayor grado de certeza. En el derecho administrativo, cabe hacer una distinción esencial en cuanto a la forma en que se realiza esta atribución, la cual se torna

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomas-Ramón. Curso de Derecho Administrativo, Tomo I. 14ª ed. Navarra, Aranzadi. 2008. p. 454.

¹² VALDIVIA, J. op.cit. p. 151.

¹³ *Ibid.* p. 43.

¹⁴ BERMUDEZ, J. Op. cit. p.65.

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNANDEZ, T. op. cit. p. 456.

¹⁶ GÓMEZ PUENTE, Marcos. La inactividad de la administración. 3a. ed. Navarra, Aranzadi, 2002. p.48.

especialmente relevante a la hora de hablar de control judicial. Así, la atribución de potestades puede ser: (i) reglada, esto es, la ley determina agotadoramente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de modo que construye un supuesto legal completo, reduciendo el campo de actuación de la administración a únicamente constatar el supuesto de hecho legalmente definido y a aplicar lo que la propia ley ha determinado; (ii) discrecional, es decir, la ley le atribuye a la administración algunas de las condiciones de ejercicio de la potestad y se remite a la estimación subjetiva de la administración para definir el resto de las condiciones, tales como la definición del supuesto de hecho y/o el contenido concreto de la decisión aplicable¹⁷.

Como anticipé, la distinción es relevante en el campo del control judicial. Es pacífico en la doctrina que el ejercicio de ambos tipos de potestades está sujeto a los límites del control, no existiendo mayores discusiones respecto al control de la potestad reglada. Sin embargo, existen discrepancias en cuanto al control que ejercen los tribunales sobre la potestad discrecional. En reiteradas ocasiones la jurisprudencia ha sostenido que “no procede que los órganos jurisdiccionales sustituyan la decisión de la administración realizando una nueva ponderación de intereses que determinan la decisión; sin embargo, se debe ser enfático en señalar que aquello no excluye el control jurisdiccional respecto de los actos administrativos que tienen su origen en el ejercicio de una facultad de carácter discrecional por parte de la administración, toda vez que aquellos, como todo acto administrativo, deben cumplir con las exigencias previstas en la ley, razón que determina la necesidad de verificar la existencia de los elementos intrínsecos de todos los actos de tal naturaleza, toda vez que la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad”¹⁸.

Dado que la gran mayoría de la jurisprudencia a revisar posteriormente tiene como contexto un procedimiento administrativo -el cual tendrá como producto un acto con elementos discrecionales- es sustancial aclarar que el control que se ejerce por medio del recurso de protección recae sobre sus elementos reglados. Ciertamente, en todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes sobre los cuales recae el control, como la existencia y extensión de potestad, competencia del órgano, formas y procedimientos, fin, tiempo, etc. El control de estos elementos reglados permite un primer control del ejercicio de la potestad discrecional, y, por tanto, no debe suscitar ninguna cuestión¹⁹. Es más, si bien la discrecionalidad implica que existe una pluralidad de soluciones entre las cuales la administración elige con libertad, el control de discrecionalidad opera sobre la observancia de los límites que el ordenamiento jurídico establece en cada caso para enmarcar esa libertad de decisión. Básicamente, la inicial pluralidad de soluciones se reducirá notablemente en los casos concretos como una consecuencia natural del procedimiento administrativo, el cual debe ser seguido obligatoriamente por la administración, y, “para

¹⁷ GARCIA DE ENTERRÍA, E. y FERNANDEZ, T. op.cit. p. 463.

¹⁸ “Librería Giorgio San Pedro Limitada con Seremi de Salud Región del Bio Bio” Corte Suprema, 22 de marzo de 2021, Rol 150.549-2020.

¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNANDEZ, T. op. cit. p.477.

esto está, precisamente, el procedimiento administrativo, cuya función institucional es asegurar la legalidad, acierto y oportunidad de las decisiones de la administración”²⁰. A modo ilustrativo, la Corte Suprema ha acogido recursos de protección interpuestos en contra de la Superintendencia de Seguridad Social por rechazar licencias médicas, aduciendo que el diagnóstico final no está sujeto a la mera discrecionalidad de los órganos recurridos, aún cuando estos ya realizaron un estudio previo antes de tomar la decisión.²¹ Ello se debe a que el mandato legal expresa que, para un mejor acierto en lo relativo a las licencias médicas, la Compín podrá solicitar nuevos exámenes, informes o cualquier medida que permita una mejor resolución de la licencia médica. Por ende, si bien la Compín realizó previamente una ponderación de antecedentes antes de rechazar la licencia médica, incurrió en una ilegalidad al vulnerar la normativa que indica que puede solicitar más antecedentes para un mejor acierto en la decisión. De esta manera, se aprecia como este elemento reglado de la potestad influye en el acierto de la decisión discrecional de la administración y reduce el abanico de posibilidades por las que puede optar el órgano.

Complementando con lo anterior, Eduardo García de Enterría menciona que “el fin de las potestades discrecionales es también un elemento reglado de las mismas. En efecto, las autoridades administrativas pueden contar y cuentan, con toda normalidad, con poderes discrecionales, pero no para el cumplimiento de cualquier finalidad, sino precisamente de la finalidad considerada por la ley, y, en todo caso, de la finalidad pública, de la utilidad o interés general”²². En efecto, la jurisprudencia española comunitaria viene declarando que la omisión del ejercicio de una facultad de las autoridades comunitarias puede ser ilegal, más exactamente, puede incurrir en desviación de poder, si se aparta de la finalidad que justificó su reconocimiento. Por ello, constatando la falta de concreción de deberes legales, la función puede servir de parámetro de enjuiciamiento del uso adecuado de las potestades administrativas²³.

1.3. LAS FORMAS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Habiendo descrito el fundamento de la actividad administrativa y los principios que la rigen sustancialmente, cabe hacerse cargo de las distintas formas jurídicas en que se manifiesta la actividad de la administración y, de esta manera, delimitar el contenido del presente trabajo y precisar a qué me refiero con “inactividad formal”. Primeramente, catalogar a la actividad bajo una única identidad no es posible. Las necesidades de la sociedad están en constante dinamismo; a medida que esta evoluciona, también varía el contenido del “interés general” por lo que la actividad de la administración se torna

²⁰ *Ibíd.* p. 492.

²¹ “Eugenio Cid Flores con Superintendencia de Seguridad Social” Corte Suprema, 15 de abril de 2021, Rol 7.047-2021.

²² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Las luchas contra las inmunidades del poder. *Revista de administración pública*, 1962 n°38 P. 168.

²³ Gómez, M. *op.cit.* p. 89.

más compleja. Así, por ejemplo, si a mediados de los años ochenta la sociedad chilena pedía una mayor libertad para desarrollar sus actividades económicas -reduciéndose de cierta manera la actividad de la administración a emitir autorizaciones-, a comienzos del siglo XXI surge una preocupación en materias de medio ambiente, de manera que la sociedad exige que al emitir ciertas autorizaciones éstas se hayan hecho cargo del impacto ambiental que puedan generar determinadas actividades, lo cual ocasionó la creación de un servicio público -el Servicio de Evaluación Ambiental, entre otros- para atender dicha necesidad. Autores como Juan Carlos Ferrada y Rolando Pantoja se refieren al impacto de la CPR de 1980, aludiendo a la existencia de una dicotomía entre la protección reforzada de los derechos e intereses privados, por un lado, y la tutela de los intereses públicos, por el otro, con una reafirmación de las potestades de la administración, lo cual, ha generado bastantes inconsistencias y contradicciones en la construcción del derecho administrativo chileno²⁴. En fin, el considerable aumento de la actividad administrativa y la heterogeneidad de los fines perseguidos y de las materias atendidas, hace imposible catalogar la actividad de la administración bajo un único criterio.

Históricamente, la doctrina española ha adoptado como canónica la clasificación tripartita de Jordana de Pozas, quien distingue:

(i) Acción de policía o coacción: esta es la forma más tradicional de incidencia de la administración sobre la vida social, ya que regula la actividad con la que los administrados persiguen sus propios intereses, delimitando o limitando las situaciones subjetivas de aquéllos. Supone traducir la exigencia del interés público de sujetar una materia a una determinada y más o menos intensa regulación jurídica²⁵. Así, las principales técnicas de policía son las regulaciones, prohibiciones y obligaciones, certificaciones y verificaciones, autorizaciones y sanciones²⁶. La doctrina española acepta que la noción de policía o mantenimiento de orden público es un concepto muy amplio, equiparable a todo lo que guarde relación con el bienestar de los individuos y cae bajo la esfera del interés general²⁷, abarcando de esta manera el orden público de la seguridad ciudadana, de la economía, del medio ambiente, de la salud, de los consumidores y usuarios, entre otros²⁸.

(ii) Acción de servicio público o de prestación: se trata de actividades entendidas como esenciales para el funcionamiento de la sociedad, en donde lo relevante es la imputación de la actividad a la Administración y no el contenido de esa actividad²⁹. En otras palabras, consisten en prestaciones cuyo objeto es la satisfacción inmediatas de las necesidades de la población y/o interés público. Por razón de

²⁴ FERRADA, Juan Carlos. El sistema de derecho administrativo chileno: una revisión crítica desde una perspectiva histórica. En Revista de Derecho, Universidad de Concepción. N° 217-218, 2005. p. 108.

²⁵ PAREJO, L. op.cit. p.285.

²⁶ VILLAR EZCURRA, José Luis. Derecho administrativo especial: administración pública y actividad de los particulares. Madrid, Civitas Ediciones, 1999.p.77.

²⁷ *Ibíd.* p. 45.

²⁸ *Ibíd.* p.55.

²⁹ *Ibíd.* p. 185.

los bienes implicados -vida, educación, seguridad social, entre otros- el interés público puede alcanzar la suficiente intensidad para demandar tanto la habilitación de la administración para actuar en la materia, como también la reserva de la titularidad en dicha actividad, excluyendo la acción de los sujetos privados³⁰ -por ejemplo, el servicio de los hospitales públicos o de las policías.

(iii) Acción de fomento o incentivación de la actividad de los particulares: es la actividad dirigida a conseguir mediante medios indirectos la auto-ordenación de la actividad privada³¹ y que no es encuadrable bajo la actividad de policía. El fomento se puede concebir como un conjunto de técnicas tales como la subvención, préstamos -por ejemplo, por medio de la Dirección General de Crédito Prendario-, anticipos, becas, caracterizadas por el solo dato de la ausencia de coacción o limitación de derechos de los particulares³².

Ahora bien, Villar Ezcurra plantea que la actividad de la administración hace referencia a los “cauces a través de los cuales se manifiestan las potestades que le atribuye el ordenamiento jurídico y que asumen la forma externa de normas, actos o contratos”. Por tanto, la clasificación propuesta por Jordana de Pozas intenta profundizar sobre el contenido específico de estas tres clases de funciones, o bien, “de averiguar el cómo, dónde y por qué la Administración despliega su actividad”³³. Es necesario aclarar, que la clasificación de Jordana de Pozas no es muy fructífera para el análisis que requiere el presente trabajo, a diferencia de la clasificación entre actividad jurídica y material que expondré a continuación.

En definitiva, atendiendo que el fin de este trabajo es posicionar el recurso de protección como el mecanismo para controlar las omisiones dentro de una actividad formalizada, si bien es importante considerar el contenido de la actividad administrativa, hay que referirse a los instrumentos jurídicos de que la administración se vale para desplegar dicha actividad, esto comprende la aprobación de normas jurídicas, de carácter reglamentario, la aprobación de planes, la producción de decisiones unilaterales vinculantes de carácter no normativo, que se denominan actos administrativos y la utilización de negocios jurídicos bilaterales, como los convenios y contratos³⁴. En esta línea, el profesor Luciano Parejo aporta una distinción según la relevancia jurídica inmediata de la acción administrativa, la cual podrá ser clasificada en dos grandes categorías:

(i) Actividad jurídica o formal: la administración “desarrolla una actividad derecha e inmediatamente dirigida a producir efectos jurídicos, a adoptar actos con contenido y alcance diverso (...) razón por la cual este tipo de actividad está formalizada, en el sentido de estar regulado el procedimiento a través

³⁰ PAREJO, L. op.cit. p. 298.

³¹ *Ibid.* p. 306.

³² VILLAR, J. op.cit. p.99.

³³ *Ibid.* p. 21.

³⁴ SANCHEZ, M. op. cit. p. 435.

del cual tiene lugar el dictado de los referidos actos”³⁵. Por su parte, la actividad formal se extiende como instrumento auxiliar, o el “vehículo” para realizar las actividades de policía, servicio público y fomento recién descritas³⁶. Son ejemplos de esta actividad los reglamentos, actos concretos y los contratos.

ii) Actividad técnica, material o real: la administración “despliega otro tipo de actividad de entidad cuantitativa (...) se trata de funciones, tareas o cometidos, que se cumplen normalmente observando las reglas técnicas o facultativas propias de aquéllos. Es el caso de las actividades de prevención y extinción de incendios, de seguridad ciudadana o pública, de enseñanza, de investigación científica, de asistencia sanitaria, etc.”³⁷.

Este trabajo se hará cargo de las omisiones que ocurran en la actividad jurídica. En primer lugar, tratará muy someramente de la inactividad en la dictación de reglamentos para identificar cuál es la postura adoptada por los tribunales, y, en gran parte, se centrará en la inactividad de los OAE en los procedimientos administrativos, excluyendo de la investigación a los contratos que suscriba la administración.

2. LA ACTIVIDAD FORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Las administraciones públicas contemporáneas tienen el deber constitucional de realizar determinadas actuaciones que modifiquen la realidad y tiendan a promover el bien común. Dichas actuaciones pueden tener consecuencias directas o indirectas en el plano jurídico. Incluso tratándose de casos de actuación informal, todo acto material tiene un antecedente jurídico, el cual normalmente es un acto administrativo³⁸. Así, éste se ha configurado como el modo tradicional en que la AP concreta sus decisiones orgánicas y que provocan consecuencias jurídicas, creando derechos u obligaciones, o atribuyendo cargas o ventajas. Como se precisará a continuación, la LBPA incluye dentro de los actos administrativos a los decretos y reglamentos, los cuales se dictan en ejercicio de la potestad normativa de la que gozan ciertos OAE. En este capítulo se desarrollará una conceptualización sobre la actividad normativa, el acto administrativo y, necesariamente, lo que precede a dicho acto, esto es, el procedimiento administrativo. Lo anterior, para especificar y delimitar el objeto de control de los tribunales de justicia por medio del recurso de protección. Se apreciará que si bien nominalmente hay distintos tipos de actos administrativos que caben bajo una misma terminología, en su contenido y en el

³⁵ PAREJO, L. op.cit. p. 284.

³⁶ MORAGA KLENNER, Claudio. Tratado de derecho administrativo. Tomo VII: La actividad formal de la administración del Estado. En Pantoja Bauzá, Rolando (Coor.): Tratado de Derecho Administrativo. Santiago de Chile, Abeledo Perrot, 2010. p. 14.

³⁷ PAREJO, L. op.cit. p. 284.

³⁸ BERMUDEZ, J. op.cit. p. 107.

tipo de potestad ejercida, varían. De esta forma, teniendo clara una correcta nomenclatura y esquematización de los actos administrativos, a la hora de realizar el análisis jurisprudencial intentaré resolver las siguientes incógnitas: ¿en qué se enfocan realmente las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema para controlar la omisión de los actos administrativos?, ¿meramente en la forma? ¿o incide el tipo de potestad que se está ejerciendo?

2.1. ACTIVIDAD FORMAL NORMATIVA O REGLAMENTARIA

Para hablar sobre este tipo de actividad hay que referirse a la potestad que habilita la realización de aquella. En primer lugar, mencionar la potestad normativa que gozan ciertos órganos públicos para “dictar normas generales que determinen de forma unilateral las conductas de personas que se encuentran, por tanto, en una situación de sujeción”. Así, se debe mencionar los poderes conferidos a órganos constitucionales para dictar leyes de reforma a la Constitución, la legislación, los decretos con fuerza de ley y el reglamento³⁹. Nos enfocaremos en este último elemento, el cual es el producto de la denominada potestad reglamentaria.

La potestad reglamentaria es la atribución del Presidente de la República (PDR) para “dictar normas jurídicas generales o especiales, destinadas al gobierno y administración del Estado o a la ejecución de leyes”⁴⁰. Encuentra su consagración constitucional en el art. 32 n°6 CPR, por el cual se le otorga al PDR la atribución de “ejercer la potestad reglamentaria, en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”. Además del PDR, hay otras autoridades investidas de potestades normativas reconocidas constitucionalmente, como es el caso de los gobiernos regionales, las municipalidades y el Banco Central⁴¹.

Ahora, se reconocen constitucionalmente dos tipos de potestad reglamentaria:

(i) Potestad reglamentaria de ejecución, que se refiere a la facultad de ejecutar o llevar a la práctica las leyes, dictando reglamentos, decretos, resoluciones e instrucciones que sean necesarios para dicha aplicación concreta o casuística⁴². En definitiva, este tipo de potestad opera cuando la ley no se baste a sí misma para su aplicación efectiva, cumpliendo el reglamento la función de desarrollar y detallar el contenido de la ley. El ejercicio de esta potestad es discrecional; por tanto, será el PDR el que deberá apreciar si una ley requiere o no para su ejecución la emisión de reglamentos, y la oportunidad de dicha emisión, las materias que tratará el reglamento y el nivel de intensidad de regulación, así como el

³⁹ MORAGA, C, op. cit. pp. 41 y 42.

⁴⁰ CORDERO, Eduardo. El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2009 Vol.32 n°1, p. 416.

⁴¹ VALDIVIA, op.cit. p. 178.

⁴² CEA EGAÑA, José Luis. Derecho Constitucional Chileno, Tomo III. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2013, op.cit p. 117.

contenido mismo de las reglas que el reglamento ha de contener, las cuales no pueden ir en contra de la ley reglamentada⁴³. Dicha discrecionalidad ha sido reconocida por los tribunales, lo cual, como se analizará en su oportunidad, es un obstáculo para ejercer un control pleno sobre la inactividad reglamentaria. Hay que recordar que el control de las potestades discrecionales se circunscribe a los elementos reglados de la potestad, elementos que no incluyen, por supuesto, a la oportunidad y mérito de dictación de los reglamentos.

(ii) Potestad reglamentaria autónoma, que se refiere a la dictación de normas dictadas por el PDR respecto de materias no reguladas por las leyes y sin autorización o remisión. Si bien esta potestad reglamentaria es formalmente amplia e incondicionada ante la ley, es materialmente residual al considerar que no debe entrometerse en las materias reservadas al legislador. Actualmente, la mayor parte de la conducción administrativa no se lleva a cabo por medio de la reglamentación autónoma, sino que sigue influenciada más que todo por la ley, y, es mas, hay evidencias para aseverar que este tipo de potestad está bastante limitada en los hechos, de manera que su operatividad se reduce a regular el funcionamiento interno de la administración o a unas pocas materias que la CPR no le confía al legislador⁴⁴.

La potestad reglamentaria, sea autónoma o de ejecución, se ejerce, genéricamente, mediante actos administrativos -decisiones formales del Primer Mandatario- que constan por escrito y a través de las cuales declara su voluntad⁴⁵.

2.1. EL ACTO ADMINISTRATIVO

De acuerdo con el artículo 3 de la LBPA, se entenderá como acto administrativo para los efectos de dicha ley a “las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública. Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones (...) Constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias”.

En orden a delimitar el tipo de acto que será objeto de este trabajo y por tanto susceptible del control por medio del recurso de protección, conviene precisar en la terminología propuesta por el art. 3 LBPA recién citado, ya que, si bien dichas formas caben bajo el concepto amplio de acto administrativo, su contenido y función es diferente.

⁴³ CORDERO, E. op.cit. 424.

⁴⁴ MORAGA, C. op. cit. pp. 54 y 55.

⁴⁵ CEA, J. op.cit. p. 117.

(i) Decretos Supremos. El decreto es la decisión -orden escrita- que dicta el Presidente de la República o un Ministro “Por orden del Presidente de la República” sobre asuntos propios de su competencia⁴⁶. A su vez, el decreto puede adoptar dos formas: el reglamento y el decreto propiamente tal. El reglamento sirve como instrumento de ejecución de las leyes de un modo general y abstracto, mientras que los decretos permiten concretizar las demás normas jurídicas vigentes a uno o más casos particulares, clasificándose en decretos promulgatorios de ley, de urgencia, de insistencia y de emergencia constitucional. En cuanto a la forma, los decretos y reglamentos deben ser firmados por el PDR y por el Ministro respectivo⁴⁷. El criterio diferencial entre ambas categorías es orgánico, dado que atiende a las competencias respectivas del PDR y de las demás autoridades administrativas: el Presidente decreta y las demás autoridades resuelven⁴⁸.

(ii) Resoluciones. La LBPA las define como “actos de análoga naturaleza a los decretos supremos que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión”. En otras palabras, las resoluciones consisten en los decretos de autoridades infra-presidenciales, de manera que “el Presidente decreta y los otros resuelven”⁴⁹. A priori, la noción de resolución se acomoda mejor a los términos de este trabajo. Se retomará más sobre las resoluciones en el apartado de procedimiento administrativo.

(iii) Dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los OAE. Corresponde a una actividad donde se manifiestan opiniones, se informa sobre situaciones o certifica aspectos.⁵⁰

La LBPA plantea una definición amplia de acto administrativo, ya que considera como tal a los “dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento”, de manera que no circunscribe únicamente a las decisiones encaminadas a producir efectos jurídicos directos, es decir, incluye actos no decisorios. Por ende, este conjunto de actos no son actos administrativos como los otros y muchos tienen una trascendencia acotada a los procedimientos administrativos o a la organización interna de los servicios públicos⁵¹. Por ello, la doctrina ha intentado buscar una definición concordante con los fines mismos del acto administrativo (la producción de efectos jurídicos). Enrique Silva Cimma define acto administrativo como “una declaración de voluntad general o individual de un órgano administrativo emitida en función de una potestad o competencia administrativa, y por la cual se deciden o emiten juicios sobre derechos, deberes o intereses de las entidades administrativas, o de los particulares respecto de éstos”⁵². A partir de esta definición, pareciera fundamental el carácter decisorio o resolutorio del acto

⁴⁶ VALDIVIA, op. cit. p. 193.

⁴⁷ MORAGA, C. op.cit. pp.117-119.

⁴⁸ VALDIVIA, J. op.cit. p. 193.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ CORDERO, L. op. cit. p. 246.

⁵¹ VALDIVIA, J. op.cit. p. 192.

⁵² Citado por MORAGA, C. op.cit. p. 85.

administrativo, pues mediante él la administración aplica el ordenamiento jurídico a un caso concreto en una determinada forma. Este carácter decisivo permite concluir que se deben dejar fuera de la noción de acto administrativo a los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los OAE, como también otros tipos de actos como los oficios. Por tanto, los actos recién indicados no serán objeto de este trabajo. No obstante, surge la duda respecto de la consideración de los reglamentos como actos administrativos.

Uno de los problemas tradicionales de la literatura comparada es la distinción entre reglamento y acto administrativo, en el sentido que este último es diferente al primero y por tanto sólo este debe someterse a la LBPA. Dentro de la doctrina nacional, esta distinción se volvió relevante con la dictación de la LBPA la cual incorpora a los reglamentos dentro de la categoría de acto administrativo. Según Luis Cordero, esta distinción no es aplicable en el ordenamiento chileno, ya que, por mencionar algunas razones, durante la tramitación del proyecto de la LBPA se indicó que estas normas aplicarían a los actos reglamentarios y normativos de las autoridades administrativas; en el mismo sentido, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema consideran como actos administrativos a los de contenido normativo o regulatorio, aunque se denominen reglamentos; por último, existe consenso en la doctrina y jurisprudencia que los reglamentos caben bajo la categoría de acto administrativo, como expresión de la actividad formal de la administración⁵³. Por el contrario, Jorge Bermúdez persevera por distinguir doctrinariamente estas formas jurídicas. Explica que la AP, además de tener una potestad reglamentaria, cuenta con una potestad para dictar actos de contenido particular, denominada “potestad de mando”, y que “la distinción entre uno y otro es vital, ya que permitirá fijar el lugar del mismo dentro del ordenamiento jurídico, así como las posibilidades de controlarlo. Una confusión en el ejercicio de ambas potestades puede traer como consecuencia la vulneración del principio de inderogabilidad singular del reglamento”. Acto seguido, propone ciertos criterios para distinguir el reglamento del acto administrativo: (i) Generalidad. El acto reglamentario afecta a un número indeterminado de individuos. En cambio, el acto administrativo afecta singularmente a un individuo. Si bien en la mayoría de los casos el criterio es correcto, es insuficiente, ya que es posible encontrar actos con contenido concreto que sin ser reglamentos afectan a un número indeterminado de personas, como la resolución que fija la restricción vehicular o un llamado a concurso; (ii) Innovación normativa. El reglamento introduce una norma que innova en el ordenamiento jurídico con tendencia a permanecer⁵⁴.

En conclusión, y apartándome de la definición propuesta por la LBPA, considero que el acto administrativo es una actuación de la AP que resuelve, excluyendo aquellas actuaciones que certifican, interpretan, proponen, informan, etc. Además, resuelve un caso concreto, de manera que se distingue

⁵³ CORDERO, L. op.cit. p.248.

⁵⁴ BERMUDEZ, J. op.cit. p. 50-52.

de otras actuaciones como las del tipo normativo o las recién mencionadas que no deciden nada en particular⁵⁵. Para efectos de este trabajo, lo planteado por el profesor Bermúdez es sustancial para identificar cuando una omisión en la dictación de ciertos actos administrativos será controlable por medio del recurso de protección. Como adelanté previamente, las Cortes son reticentes al controlar una omisión de los OAE en el ejercicio de la potestad reglamentaria -que es por esencia discrecional-, mas no así tratándose de omisiones en el ejercicio de potestades regladas. Por ende, si bien la LBPA y la jurisprudencia consideran que reglamento y acto administrativo son parte de una misma categoría, en la práctica las Cortes sí realizan una distinción, al parecer fundada en la potestad que se debe ejercer. En consecuencia, al referirme a el acto administrativo, me referiré en específico al acto administrativo singular, el cual “no contiene auténticas reglas de derecho, porque carecen de generalidad y abstracción. En cambio, rigen particularizadamente una situación puntual, definiendo la posición respectiva de su destinatario y la administración”⁵⁶. Sumado a lo anterior, Marco Gómez Puente -uno de los máximos exponentes en la doctrina de la inactividad y base sustancial de este trabajo-, realiza dicha distinción dentro de la actividad formal fundada en la potestad que se ejerce. El autor plantea que aquella actividad que consiste en realizar declaraciones unilaterales de voluntad en ejercicio de potestades administrativas diferentes a la reglamentaria y en orden a la producción de un efecto jurídico determinado y que se enmarca, generalmente, dentro de una situación singular se denomina “actividad formal singular”⁵⁷.

2.3. ACTIVIDAD FORMAL DE LAS MUNICIPALIDADES.

Dado que la jurisprudencia analizada da cuenta de varios casos de omisión imputables a las autoridades municipales, me detendré a desarrollar someramente la actividad formal de estos entes.

Se entiende por actos administrativos municipales “toda manifestación de voluntad unilateral, de conocimiento, juicio o deseo de la administración municipal, en el ejercicio de sus competencias, para la satisfacción de las necesidades públicas de la comunidad local”⁵⁸. En cuanto a la forma de los actos administrativos municipales, el art. 5 letra d) LOCM señala que, para el cumplimiento de sus funciones municipales, éstas tendrán como atribución esencial la dictación de resoluciones de carácter general y particular. El art. 12 de la misma ley, señala que “las resoluciones que adopten las municipalidades se denominarán ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios o instrucciones”.

De la sola lectura de los preceptos citados, incluyendo el art. 3 LBPA, surge una problemática que induce a la confusión: atendido el carácter nominal de las categorías, las distinciones terminológicas no

⁵⁵ *Ibíd.* op.cit. 109.

⁵⁶ VALDIVIA, J. op.cit. p. 181.

⁵⁷ GOMEZ, M. op.cit. p. 65.

⁵⁸ HUIDOBRO SALAS, Ramón, Tratado de derecho administrativo. Tomo III: Derecho y administración comunal. En Pantoja Bauzá, Rolando (Coor.): Tratado de Derecho Administrativo. Santiago de Chile, Abeledo Perrot, 2011.P. 47.

son homogéneas. Así, las “resoluciones que adoptan las municipalidades” es un término que agrupa a las “ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios o instrucciones”⁵⁹. Según el art. 12 LOCM, las ordenanzas son normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad, por medio de las cuales se pueden establecer multas para infractores (cabe aclarar que no todas las ordenanzas tienen carácter sancionatorio). Los reglamentos municipales son normas generales obligatorias y permanentes, relativas al orden interno de la municipalidad, es decir, son actos que en principio no proyectan sus efectos sobre terceros a diferencia de las ordenanzas. Los decretos alcaldicios son resoluciones que versan sobre casos particulares y, por último, las instrucciones son directivas impartidas a los subalternos.

Tanto las ordenanzas como los reglamentos municipales nacen del ejercicio de la potestad normativa reglamentaria municipal, constituyendo una verdadera legislación de carácter secundario y supletorio, desarrollando preceptos legales o materias entregadas a la competencia de la municipalidad. Por tanto, cabe analizar si de acuerdo a la jurisprudencia, la omisión en la dictación de estos actos está sujeta al mismo control que el resto de los actos administrativos municipales, es decir, si es exigible por medio del recurso de protección la dictación de los reglamentos municipales y ordenanzas. En teoría, “la inactividad del servicio municipal también puede ser objeto de control, por ello las omisiones municipales también pueden ser controladas y compelido el órgano al ejercicio de sus competencias por vía municipal”⁶⁰. Sin embargo, como ya se ha prevenido, las Cortes han sido extremadamente deferentes respecto al ejercicio de la potestad reglamentaria, estableciendo que no le corresponde a los tribunales de justicia inmiscuirse en el mérito y oportunidad de ejercicio de la potestad normativa. Por tanto, pareciera que no hay dudas en que se podrá realizar un control por omisión en la dictación de los decretos alcaldicios, ya que, primeramente, estos resuelven un caso particular; en segundo lugar, hay un administrado directamente involucrado en el resultado de la resolución, por tanto, cualquier omisión en la tramitación de una solicitud de competencia municipal podría afectar un derecho fundamental del ciudadano. Respecto a los reglamentos municipales, estos tienen efecto dentro del orden interno de la municipalidad, o bien una proyección intra-administrativa, por lo que quedarán fuera del presente estudio. Además, atendiendo al carácter resolutorio de los actos administrativos, también se descartarán las instrucciones pues son simplemente directivas: no resuelven un caso, ni son capaces de afectar directamente a los terceros administrados.

2.4. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Por medio de los actos administrativos los OAE toman decisiones de carácter vinculante para la ciudadanía. Sin embargo, ninguna decisión pública se agota en un solo momento, sino que

⁵⁹ VALDIVIA, J. op.cit. p. 193.

⁶⁰ *Ibíd.* p. 89.

normalmente va precedida por un procedimiento administrativo, que permita hacer pública la manera en que se adopta esa decisión, prestar la debida consideración a las opiniones relevantes de los interesados y entregar una decisión final razonable, imparcial y ajustada a Derecho⁶¹. Incluso la decisión más simple, como la adquisición de un bien, requiere, al menos, oír primero a un oficio financiero, para comprobar la disponibilidad de recursos⁶². En efecto, como cualquier organización, la administración debe operar conforme a pautas racionalizadas que les permitan, en ejercicio de sus potestades correspondientes, alcanzar decisiones óptimas para el cumplimiento de sus fines y objetivos. Desde luego, la necesidad de contar con un procedimiento administrativo es palmaria, y ello se explica por las funciones que cumple el procedimiento:

(i) El procedimiento es un mecanismo de racionalización de la actuación administrativa. En primer lugar, porque logra definir las interferencias entre las diversas funciones de los OAE, individualizando cuáles son los entes que deben intervenir y cuándo deben hacerlo. De esta forma, el procedimiento uniforma la actuación de la administración mediante la introducción de plazos, etapas previas a la resolución, la exigencia de un expediente para la tramitación del procedimiento, entre otros. Cabe resaltar que la sujeción de la administración al cumplimiento de una serie formalizada de trámites puede conducir a consecuencias enfrentadas. Si bien tal sujeción garantizaría una gestión más racional, así como de una mayor protección de los interesados, “un exceso de celo en el formalismo comporta el riesgo de “agarrotar” los medios de actuación de la AP, impidiendo así una adaptación flexible a las circunstancias en concreto. Se origina de este modo una conocida situación de tensión entre dos exigencias que en principio parecen irreconciliables: garantía y eficiencia”⁶³.

(ii) Es un medio de composición de intereses. Los intereses colectivos de los administrados son susceptibles de reconocimiento y tutela pública por medio de la ley. No obstante, la ley no puede establecer una escala de interés entre todos estos indicando cuál debe prevalecer. En virtud de ello, el procedimiento cumple una “función de solución de conflictos entre intereses colectivos que, convertidos en públicos, se reproducen en el seno de las administraciones. Así, el procedimiento fija las reglas a través de las cuales se da prevalencia a unos intereses públicos respecto de otros”⁶⁴. En síntesis, el procedimiento es garantía de los intereses públicos pues propende a una decisión razonada que se ajuste al interés general; y, además, garantía de los intereses de particulares que pueden verse alcanzados por los efectos de las decisiones que toman⁶⁵.

⁶¹ MORAGA, C. op.cit. p. 155.

⁶² CASSESE, Sabino. Las bases del Derecho Administrativo; Luis Ortega (trad). Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1994. p.249.

⁶³ CORDERO, L. op.cit. p.340.

⁶⁴ CASSESE, S. op.cit. 252.

⁶⁵ VALDIVIA, J. op.cit. p. 249.

(iii) Es un mecanismo para adoptar y sostener decisiones legítimas. El procedimiento administrativo actúa como el medio de “encuentro de información” (o un medio para recabar de antecedentes), que condicionará en su contenido y efectos al acto terminal. En otras palabras, el procedimiento es una secuencia organizada de obtención y tratamiento de información, bajo la responsabilidad de un ente administrativo. Ciertamente, al ser un modo de desarrollar las funciones de la administración y que por tanto se encuentra al servicio del interés general, las decisiones que se toman deben ser de calidad y producto del espacio de deliberación al cual concurren la administración y los interesados⁶⁶. Esta idea es clave a la hora de hablar de control judicial de la administración, ya que trasladar el debate sobre políticas públicas o decisiones con alto componente técnico, supone que serán los jueces -quienes no tienen vinculación directa con la información ofrecida durante el procedimiento- quienes tomen decisiones, arriesgando la calidad de éstas.

(iv) Sirve para poner límites a la actividad administrativa. En primer lugar, porque si la revisión judicial de los actos actúa como control ex post, el procedimiento permite incidir en ellos ex ante⁶⁷. En segundo lugar, el procedimiento define la posición de cada ente en el procedimiento y los efectos de sus actos, de manera que, por medio de una revisión judicial o administrativa, el juez está en el grado de recorrer desde el acto impugnado, hasta los actos que han contribuido a formal el acto terminal y el ente a cargo de dichos actos trámite⁶⁸.

En síntesis, tratándose de los OAE, la forma de su actividad jurídica resulta determinante para la realización del interés común y dicha forma es justamente el procedimiento administrativo, esto es, “la formalización del desarrollo de la actividad unilateral de la AP que aboca en la producción de actos administrativos”⁶⁹. El imperativo de contar con dicha forma o mecanismo tiene su raíz en la Carta Magna. Así, el artículo 7 CPR expresa que los OAE “actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”. La forma referida admite dos acepciones. En un primer sentido, forma es sinónimo de procedimiento; en un segundo sentido, forma alude a un requisito de solemnidad con la que debe contar la voluntad administrativa para ser exteriorizada. Por tanto, el carácter formal implica que, para una válida aplicación de las reglas, derechos o declaraciones contenidos en el acto administrativo singular, es preciso que la autoridad administrativa se atenga al procedimiento⁷⁰. Luego, el artículo 63 n°18 CPR señala que es materia de ley aquellas que fijan las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración, siendo deber del legislador regular la “forma” a la que hace alusión el artículo 7 de la CPR.

⁶⁶ CORDERO, L. op.cit. 349.

⁶⁷ VALDIVIA, J. op.cit. p. 249.

⁶⁸ CASSESE, S. op.cit. 252.

⁶⁹ PAREJO, L. op.cit. p. 315.

⁷⁰ CORDERO, L. op.cit. p. 325.

2.4.1. La ley de bases del procedimiento administrativo.

Hasta antes del año 2003 la administración no contaba una ley que rigiera de manera general los procedimientos administrativos, de manera que, los que no contaban con una normativa particular quedaban “sometidos a las prácticas y doctrinas del servicio respectivo, con la consiguiente inseguridad para el ciudadano”⁷¹. La inexistencia de una regulación procedimental se debe parcialmente a que gran parte de la doctrina del siglo XX se dedicó al análisis de la teoría del acto administrativo y sus manifestaciones más importantes: el decreto supremo y el reglamento. Por lo mismo, al revisar esa doctrina se aprecia una ausencia del concepto “procedimiento administrativo”, a cambio del uso frecuente del estudio de las “formalidades o solemnidades del acto administrativo”⁷².

Por medio de la ley 19.880 que establece “bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado” (LBPA) se buscaba un cambio en la Administración, para que esta pueda dar una respuesta oportuna a demandas sociales y así dar satisfacción a las necesidades de las personas, en tiempo y forma. La aspiración de fondo era, por tanto, lograr una Administración y unos servicios públicos de la máxima calidad, que satisfagan plenamente las aspiraciones del ciudadano.⁷³ No obstante, lo central del proyecto de ley, como consta en el Mensaje del expresidente Ricardo Lagos al Senado, no era normar acerca de los principios del procedimiento administrativo, ni de los actos administrativos ni de sus caracteres propios, ni de su ejecutividad y revisión; por el contrario, se restringía a dar prescripciones sobre plazos y silencios administrativos⁷⁴. El mensaje plantea la preocupación -la cual sigue vigente- que la Administración no responde a los requerimientos de los administrados en forma oportuna; dicha falta de celeridad está dada por procedimientos administrativos lentos en razón de plazos excesivos o indeterminados, provocando que “los proyectos no se ejecuten, por desistimiento de los interesados, desaliento o frustración, perdiéndose así puestos de trabajos, impulso económico e ingresos fiscales”. Lamentablemente, la celeridad pretendida es aún una deuda de la Administración para con los ciudadanos. Esta materia se desarrollará con mayor profundidad en los capítulos siguientes.

Como se expuso, previo a la dictación de la LBPA algunos procedimientos administrativos si contaban con una regulación, por tanto, la LBPA puede operar en modo principal o supletorio según si otras leyes han sancionado o no procedimientos administrativos especiales. Además, la ley comentada no tiene fuerza derogatoria respecto de los procedimientos regulados por otras leyes. Con todo, “la índole principialista de la LBPA dificulta su desplazamiento por normas especiales”, de manera que presenta categorías dogmáticas que se superponen a los procedimientos especiales, permitiendo colmar sus

⁷¹ Mensaje del Proyecto de Ley 19.880.

⁷² MORAGA, C. op.cit. p. 147.

⁷³ *Ibid.* p. 151.

⁷⁴ *Ibid.* p. 149.

vacíos. En efecto, “aunque tenga valor supletorio (y no derogatorio), la LBPA se erige en un modelo procedimental del que es difícil que el legislador se aparte”⁷⁵. Habiendo mencionado los antecedentes y fundamentos de la LBPA, corresponde hacer una breve revisión de los contenidos de esta ley. Principalmente me abocaré a 3 temas: la definición de procedimiento administrativo, las etapas del procedimiento y los principios que la rigen

De acuerdo con el art. 18 de la LBPA, el procedimiento administrativo es una “sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tienen por finalidad producir un acto administrativo terminal”. Esta definición introduce una clasificación relevante de los actos administrativos: los actos trámite y los actos terminales. Los primeros son aquellos “actos intermedios cuyo objeto es servir de base a la progresión del procedimiento, a fin de producir un acto terminal”. Por ejemplo, “son aquellos que pueden dar origen al procedimiento administrativo (actuación de oficio); pueden tender a la consecución de una mayor cantidad de información posible o a evitar perjuicios en interesados (solicitud de informes o dictámenes, apertura de un término de prueba, dictación de medidas provisionales), pueden tender a dar curso progresivo a los autos o a salvar errores procedimentales (acumulación o desacumulación de autos, saneamiento de vicios procedimentales) o, finalmente, pueden tener por objeto permitir a los interesados pronunciarse sobre cuestiones conexas antes de que se tome la resolución final”⁷⁶. En cambio, los actos terminales son aquellos que “ponen término al procedimiento, resolviendo las cuestiones sobre las que éste recae, y, por lo tanto, incidiendo en el mundo mediante la creación de reglas, derechos u obligaciones; este el acto administrativo por excelencia, que la ley denomina resolución final”⁷⁷.

Naturalmente, esta distinción es sustancial, pues, conforme con el art. 15 LBPA que consagra el principio de impugnabilidad de los actos administrativos, los actos de mero trámite sólo son impugnables cuando éstos determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión, no así el acto terminal el cual es -en ciertas ocasiones y cumpliéndose los requisitos para su procedencia- impugnabile mediante los recursos administrativos de reposición, jerárquico, el extraordinario de revisión y los demás recursos que señalen las leyes. Esta lógica explica en parte el porqué la doctrina le da tanta relevancia al acto administrativo y su examen de legalidad, ignorando a los actos preparatorios e incluso la omisión misma del acto terminal. Dado que el objeto de la impugnación es la resolución final, sólo a esta se le da relevancia. No obstante, es relevante realizar un análisis respecto a omisiones o vicios en los actos trámite o preparatorios, pues es evidente que, si el

⁷⁵ VALDIVIA, J. op.cit. 251 y 252.

⁷⁶ MORAGA, C. op.cit. p.157.

⁷⁷ VALDIVIA, J. op.cit. p.207.

procedimiento es una secuencia de actos para producir el acto terminal, dicha secuencia debe de ser respetada,⁷⁸ ya que el acto final subsume los efectos jurídicos de todos los actos anteriores a él⁷⁹.

De este carácter secuencial es lógico concluir que una sucesión de actos encaminados a obtener una decisión final debe contar con un orden determinado y de carácter reglado. Así, la LBPA regula etapas pre-definidas de todo procedimiento administrativo que no cuente con regulación propia. Estas etapas son la iniciación, instrucción, finalización y comunicación. Es deber de la autoridad administrativa velar por que no se altere la forma y el orden del procedimiento, aún cuando “la potestad que se ejerza en el contenido del acto terminal sea puramente discrecional, puesto que la libertad decisional no se aplica al procedimiento”⁸⁰. En el capítulo de la revisión de jurisprudencia se desarrollará en mayor profundidad las etapas del procedimiento e importancia.

Por último, de acuerdo con el art. 4 y siguientes de la LBPA, el procedimiento administrativo se encuentra sometido a los siguientes principios: escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad. La inobservancia de ciertos principios tiene directa relación con la procedencia de la inactividad administrativa, operando como verdaderos parámetros a la hora de evaluar el cumplimiento de las obligaciones de la Administración. Desarrollaré aquellos principios en los cuales las cortes se enfocan para condenar la pasividad de la Administración. Estos son:

(i) Celeridad u oficialidad (art. 7). Todo órgano, autoridad y funcionario administrativo involucrado en el procedimiento, tiene el deber de actuar por propia iniciativa en el inicio y prosecución del procedimiento, haciendo expeditos los trámites que debe cumplir el expediente, para así quedar en estado de dictarse una decisión orgánica administrativa. En otras palabras, la celeridad impone a la administración “dar dinámica y agilidad a sus actos” y a los mandos administrativos les grava con el deber de “cumplir sus obligaciones administrativas de forma oportuna”. La demora de la administración en cerrar un procedimiento administrativo afecta de cierta manera el “debido procedimiento administrativo” transformando frecuentemente en inoportuna la decisión administrativa. Por ello, la jurisprudencia explica que cuando la administración recibe cualquier tipo de solicitud, únicamente le cabe actuar, y, más aún, hacerlo con premura y diligencia. En principio la tardanza refleja ineficiencia administrativa que desvirtúa el objetivo del procedimiento mismo y puede tornar inútil o inadecuada la decisión cuando esta salga a la luz⁸¹.

⁷⁸ CASSESE, S. op.cit. p. 250.

⁷⁹ PAREJO, L. op.cit. p. 317.

⁸⁰ MORAGA, C. op.cit. p.158.

⁸¹ MORAGA, Claudio. Anotaciones sobre el procedimiento administrativo según la jurisprudencia de los tribunales chilenos. En Pantoja Bauzá, Rolando (director): Tratado Jurisprudencial de Derecho Administrativo Tomo XIV, Volumen I. Santiago de Chile, Legal Publishing, 2013. pp. 13 y 14.

(ii) Conclusivo (art. 8). Todo acto administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad. En ligamen a este principio se encuentra el principio “non liquet administrativo” (art. 41 inciso 5° LBPA): la administración no debe abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso, aunque podrá resolver la inadmisibilidad de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento. De ello se explica que un procedimiento que no concluye habiéndose reunido las circunstancias que permiten la adopción de una decisión, manifiesta un estado de antijuricidad⁸².

(iii) Inexcusabilidad (art. 14). La administración debe dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla, cualquiera sea su forma de iniciación. Por ende, la facultad de los OAE de instruir y resolver los procedimientos es irrenunciable e impone un deber funcional de decidir, obligación que se extiende tanto a los procedimientos iniciados a solicitud de parte como a los iniciados de oficio. Naturalmente, si la LBPA le impone a los administrados la carga de realizar gestiones útiles para la prosecución del procedimiento, recíprocamente la Administración debe cumplir con el objetivo ulterior de la apertura de un procedimiento, esto es, su cierre por medio de una decisión final. Demorar más allá de lo razonable refleja simplemente una ineficiencia administrativa⁸³.

(iv) Economía procedimental (art. 9). Mediante este principio se pretende que con la aplicación de las normas del procedimiento administrativo se agilicen las decisiones y de esta manera se cumplan en el menor tiempo posible. Así la ley establece que la administración debe responder con eficacia y evitando trámites dilatorios⁸⁴.

Conforme a los fundamentos del procedimiento administrativo, el mensaje de la ley 19.880 y los principios consagrados en esta, la satisfacción de los intereses de los administrados por medio de respuesta oportuna en forma y tiempo, producto de una correcta deliberación regida por etapas, plazos y la exigencia de que tanto los entes administrativos como los interesados aporten información, es el eje central de la actividad formal de los OAE. De manera que una decisión que fue tomada omitiendo ciertos trámites, una tardanza excesiva en la dictación de aquella o meramente su ausencia absoluta, son actitudes que contradicen el principio de servicialidad y legalidad que rige el actuar administrativo, y que, como verá a continuación, son conductas calificables como inactividad de la administración, siendo imperativo encontrar un mecanismo que logre controlar dichas conductas omisivas para asegurar el correcto funcionamiento de la actuación de los OAE.

3. LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

⁸² MORAGA, C. Anotaciones sobre el procedimiento administrativo según la jurisprudencia de los tribunales chilenos. op.cit. pp. 23 y 24.

⁸³ *Ibid.* p. 31.

⁸⁴ CORDERO, L. op.cit. p. 364.

En los capítulos anteriores me he dedicado a desarrollar los fundamentos de la actividad administrativa, además de plantear una tipología de actividad en orden a delimitar el objeto de este trabajo. Naturalmente, al hablar de inactividad administrativa, el concepto debe entenderse en contraposición a la actividad que desarrollan los OAE. En efecto, la RAE define inactividad como carencia de actividad; por su parte, ésta es definida como la facultad de obrar y el conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o actividad, pero también expresa diligencia, eficacia y prontitud de obrar. Este doble alcance implica que la inactividad comprende la falta absoluta y relativa de actividad, es decir, comprende tanto la ausencia total de actividad como la actividad deficiente. Este comportamiento omisivo ciertamente contradice la vocación servicial y la sujeción a la legalidad que caracteriza a la actividad administrativa, y, por tanto, es sustancial extender el control hacia el ámbito de la inactividad, ya que, al igual que un acto que se dicta sin la motivación necesaria o no es emitido por el órgano correspondiente, una administración inerte y deficiente no se condice con el comportamiento normal de los OAE. Atendiendo el contexto nacional actual, el problema por el control de la inactividad se torna especialmente relevante. Un factor que se indica como causante de la crisis social es la inactividad de la administración; son numerosas las demandas por órganos administrativos deficientes, por exigencia de modernidad y eficiencia en los servicios, los que han sido duramente apuntados por los ciudadanos al no dar respuestas oportunas producto de demoras excesivas en atención, como, por ejemplo, las dilaciones excesivas en el pago de las licencias médicas. Así las cosas, nos encontramos en un escenario de cambios y modernización que exige preguntarse por el Estado administrador del siglo XXI⁸⁵.

Como se planteó en un comienzo, la inactividad administrativa no ha sido debidamente desarrollada por la doctrina; el derecho administrativo se ha centrado tradicionalmente en la actividad de la administración, en sus límites y en la tutela de libertad y los derechos patrimoniales del ciudadano frente a ella. El golpe militar de 1973 trajo consigo un cambio radical en la forma de entender la actividad administrativa. Al consagrar constitucionalmente el carácter subsidiario del Estado, la actividad administrativa sólo opera en defecto de la iniciativa privada. De esta forma, la organización administrativa es vista como un aparato puesto al servicio de los agentes privados, por lo que en el ejercicio de sus actividades no puede afectar los derechos de éstos, especialmente los de contenido económico. Así, autores como Eduardo Soto Kloss conciben al Estado como una amenaza permanente de la libertad humana, de manera que el derecho administrativo no es un derecho potestativo, estatutario y en el que primen los intereses públicos por sobre los particulares, sino que un derecho al servicio de las iniciativas privadas⁸⁶. A partir de lo anterior, para la doctrina recién señalada, la omisión como fenómeno no es una amenaza a la libertad como sí lo es la actividad, de manera que el derecho

⁸⁵ LINAZASORO, Izaskun y CORNEJO, Camilo. El derecho a una buena administración pública en las Constituciones a propósito del debate constitucional chileno. En Revista de Derecho Público, 2020 n°93. pp. 51 y 52.

⁸⁶ FERRADA, J. op.cit. p. 105.

administrativo se centró en definir la nulidad de derecho público para aquellas actuaciones ilegales y en consagrar recursos capaces de revisar la legalidad de los actos administrativos. Ciertamente, los planteamientos neoliberales de la actividad pública están siendo abandonados, y la sociedad chilena actual reclama mayores prestaciones por parte del estado que logren cubrir con dignidad sus necesidades, lo cual trae como consecuencia que “el administrado se transmuta en ciudadano exigente, que no sólo se preocupa por defender su propiedad y libertad, sino que también se interesa por exigir el correcto funcionamiento de servicios generales y la recepción de prestaciones materiales concretas”⁸⁷.

En este orden de cosas, la ilegalidad que denotan la lentitud e ineficacia de la administración es una amenaza al estado de derecho que aleja a la administración de los ciudadanos, provocando una deslegitimación de las instituciones. Por eso es necesario buscar una acción que pueda remediar las conductas omisivas antijurídicas en que incurren los OAE e impedir de esta manera que crezca un sentimiento de frustración, indefensión e injusticia institucionalizada⁸⁸.

3.1. CONCEPTO Y TIPOLOGÍA DE LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

En primer lugar, la inactividad se presenta como una modalidad de la “mala administración” - *maladministration*, de origen anglosajón-. En un sentido amplio, constituye mala administración toda conducta activa o pasiva que no satisfaga las exigencias constitucionales, tales como el principio de servicialidad y legalidad. Es un concepto que aglutina inicialmente un conjunto de conductas administrativas activas y pasivas cuya validez formal no puede contrastarse adecuadamente a través de los cauces ordinarios de control de la actividad administrativa, bien porque no sea posible emplazarlas ante las instituciones de control, bien porque la actuación de éstas resulte ineficaz. La noción tiene, por tanto, un carácter marcadamente reaccional y se ubica en la problemática del control de la actividad administrativa y la garantía del particular frente a sus acciones u omisiones disconformes al ordenamiento jurídico⁸⁹. Así, es posible agrupar las conductas de mala administración en torno a dos grandes categorías: (i) toda actuación administrativa ilegal, sea de naturaleza jurídica o material. Se trata no solo de comprobar el cumplimiento de los requisitos formales, sino también de verificar que se cumplen los objetivos señalados por el ordenamiento; (ii) Toda omisión de actividad, jurídica o material, legalmente debida por la administración. Esta es precisamente la inactividad administrativa⁹⁰.

Por su parte, la inactividad debe definirse a partir de la constatación de una (i) omisión por la Administración de cualquier actividad, jurídica o material, (ii) existencia de un deber legal de actuar;

⁸⁷ TORNOS MAS, Joaquín. La nueva acción frente a la inactividad administrativa del artículo 29 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1988. Especial referencia a su ámbito objetivo. En *La Justicia Administrativa. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*. María Jesús Montoro (Coor.) España, Atelier, 2003. p. 427.

⁸⁸ GOMEZ, M. op.cit. p. 61.

⁸⁹ *Ibid.* p. 55.

⁹⁰ *Ibid.* p. 62.

(iii) contenido posible del deber legal⁹¹. Luis Cordero afirma que la inactividad, para que sea jurídicamente controlable, requiere de ciertos presupuestos, ya que la mera omisión no es por sí misma objeto de medida judicial. Es indispensable que esté asociada a la existencia de un derecho personal a exigir a la administración una prestación concreta. Por tal motivo, para que el control judicial sea procedente es necesario: (i) la existencia de una obligación de la administración de realizar una prestación generada por una norma, acto o contrato administrativo; (ii) que esa obligación constituya derechos a favor de una o varias personas determinadas que puedan exigir esa prestación⁹². Ahora bien, dado que este trabajo se centra en el recurso de protección como contencioso administrativo para controlar la inactividad, cabe analizar los presupuestos de procedencia del control judicial de inactividad propuestos por la doctrina a la luz de los supuestos de procedencia del recurso de protección. Ciertamente será necesaria la vulneración de un derecho fundamental provocada por una omisión ilegal y arbitraria, pero ¿será la omisión a un deber legal suficiente para hablar de inactividad?, ¿cuáles son los criterios que la Corte configura para controlar la inactividad de los entes estatales? Claramente son preguntas que deberán desarrollarse al momento de realizar el análisis jurisprudencial.

Atendiendo a la definición clásica de la inactividad - omisión de actividad, jurídica o material, legalmente debida por la administración y de un contenido posible de realizar- esta se puede clasificar de la siguiente forma:

(i) Inactividad formal. La falta de realización por la administración de una declaración jurídica que resulta legalmente debida. Por la naturaleza de la declaración jurídica omitida, la inactividad formal presenta las siguientes variantes:

- (i.i) Inactividad formal normativa, cuando la administración falta al deber legal de dictar normas o disposiciones de carácter general; esto es, se trata de la inactividad reglamentaria.
- (i.ii) Inactividad formal convencional, cuando la pasividad se refiere al desarrollo de actividades de concertación, ya porque la administración falte a un deber legal de concurrir con otro sujeto o sujetos a la formación de una declaración jurídica de alcance plurilateral, ya porque su actitud pasiva en el marco de la relación convencional sea contraria a la causa o interés público que fundamenta dicha relación.
- (i.iii) Inactividad formal singular o procedimental, que consiste en la no formulación de una declaración unilateral de voluntad, juicio, conocimiento por la falta de ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria. Se califica de singular por venir referida normalmente al concreto ejercicio de una potestad, a la producción de un acto administrativo para una situación jurídica singular o concreta.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² CORDERO, L. *op.cit.* p. 628.

(ii) Inactividad material. Se define a partir de la omisión o falta de realización de una actividad técnica, material o física de trascendencia externa a la administración⁹³.

Tal como se explicitó en el capítulo segundo, esta investigación se centrará únicamente en el fenómeno de la inactividad formal, en específico, la inactividad formal reglamentaria y la formal singular o procedimental, siendo esta última la parte medular del presente trabajo. Por último, cabe hacer presente que, al igual que la actividad administrativa, las clases de inactividad no son categóricas y muchas veces pueden sobreponerse. Así, la falta de iniciación de un procedimiento puede deberse a la omisión de un hecho más bien material (v.g. que un funcionario no entregue un formulario necesario para tramitar una solicitud), sin embargo, no es del todo necesaria una clasificación estricta para estudiar el fenómeno del control de la inactividad por medio del recurso de protección, sino más bien las delimitaciones que realizan las Cortes para controlar los supuestos de omisión, a saber, el tipo de potestad que se ejerce, la consagración del deber legal omitido y el derecho fundamental vulnerado.

3.2. LA INACTIVIDAD FORMAL EN ESPECÍFICO: DELIMITACIONES PREVIAS AL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.2.1. Inactividad reglamentaria

Conforme a la doctrina, para que proceda una inactividad reglamentaria susceptible de control se exige:

(i) Existencia de un deber normativo de dictar una disposición. De ello se desprende que la inactividad puede proceder únicamente en casos de remisión de la ley a una normativa ulterior cuya elaboración y aprobación se le encomienda a la Administración; (ii) Se traten de disposiciones de carácter general, excluyendo, según la doctrina, los actos administrativos particulares.

Por tanto, el control de la inactividad reglamentaria tendrá lugar cuando resulta legal o constitucionalmente debida la dictación de una disposición de carácter general por la Administración y esta no lo hace, comprendiendo de esta forma sólo la potestad reglamentaria de ejecución. Se debe excluir del análisis a la actividad política o legislativa,⁹⁴ ya que, en el marco de la actividad administrativa, esta atribución de poderes normativos se explica para asegurar la ejecución y cumplimiento de las leyes, necesidad que se acrecienta ante la ampliación y complicación técnica de los fines estatales. Sin embargo, lo complicado de configurar una inactividad reglamentaria es determinar el carácter debido de esta potestad, puesto que su ejercicio goza de amplios criterios de libertad, lo cual dificulta el control de este fenómeno omisivo. De todas formas, el ejercicio de la potestad reglamentaria para la ejecución de las leyes no es completamente discrecional o facultativo, sino que constituye un

⁹³ GÓMEZ, M. op.cit. 123 y 124.

⁹⁴ GÓMEZ, M. op.cit. p. 244.

deber a cargo de la Administración siempre que la efectividad y aplicabilidad de la ley dependan del complemento reglamentario y cuando, con mayor razón es la propia ley quien encarga dicho desarrollo normativo⁹⁵. Ahora, como se ha mencionado previamente, en la práctica el control de la inactividad reglamentaria por medio del recurso de protección no ha tenido éxito, ya que el hecho de no dictar un reglamento revela una decisión respecto de la oportunidad de dictación, a la cual subyace un elemento fuertemente discrecional que usualmente se estima inmune ante el control judicial. De todas formas, analizar las razones por las cuales las Cortes rechazan los recursos de protección en esta materia, en comparación a los argumentos esgrimidos por la jurisprudencia para acoger recursos de protección respecto en casos de inactividad formal singular, es un ejercicio útil para delimitar de mejor manera los supuestos de procedencia de la acción para estos casos.

3.2.1 Inactividad formal singular o procedimental

Como se definió previamente, este tipo de inactividad se produce por la falta de ejercicio de una potestad distinta de la reglamentaria, y que tiene lugar en el contexto de un procedimiento administrativo. Toda inactividad singular puede conectarse bien a la falta de incoación o iniciación, a defectos en la tramitación o impulso, a la ausencia de una resolución o no terminación de un procedimiento administrativo. El estudio de este tipo de inactividad no consiste tanto en la omisión de un acto concreto, cuanto en la omisión de un acto sin más, esto es, no recae sobre cuestiones sustantivas de fondo (la pretensión), sino que en cuestiones adjetivas de forma (el ejercicio de la potestad legalmente debida, cualquiera sea la respuesta dada a aquella pretensión)⁹⁶. En el capítulo de revisión jurisprudencial, se verán casos de inactividad en cada etapa del procedimiento administrativo, esto es, su inicio, instrucción y finalización.

Al contrario de la inactividad reglamentaria, la experiencia jurisprudencial respecto al control de omisiones dentro del procedimiento administrativo por medio del recurso de protección es bastante más extensa. Considerando este hecho, es dable concluir que, en primer lugar, la administración vulnera derechos fundamentales con mayor frecuencia y en mayor medida al incurrir en omisiones dentro del procedimiento administrativo, y, en segundo lugar, pareciera que nuestro ordenamiento jurídico no contempla una acción adecuada que ordene a la administración a realizar determinada actuación dentro del procedimiento.

Además, ciertamente las omisiones dentro del procedimiento implican que los plazos establecidos en la LBPA no están siendo cumplidos, como tampoco los principios de celeridad y conclusivo, entre otros. He de recordar que la principal aspiración de la ley 19.880 era responder a los requerimientos de los

⁹⁵ *Ibíd.* p. 311.

⁹⁶ *Ibíd.* p. 404.

administrados en forma oportuna, introduciendo plazos y consagrando el silencio administrativo para lograr su cometido; no obstante, la problemática por la falta de celeridad sigue vigente y los administrados optan por una acción fuera de la LBPA para enfrentarse a situaciones de dilación excesiva. Cierta doctrina plantea que el principal problema es que, salvo texto legal en contrario, los plazos que la ley establece para la administración no son fatales, lo cual es una postura aceptada por la CS, la jurisprudencia de la Contraloría General de la República (CGR) y la unanimidad de la doctrina del derecho administrativo (salvo Alejandro Vergara Blanco)⁹⁷. El fundamento detrás de la no fatalidad de los plazos es que el interés público que subyace al ejercicio de una potestad no puede verse sacrificado por el incumplimiento de un plazo. En efecto, en el Mensaje del Proyecto de la Ley 19.880, se lee: “para el cumplimiento de sus fines, la Administración no puede concebirse, en principio, como supeditada a un plazo determinado, más allá del cual la Administración se vería impedida de actuar. Ello derivaría en un perjuicio del interés general, que exige que cada vez que las circunstancias lo hagan necesario, la Administración provea adecuada y oportunamente a la solución de las necesidades públicas. De ahí que se concluya que requerida legalmente a prestar un servicio que la ley ha puesto a su cargo, la Administración no puede válidamente negarse a actuar, no otorgándolo a pretexto de que haya transcurrido el plazo dentro del cual debió responder al requerimiento de que fue objeto; en este caso, su obligación de actuar no puede encontrarse sujeta a prescripción. (...) La exigencia de un plazo tiene una finalidad conducente a la implantación de un buen orden administrativo. Luego, cada vez que la administración no cumpla una obligación dentro del plazo fijado, se atenta contra este buen orden (...) De este modo, por regla general, el incumplimiento del plazo no tiene otra consecuencia que la de motivar la adopción de medidas correctivas y sancionatorias respecto de los funcionarios responsables de alterar dicho orden”.

De todas formas, la CS, en materia de procedimiento sancionatorios, ha sostenido que el incumplimiento de los plazos no puede irrogar una dilación indebida ni someter a los ciudadanos a procedimientos que excedan los plazos que la propia autoridad administrativa tiene para ejercer sus propias facultades. Por tanto, “si bien los plazos en derecho administrativo no son fatales, tampoco pueden ser infinitos, aun cuando la ley nada establezca al respecto”⁹⁸. Es por ello que nuestro ordenamiento jurídico contempla dos instituciones capaces de enfrentarse a las dilaciones excesivas: el silencio administrativo y el decaimiento del procedimiento administrativo. Como se verá a continuación, si bien son una herramienta útil para el administrado, son insuficientes para controlar la inactividad en cada fase del procedimiento administrativo, además de ser incapaces de satisfacer los intereses primarios del ciudadano, por ende, no son una solución efectiva al problema de las dilaciones

⁹⁷ VERGARA BLANCO, Alejandro. La batalla contra las demoras excesivas en los procedimientos administrativos. Derribando el mito de la inexistencia de plazos fatales para la administración. En Soto Kloss, Eduardo (coord.): El Derecho Administrativo y protección de las personas. Libro homenaje a 30 años de docencia del profesor Ramiro Mendoza en la PUC. Santiago, Ediciones UC. p. 167.

⁹⁸ CORDERO, Luis. Los plazos no son fatales, pero tampoco infinitos. El Mercurio Legal, 28 de abril de 2014.

excesivas, es más, pueden llegar a aumentar aún más los tiempos en la tramitación de una solicitud de carácter administrativa. Lo anterior nos permite concluir con mayor seguridad que el recurso de protección, a pesar de las críticas, es un mecanismo que le permite al administrado controlar las dilaciones dentro del procedimiento administrativo en orden a obtener una pronta respuesta a sus requerimientos.

3.3. MECANISMOS PARA CONTROLAR LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN CONTEMPLADOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Según Sandra Ponce de León, en nuestro ordenamiento jurídico prevalecen dos sistemas fundamentales para impugnar las omisiones en que incurra la administración: (i) a través de un recurso contencioso-administrativo para obtener la declaración de un derecho en caso de que la Administración no se haya pronunciado al respecto, mediante la acción de mera certeza, o (ii) estableciendo las presunciones de voluntad administrativas, otorgando valor jurídico al silencio de la Administración. Este último caso se encuentra tras disposiciones legales, como por ejemplo, en los artículos 64 y 65 de la LBPA que consagran el silencio positivo y negativo, o el artículo 151 de la Ley Orgánica Municipal, que regula el reclamo de ilegalidad municipal frente a omisiones de la administración comunal⁹⁹.

Me detendré en el segundo sistema mencionado, esto es, el silencio administrativo. Además, agregaré al esquema la institución del decaimiento del procedimiento administrativo, que, de cierta manera, opera bajo la misma lógica del silencio administrativo: se trata de una reacción frente a dilaciones excesivas dentro de un procedimiento administrativo. Respecto al reclamo de ilegalidad municipal por omisiones, a pesar de su consagración legal, la literatura y la jurisprudencia es prácticamente nula al respecto, por lo que decidí excluirlos del ámbito del estudio. Misma decisión he tomado sobre la acción de mera certeza, ya que esta no es propiamente un verdadero contencioso administrativo, pues se le pide al tribunal que actúe como un verdadero legislador y dictaminador de la Administración¹⁰⁰, por lo que la discusión sobre su naturaleza y ámbito de operatividad escapan de los límites de este trabajo.

3.3.1 Silencio administrativo

El silencio administrativo puede definirse como la falta de pronunciamiento en el plazo debido, por parte de la Administración, acerca de una cuestión sometida a su conocimiento a través de un

⁹⁹ PONCE DE LEÓN, Sandra. Jurisdicción Contencioso-administrativa. El control de la administración por los tribunales ordinarios y especiales. Santiago de Chile, DER Ediciones, 2019. p. 34.

¹⁰⁰ VERGARA, Alejandro. Acciones de mera certeza y atribuciones de la Contraloría. El Mercurio. Santiago, 6 de enero de 2017.

procedimiento administrativo, que produce los efectos previstos por el propio ordenamiento jurídico¹⁰¹, esto es, aprobando la solicitud (silencio positivo) o denegándola (silencio negativo).

Respecto a su naturaleza jurídica, la mayoría de la doctrina reconoce que es una ficción legal que se crea producto de la falta de resolución dentro de plazo. De este modo, opera como una garantía para el ciudadano, ya que, al dictar una resolución ficta, aquel tiene el derecho de impugnar ésta, por lo que no queda en un estado de indefensión e incerteza absoluta. Esta resolución ficta, más que un modo de terminación de procedimiento administrativo, suple a la resolución que se hubiera dictado si la Administración hubiese actuado dentro de plazo, surtiendo aquella los mismos efectos que ésta, de manera que el particular pueda obtener un pronunciamiento sobre su pretensión, cuando el órgano administrativo llamado a resolver se muestre renuente a cumplir su obligación¹⁰².

Nuestro ordenamiento contempla dos tipos de silencio administrativo, consagrándolos en los artículos 64 y 65 de la LBPA. Haciendo una breve explicación, se aplicará el silencio positivo respecto de solicitudes que hayan originado un procedimiento, y, aplicará el silencio negativo cuando el procedimiento consista en: (i) una solicitud que afecta al patrimonio fiscal; (ii) cuando la administración actúa de oficio; (iii) en revisiones o impugnaciones de actos administrativos; (iv) cuando se ejerce el derecho de petición. En la LBPA, el silencio positivo constituye la regla general en el procedimiento administrativo y, si un procedimiento especial no contempla reglas sobre el silencio, procederá su aplicación. No obstante, la CGR ha mencionado que el silencio positivo sólo procede cuando la naturaleza del procedimiento lo permite¹⁰³.

Ahora, para que el silencio positivo opere, se deben cumplir los siguientes requisitos: (i) que transcurra el plazo que la ley establece para resolver una solicitud que haya originado el procedimiento, sin que la Administración se hubiere pronunciado sobre ella; (ii) el interesado debe acudir ante la autoridad que debía resolver el asunto correspondiente, requiriéndole un pronunciamiento acerca de su solicitud; (iii) la autoridad deberá otorgar un recibo de la denuncia efectuada por el interesado y elevar copia de dicha denuncia a su superior jerárquico; (iv) si la autoridad que debía resolver del asunto no se pronuncia dentro del término de 5 días contados desde la recepción de la denuncia, operará el silencio positivo, entendiéndose aceptada la solicitud del interesado¹⁰⁴. Por tanto, el permiso, autorización o aprobación para el ejercicio del derecho se entiende tácitamente concedido por la Administración. De esta manera, el silencio positivo le concede al interesado la facultad de ejercer su derecho sujeto a autorización sin

¹⁰¹ BOCKSANG HOLA, Gabriel. El silencio administrativo en el derecho chileno. En su: Procedimiento administrativo y contratación pública: estudios a diez años de la entrada en vigencia de las leyes No. 19.880 y No. 19.886, Santiago, Thomson Reuters, 2013. p.39.

¹⁰² CORDERO, L. op.cit. p. 286.

¹⁰³ BERMÚDEZ, J. op. cit. p. 212.

¹⁰⁴ *Ibíd.* p.214.

que la Administración pueda colocar trabas que condicionen su ejercicio¹⁰⁵. Por otro lado, para que opere el silencio negativo, además de tener que estar en presencia de alguna de las situaciones expresadas anteriormente, el art. 65 de la LBPA agrega que el interesado podrá pedir que se certifique que su solicitud no ha sido resuelta dentro de plazo legal. El certificado se entrega sin más trámite, entendiéndose que desde la fecha en que ha sido expedido empiezan a correr los plazos para interponer los recursos que procedan. En la práctica se ha dado que la Administración evita otorgar el certificado que dé cuenta de que el silencio administrativo ha operado, dejando al interesado en una situación no prevista, ya que no existirá pronunciamiento, ni tan siquiera ficto, sin poder recurrir a las vías impugnatorias. Frente a ello, en algunos casos los interesados han logrado que por la vía de un atestado notarial se certifique la ausencia de resolución.¹⁰⁶

Por consiguiente, el silencio administrativo es una herramienta que combate la inactividad formal de la administración en su etapa resolutoria, cuando debe dictar una resolución que ponga término al procedimiento, pronunciándose sobre el fondo de la solicitud, esto es, aprobando o denegando esta. Por ende, lógico es concluir que se debe descartar el silencio como método de control sobre las etapas previas del procedimiento, como la iniciación, instrucción, solicitud de informes o prueba.

Ahora bien, podría pensarse que, si bien hubo una inactividad de la administración, esta se subsanó en virtud de la ficción legal, por lo que en principio no puede alegarse una falta de resolución si legalmente procede la aplicación del silencio administrativo. Si este criterio es correcto, entonces ¿nunca habría inactividad formal, ya que será posible activar la institución del silencio? Para responder esta pregunta cabe averiguar los problemas que presenta esta institución y si existen situaciones de pasividad formal en que el administrado queda igualmente en una situación de indefensión producto de una inactividad “mal controlada” o si sería más conveniente optar por otro tipo de solución antes que solicitar el silencio.

3.3.2. Problemas que presenta el silencio administrativo para controlar la pasividad de la Administración.

De la sola lectura de los art. 64 y 65 LBPA pareciera que la regla general es el silencio positivo¹⁰⁷, mas, en la práctica, la situación es la contraria (y bien, son cuatro las situaciones en las que procede el silencio negativo)¹⁰⁸. Lo anterior equivale a validar la inactividad de la administración no imponiendo ningún efecto o sanción a su desidia. Una alternativa que aparece frente a este tipo de casos, propuesta por gran

¹⁰⁵ CORDERO, L. p. 288.

¹⁰⁶ BERMUDEZ, J. op cit. p.214.

¹⁰⁷ Los profesores BERMUDEZ y VALDIVIA mencionan en sus respectivos manuales de derecho administrativo que la regla general es el silencio positivo.

¹⁰⁸ LARA ARROYO, Jose Luis y SCHNEIDER BRANDES, Antonia. Nuevas tendencias del Procedimiento Administrativo en Chile e Iberoamérica: Propuestas frente a una nueva forma de gobernar y administrar el Estado. En Revista de Derecho Público, 2018. p.26.; y también BOCKSANG, G, op.cit. p.47.

parte de la doctrina, es la responsabilidad del funcionario al que se le imputa el retraso producto de la infracción de los plazos legales y que ha causado la inactividad. En efecto, según los profesores Valdivia y Blake, ésta ha sido la manera tradicional de enfrentar el retraso administrativo en el derecho chileno¹⁰⁹. Esta solución me parece criticable por el siguiente motivo: la responsabilidad aludida corresponde a una responsabilidad disciplinaria, comúnmente llamada “responsabilidad administrativa”. Esta surge como consecuencia de la inobservancia de los deberes funcionarios por parte de los funcionarios y que perjudicó el buen funcionamiento de la administración. En el régimen general de los empleados públicos se contemplan dos tipos de procedimiento: el sumario y la investigación sumaria (que es, comparativamente, un procedimiento abreviado). Las medidas disciplinarias o sanciones aplicables son: censura, multa, suspensión y destitución. Estas no persiguen reprochar a un funcionario o representarle sus malas acciones, sino también, corregir el funcionamiento mismo del aparato administrativo; por ende, más que ser herramientas meramente punitivas, integran los medios de gestión del organismo público en sí mismo¹¹⁰. Como se aprecia, la responsabilidad disciplinaria no es un mecanismo apto que permita “activar” a la administración; ninguna de las medidas contempladas permite condenar al funcionario o al órgano a cargo a dictar resolución de término. Claramente se podrían apreciar mejoras en el funcionamiento del órgano a futuro y, en cierta medida, le entrega un mensaje positivo a la comunidad, sin embargo, el administrado permanece en una situación de incertidumbre respecto de su solicitud irresuelta, como también permanece indefenso frente a un actuar ilegal y arbitrario de la administración. Lo que pretendo demostrar es la necesidad de optar por una acción que efectivamente “ponga en movimiento” a la Administración, la cual es ajena a la idea de tener que recurrir a una denuncia y que posteriormente se decida instruir una investigación sumaria y así obtener la responsabilidad del funcionario.

En segundo lugar, son varios los autores que han expresado su preocupación respecto de la necesidad de la certificación que debe emanar de la Administración para que el silencio surta sus efectos. Jorge Bermúdez esbozó la idea que son contados los casos en que un órgano administrativo ha llegado a aplicar dichas normas, ya que, al menos desde la perspectiva de la Administración, “es mejor una mala resolución antes que una resolución ficta”¹¹¹. Por otra parte, Gabriel Bocksang expresó que, desgraciadamente, si la Administración “no resolvió oportunamente la cuestión sobre que versaba el procedimiento, es perfectamente posible que tampoco lo haga respecto de la certificación; en tal supuesto, se produce una situación incómoda que la propia Contraloría no puede subsanar, sólo pudiendo remitirse a instruir a la autoridad ‘para que efectúe sin más trámite la certificación requerida,

¹⁰⁹ VALDIVIA OLIVARES, José Miguel y BLAKE BENITEZ, Tomás. El decaimiento del procedimiento administrativo sancionador ante el derecho administrativo. En *Estudios Públicos*, 2015, n°138. p.96.

¹¹⁰ VALDIVIA, J. op.cit. pp. 135-136.

¹¹¹ BERMUDEZ, J. op.cit.p.211.

adoptando, asimismo, las medidas para hacer efectivas las eventuales responsabilidades administrativas que puedan concurrir en la especie”¹¹².

En tercer lugar, cierta parte de la doctrina ha identificado las siguientes consecuencias nocivas que produce una mayor aplicación del silencio negativo por sobre el positivo: (i) Respecto del régimen de impugnaciones, más que propugnar la celeridad en la tramitación procedimental, lo que ocurre es un desplazamiento del problema de una autoridad administrativa a otra, pues el particular no se conformará con una respuesta negativa automática¹¹³. Es más, existe jurisprudencia de la Tercera Sala conociendo un recurso de casación en el fondo respecto de un reclamo de ilegalidad municipal, en que la cuestión debatida recae en la aplicabilidad del silencio negativo o positivo¹¹⁴. La municipalidad reclamada no resolvió un procedimiento de invalidación de un decreto por el cual no se renovó la patentes de alcoholes. La administrada solicitó que se certificara que concurría el silencio positivo, sin embargo, la municipalidad aplicó el silencio negativo. Si bien el municipio aplicó correctamente la ley y el recurso de casación en el fondo fue rechazado, y este no se trata de un caso de desplazamiento de una autoridad administrativa a otra, el fallo da cuenta que efectivamente el particular no se conformará con una respuesta negativa, llegando incluso a la Corte Suprema y esperando aproximadamente cinco años para obtener algún tipo certeza respecto de su solicitud. (ii) Respecto de la finalidad de la actividad de la Administración, el silencio administrativo constituye una anomalía ya que con él se infringe el principio de servicialidad contenido en el art. 1 inciso 4 de la CPR, al no verificarse una actuación tendiente a la satisfacción de la necesidad pública correspondiente. Esta omisión vulnera el principio básico de la servicialidad de la Administración, que establece la obligación del OAE de mantenerse en funcionamiento permanente, efectuando, en la ocasión precisa, las prestaciones que la ley le encomiende, dándole adecuada, oportuna y necesaria respuesta a los administrados¹¹⁵. (iii) Es algo excesivo pretender sustituir íntegramente, mediante una ficción de acto, todo el “aporte” que se espera de la Administración en la delimitación del contenido exacto del acto administrativo, pues cabe ponderar una serie de antecedentes de diversa naturaleza¹¹⁶. En una línea similar, una posible falta de motivación del acto puede atentar contra el ejercicio de una impugnación expedita, pues al reclamarse contra la decisión que resultó del silencio, el órgano que haya de conocer el recurso no tendrá como base ninguna discusión ni fundamentación del órgano que debió emitir el fallo, por tanto, aparece como relevante la correcta ponderación de antecedentes.

¹¹² BOCKSANG, G. op.cit. p. 43.

¹¹³ *Ibíd.* p.47.

¹¹⁴ “Cassis Tuoma con Municipalidad de Santiago”. Corte Suprema, 10 de junio de 2019, Rol 10.122-2019.

¹¹⁵ CORDERO, L. op.cit. p.283.

¹¹⁶ VERGARA BLANCO, Alejandro. Eficacia, normativa, transparencia y (nuevo) fracaso del silencio positivo en la ley de bases del procedimiento administrativo. En Bocksang, Gabriel y Lara, Jose Luis (coor): Procedimiento administrativo y contratación pública: estudios a diez años de la entrada en vigencia de las leyes No. 19.880 y No. 19.886, Santiago, Thomson Reuters, 2013. pp. 282-284.

En otro orden de ideas, el profesor William García menciona dos razones para estimar que el silencio positivo es perjudicial para el propio solicitante¹¹⁷: (i) La incertidumbre del administrado. Con la mera constancia de la inactividad, por mucho que la ley le dé el mismo valor que a un acto administrativo según el art 66 LBPA, ni el solicitante ni los terceros sabrán cuál es el alcance de la actividad económica que se persigue. (ii) Si el silencio ha operado con carácter “positivo”, el particular no tiene una justificación para acudir a la sede judicial. Incluso si pudiera llevar su caso ante un juez, ¿qué podría ordenar este, si el silencio positivo tiene el mismo valor que un acto administrativo estimatorio? Luego, menciona las ventajas que presenta el silencio negativo: “presumir una decisión negativa produce más certezas porque conserva el statu quo: no innova en la condición jurídica del particular ni de terceros. Además, el silencio negativo autorizará para acudir a la sede judicial: el agravio queda probado por la sola certificación del silencio negativo. Ello permitirá adicionalmente discutir con la Administración las razones de la tardanza de forma transparente”. Concluye que adoptar el silencio como solución general (en vista que esta ha sido la solución por la que está optando la normativa sectorial) a la inactividad de la Administración, “en lugar de beneficiar al particular solicitante, puede generar incerteza y dificultar el acceso a la justicia, con perjuicio al interés del propio interesado, pero también al interés de los terceros y al interés público”.

Mediante la lectura de las críticas doctrinarias recientemente esquematizadas, se puede concluir que la institución del silencio, en ciertos casos, deja al administrado en una situación de indefensión, tanto por la espera necesaria para la certificación del silencio, frente a lo cual el OAE puede mantener aún su inactividad, como también por la dificultad que implica impugnar una resolución con la que el Administrado no se conforma. Por tanto, aún cuando sea posible gatillar la institución del silencio, la inactividad, considerando esta además como una hipótesis de mala administración, permanece. De ello resulta necesario plantear la posibilidad de otro mecanismo capaz de cumplir con los estándares de una tutela judicial efectiva que enfrente las ilegalidades y arbitrariedades que representa la inactividad de la Administración.

3.3.3 Decaimiento del procedimiento administrativo

A diferencia del silencio administrativo, que tiene reconocimiento normativo en la LBPA, el decaimiento del procedimiento administrativo es una solución jurisprudencial. La aplicación de ésta tiene su origen en un fallo de diciembre del 2009, donde la Excma. Corte Suprema afirmó que, cuando un organismo administrativo que instruye un procedimiento administrativo sancionador demora la formulación de cargos, la notificación de estos, la resolución de la sanción administrativa o la eventual

¹¹⁷ GARCÍA, William. Sobre el valor del retardo administrativo: contra el silencio positivo. El Mercurio Legal. Santiago, 1 de febrero, 2019.

resolución del recurso¹¹⁸, pero sin alcanzar el plazo de prescripción, da origen a el decaimiento del procedimiento administrativo¹¹⁹. De esta manera, el decaimiento opera como una reacción frente a dilaciones excesivas en la tramitación del procedimiento administrativo sancionador -aunque bien, la jurisprudencia se ha proyectado incluso fuera del campo sancionatorio, como al procedimiento de cobro de impuestos-, insertándose en el listado de remedios que el derecho administrativo provee frente a la inactividad de la administración¹²⁰.

¿Cuáles son los criterios que exige la jurisprudencia para que proceda el decaimiento? Reiteradamente, la CS se sustenta en la regla del art. 53 LBPA que establece un plazo de dos años para que la Administración pueda invalidar sus actos. Por tanto, el plazo razonable de conclusión del procedimiento sancionatorio no es otro que el de dos años. En ciertos casos, una vez que la CS constata el transcurso en exceso de dicho plazo, declara la procedencia del decaimiento¹²¹. Ahora bien, la CS se encarga en puntualizar que no cualquier dilación en la dictación de un acto terminal conlleva a su decaimiento, sino que sólo la que es excesiva e injustificada. De esta manera, la Tercera Sala ha rechazado un recurso de protección donde se alega la procedencia del decaimiento por dilaciones que superan el plazo de 2 años del art. 53 LBPA, argumentando que no basta el mero transcurso del tiempo: “el eje esencial se relaciona con la falta de eficacia del acto en virtud de la demora en la decisión afectando el contenido jurídico del procedimiento administrativo, transformándolo en abiertamente ilegítimo, determinando que, producto del tiempo excesivo transcurrido, éste se torna inútil”. Luego la CS agrega que no se verifican las exigencias expuestas, “toda vez que no se constata una paralización injustificada del procedimiento administrativo, y la demora en su conclusión se justifica en relación al número de funcionarios involucrados, la cantidad de permisos de Edificación que originan los cargos y las diligencias probatorias que fueron decretadas” (considerando quinto).¹²² Lo anterior demuestra que la procedencia del decaimiento es bastante casuística.

La aplicación del decaimiento a los procedimientos administrativos sancionatorios suscitó críticas por cierta doctrina. Según el profesor Luis Cordero, no era procedente aplicar la teoría del decaimiento, ya que históricamente esta figura operaba sobre el acto administrativo mismo, por ende, habría una desnaturalización de la institución del decaimiento. Originalmente, el acto administrativo “decae” cuando desaparecen los presupuestos de hecho y/o de derecho que movieron a la administración a

¹¹⁸ A partir del año 2016 la CS ha acotado los ámbitos de aplicación del decaimiento del procedimiento sancionador a las etapas previas a la dictación del acto terminal, dejando fuera la etapa recursiva del procedimiento sancionador. Ver: CORDERO, Luis. Las vueltas del decaimiento del procedimiento administrativo sancionador. *El Mercurio Legal*. Santiago, 30 de marzo de 2016.

¹¹⁹ CORDERO VEGA, Luis. El decaimiento del procedimiento administrativo sancionador. *Comentarios a las sentencias de la Corte Suprema del año 2010*. En *Anuario de Derecho Público UDP*, 2011, p.243.

¹²⁰ VALDIVIA, J. y BLAKE, T. *op.cit.* p.95.

¹²¹ “CM Antofagasta SA. Con Superintendencia de Salud” Corte Suprema, 18 de marzo de 2021, Rol 95.140 -2020.

¹²² “Reyes Tapia, Francisco con Zarhi Troy, Andrés” Corte Suprema, 9 de octubre de 2020, Rol 97.284-2020.

dictarlo¹²³. Según Cordero la verdadera intención de la CS al expandir la figura del decaimiento del acto a el procedimiento sancionatorio era resolver un problema de política pública: “lo intolerable que resulta para un administrado estar sujeto indefinidamente en el tiempo a la ausencia de resolución de un procedimiento administrativo que le puede imponer un acto de gravamen como la sanción”. Sin embargo, la aplicación del decaimiento es prácticamente contraria con los fines del derecho administrativo sancionador, donde es esencial el proceso de ejecución y la aplicación de la ley¹²⁴. De manera similar, conforme a Valdivia y Blake, quienes realizaron un vasto análisis de casos de la materia, señalan que el “decaimiento operaría como una especie de indignidad para ejercer un determinado derecho o potestad, provocada precisamente por la culpa de la administración...con la consecuencia de que el ‘castigo’ no recaerá sobre la administración, sino sobre el interés general, que se ve desprovisto de una importante herramienta de ejecución de la ley”¹²⁵. Además, “el decaimiento del procedimiento sancionador opera una sanción a la tardanza excesiva en su tramitación. Sin embargo, esa sanción no está contemplada en el ordenamiento, de donde resulta que su admisión no puede establecerse judicialmente, máxime cuando implica limitar el ejercicio de potestades públicas que sólo pueden tener fundamento en la ley”¹²⁶. Por consiguiente, esta reacción a la pasividad, si bien le sirve a los intereses del administrado imputado, descuida el interés público envuelto en la potestad sancionadora, pues aquel no sufrirá las consecuencias jurídicas de su conducta¹²⁷.

Es palmario que el principal problema que tienen en común los casos de decaimiento y silencio administrativo recae sobre el incumplimiento de los plazos por parte de la Administración, además de infringir la normativa y los principios que rigen el actuar de los OAE en los procedimientos administrativos. Esto explica la necesidad de optar por un mecanismo capaz de repudiar la conducta ilegal que representa la inactividad formal por parte de la Administración. Por un lado, al aplicar el silencio, la dilación excesiva dentro de la etapa resolutoria del procedimiento se castiga con la presunción de los efectos del acto administrativo¹²⁸, lo cual genera consecuencias nocivas al administrado. Y, tratándose del decaimiento, el transcurso del tiempo implicaría un cambio de circunstancias. Al ser este transcurso excesivo, es un hecho sobreviniente que le resta justificación a la sanción administrativa¹²⁹. Sin embargo, como se expresó anteriormente, adherir a esta teoría dejaría conductas infractoras sin la sanción necesaria, generando consecuencias nocivas al interés general. Me parece necesario precisar que, si bien respecto al silencio administrativo me muestro más favorable al interés del administrado, lo es en razón de una tutela judicial efectiva. Tratándose por ejemplo de un procedimiento sancionatorio

¹²³ CORDERO, L. El decaimiento del procedimiento administrativo sancionador. Comentarios a las sentencias de la Corte Suprema del año 2010. op.cit. p.246.

¹²⁴ Ibid, p. 248.

¹²⁵ VALDIVIA, JM y BLAKE, T. op.cit. p.117.

¹²⁶ Ibid. p.118.

¹²⁷ Ibid. p.119.

¹²⁸ CORDERO, L. El decaimiento del procedimiento administrativo sancionador. Comentarios a las sentencias de la Corte Suprema del año 2010. op. cit. p. 252.

¹²⁹ VALDIVIA, JM y BLAKE, T. op.cit. p. 101.

ambiental, una comunidad puede estar a la espera de que se sancione una determinada conducta contaminante realizada por una empresa. Por ende, dicha sanción se configura como una de las vías por la cual la comunidad víctima de la contaminación puede acceder a la justicia ambiental. En conclusión, creo que es necesario contar con una acción que, por un lado, permita la reacción de los administrados frente a dilaciones excesivas dentro del procedimiento, y, por el otro, permita que la Administración pueda concluir correctamente sus procedimientos sin optar por una de las “formas anormales” que dejan al ciudadano en la incertidumbre y/o descuidan el interés general.

4. EL RECURSO DE PROTECCIÓN COMO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA INACTIVIDAD

4.1. PANORAMA GENERAL DEL RECURSO DE PROTECCIÓN COMO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La necesidad de contar con mecanismos de control de la administración en un Estado de Derecho es innegable, ya que no puede haber actuaciones de la administración que estén exentas de control judicial. En virtud de los artículos 6 y 7 de la CPR, que concretizan lo que cierta doctrina denomina “principio de juricidad”, todo OAE debe someterse al ordenamiento jurídico, en cuanto las acciones que desplieguen deben ser conformes a derecho, y, cualquier contravención al ordenamiento jurídico se sancionará generando las responsabilidades y sanciones que determine la ley. Por tanto, el principio de juricidad contenido en dichos artículos introduce otros dos principios inseparables al primero: la responsabilidad y el control. Así, “el Estado de Derecho reconoce al principio de juricidad como su viga maestra y al control -sobre todo el jurisdiccional- como la garantía del sistema”¹³⁰. A partir de lo anterior, a los jueces les corresponde actuar como instrumentos al servicio de la democracia para limitar los desbordes del poder público, como también les corresponde la tutela de derechos de los administrados¹³¹. No obstante, durante varias décadas el ordenamiento jurídico chileno no contaba con herramientas de control judicial, por ende, el ciudadano no podía acceder a la jurisdicción cuando se veía agraviado por un acto u omisión de la administración. Esto se explica ya que, bajo la Constitución de 1925, la Corte Suprema fallaba que carecía de competencia para juzgar a la administración. Frente a esta situación de indefensión es que en 1972 surge el proyecto de establecer un remedio procesal capaz de darle protección a los ciudadanos frente a los agravios que pueda cometer la Administración: el recurso de protección¹³².

¹³⁰ PONCE DE LEÓN, Sandra. Jurisdicción Contencioso-administrativa. El control de la administración por los tribunales ordinarios y especiales. Santiago de Chile, DER Ediciones, 2019. p. 17.

¹³¹ CORDERO, Luis. Lecciones de Derecho Administrativo, op.cit. p. 612.

¹³² SOTO KLOSS, Eduardo. El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 1982. p. 401.

Hoy, el recurso de protección es incuestionablemente el mecanismo procesal ordinario de control contencioso administrativo; su carácter sumario e informal y la falta de sujeción del tribunal a las reglas estrictas de ponderación de la prueba, entre otros, han generado un incentivo en los litigantes para impugnar la actuación u omisión de los OAE, consolidándose de esta manera como la acción ordinaria contra la administración¹³³. Sin embargo, el recurso de protección no fue creado para cubrir o sustituir a una futura ley de lo contencioso administrativo: autores como Eduardo Soto Kloss o Pedro Pierry escribían en los años setenta sobre las bondades de esta acción, pero siempre teniendo en cuenta que en un futuro se dictaría una ley de lo contencioso administrativo¹³⁴. Lamentablemente, esta aún no es siquiera materia de discusión en el Congreso, por lo que el recurso de protección sigue operando como el contencioso administrativo por excelencia. Lo anterior ha merecido bastantes críticas por parte de la doctrina. Primeramente, dado que para su interposición se requiere la afectación de un derecho fundamental enunciado en el art. 20 de la CPR, se ha hecho una interpretación extensísima de estos para poder darle tutela a situaciones jurídicas desprovistas de protección, lo que ha generado una desnaturalización de ciertos derechos fundamentales, particularmente, de los derechos de igualdad, debido proceso y propiedad. Tratándose del primero, la experiencia jurisprudencial da cuenta de la extensión del derecho de igualdad ante la ley hacia la plena sujeción de la actuación administrativa al principio de legalidad. De esta forma y como se demostrará en el capítulo siguiente, los tribunales realizan una comparación entre el caso concreto y la aplicación ideal de la norma, expresando que casi cualquier inobservancia a la norma jurídica vulnera este derecho, transformándose en una cláusula genérica de juricidad y llegando a controlar incluso a los elementos discrecionales de las decisiones administrativas¹³⁵. Una segunda crítica dice relación con su carácter sumario: el debate en el recurso es en extremo concentrado y no contempla instancias de prueba, lo que hace que el recurso de protección no está diseñado para canalizar decisiones complejas, sino más bien para enfrentar casos sencillos en que, por ejemplo, una ilegalidad aparezca de manifiesto¹³⁶. Debe tenerse presente que “en todos los países del mundo donde existe un contencioso administrativo, éste está dotado de un procedimiento complejo, que contempla diversos recursos y etapas procesales, que conducen a la comprobación por parte del juez de la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos”¹³⁷. Además, la sentencia del recurso de protección produce únicamente cosa juzgada formal, esto es, la inimpugnabilidad de la sentencia firme o ejecutoriada, mas no es irrevocable. Por tanto, el fallo recaído en sede de protección resuelve el asunto de forma provisional, mientras no exista otro fallo posterior que disponga otra cosa en un juicio de lato conocimiento u otro procedimiento pertinente¹³⁸, lo cual, naturalmente, le otorga

¹³³ BORDALÍ, Andrés y FERRADA, Juan Carlos. Estudios de Justicia Administrativa. Santiago de Chile, Legal Publishing, 2008, p. 211.

¹³⁴ PIERRY ARRAU, PEDRO. El recurso de protección y lo contencioso administrativo. En Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1977 n°1. p. 157.

¹³⁵ BORDALÍ, A. y FERRADA, J. op.cit. p. 218.

¹³⁶ VALDIVIA, J. op.cit. p. 425.

¹³⁷ PIERRY, P. op.cit. p.157.

¹³⁸ HENRIQUEZ, Miriam. Acción de protección. Santiago de Chile, DER Ediciones, 2018, p. 45.

una precaria seguridad jurídica al administrado. Por último, debo enunciar uno de los clásicos dilemas del derecho administrativo respecto al control judicial: la sede jurisdiccional no es idónea para replicar el procedimiento decisonal de la administración; los jueces no tienen los conocimientos técnicos necesarios en la toma de decisiones en el ámbito sectorial, ni la información que podría ser relevante para tomarlas, además que los jueces no tienen la misma legitimidad democrática que las autoridades políticas, como tampoco arriesgan responsabilidad política. Por ello, la doctrina está conteste en señalar que la revisión judicial jamás puede conducir a sustituir las decisiones que adopte la administración, y que aquella se debe reducir a verificar que el proceso decisonal se ajuste a derecho¹³⁹.

4.2 CONCEPTUALIZACIÓN Y PRESUPUESTOS DEL RECURSO DE PROTECCIÓN

El recurso o acción de protección se define como “el arbitrio jurisdiccional que establece la constitución para reestablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado cuando algunos de los derechos, taxativamente señalados en el artículo 20, hubieran sido privados, perturbados o amenazados por una actuación arbitraria o ilegal (...) Las principales particularidades de su procedimiento, que ha afirmado la doctrina mayoritaria, son: i. La informalidad; ii. Su carácter inquisitivo, sumario y concentrado, y iii. Que no da lugar a un proceso de carácter contradictorio”¹⁴⁰. Su naturaleza jurídica aún se discute por cierta parte la doctrina. Así, Humberto Nogueira declara que además de ser una acción constitucional es un derecho esencial de la persona humana, que recoge “el derecho a la acción y a la tutela jurisdiccional efectiva ante actos u omisiones arbitrarios o ilegales a través de los cuales una persona sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías expresamente señalados en el artículo 20 de la Carta Fundamental”¹⁴¹. Por su parte, Andrés Bordalí y Juan Carlos Ferrada lo reconocen como “un proceso sumario de tutela urgente de los derechos fundamentales y, específicamente de los derechos señalados en el art. 20 CPR. En este sentido, este proceso pretende hacer realmente efectivo el catálogo de derechos establecidos en el mismo texto constitucional”¹⁴².

Los presupuestos de la acción de protección se encuentran regulados en el mismo artículo 20 de la CPR y en el Auto Acordado de 1992, estos son: (i) Que por causa de actos u omisiones se produzca una afectación al ejercicio legítimo de un derecho en grado de “privación, perturbación o amenaza”; (ii) Que el derecho se encuentre indicado en el art. 20 de la CPR. Por regla general, se encuentran excluidos aquellos conocidos como derechos sociales; (iii) Que los actos u omisiones sean ilegales o arbitrarios; (iv) Tratándose del derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación, se requiere que el acto u

¹³⁹ VALDIVIA, J. op.cit. p. 377 y 378.

¹⁴⁰ HENRIQUEZ, M. op.cit. p. 1.

¹⁴¹ NOGUEIRA, Humberto. El recurso de protección en Chile. En Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 1999 n°3. p. 160.

¹⁴² BORDALÍ, A. y FERRADA, J. op.cit. p. 209.

omisión sea ilegal y dirigido contra una persona o autoridad determinada. (se elimina el requisito de la arbitrariedad). La CS ha exigido, además, como requisito de procedencia: (v) la relación de causalidad entre el comportamiento antijurídico y el agravio a la garantía constitucional; (vi) la posibilidad del órgano jurisdiccional ante el cual se plantea, de adoptar medidas de protección o cautela adecuadas, para resguardar el legítimo ejercicio del derecho afectado¹⁴³.

Respecto al primer presupuesto, ciertamente la procedencia de la acción frente a hechos negativos u omisiones es lo que torna al recurso de protección en un mecanismo útil para combatir la pasividad de los OAE, ya que la omisión aludida implica un “no hacer, una inactividad de quien se encuentra en la obligación de actuar, pudiendo esta obligación provenir de una norma de carácter constitucional, legal, reglamentario o estatutario”¹⁴⁴. Según Pedro Pierry -quien preveía en los años 70 que las omisiones serían los casos de mayor amplitud del recurso de protección- la omisión sólo puede producirse en la actividad administrativa reglada, y, dentro de ella, cuando haya un plazo para actuar o pueda establecerse que, por el tiempo transcurrido, no se ha cumplido con la obligación. Sin esta indicación sería sumamente difícil señalar cuándo se produce la omisión, es mas, incluso en los actos reglados la autoridad tiene la discrecionalidad en cuanto a la elección del momento para actuar¹⁴⁵. El autor citado escribió dicho comentario previo a la existencia de la ley del procedimiento administrativo, la cual introduce la existencia de plazos que, como diría Luis Cordero, “no son fatales, pero tampoco infinitos”. Ahora bien, atendiendo al segundo presupuesto del RP, la omisión debe ser ilegal o arbitraria (salvo si se recurre de protección invocando el art. 19 n°8 de la CPR). Ambos conceptos dicen relación con dos facetas de la antijuricidad de la omisión recurrida: la ilegalidad implica la incompatibilidad de la acción u omisión con algún texto jurídico y la arbitrariedad supone la contrariedad del acto u omisión con un estándar de actuación¹⁴⁶. Como se verá, no cumplir con los plazos presupuestos en dicha ley, o dilatar excesivamente los procedimientos es tratado por la jurisprudencia como un “hecho arbitrario”, pues ciertamente, si la introducción de los plazos en la LBPA tiene como fin darle una pronta respuesta a los requerimientos de los administrados, lo cual es parte de la finalidad misma del órgano a cargo de un determinado requerimiento, dilatar excesivamente la tramitación de estos no se adecua con ningún tipo de estándar y, además, es una conducta contraria a los principios de legalidad y servicialidad, insertándose en la noción misma de mala administración. Cabe decir que los presupuestos recién planteados son plenamente compatibles con los presupuestos de procedencia del control jurídico de la inactividad, a saber: omisión por la Administración de cualquier actividad, jurídica o material; existencia de un deber legal de actuar (aquí puede aparecer manifiestamente el requisito de la ilegalidad); contenido posible del deber legal (si es posible de realizar y aún así hubo inactividad, pareciera tratarse de una conducta arbitraria).

¹⁴³ HENRÍQUEZ, M. op.cit. pp. 12 y 13.

¹⁴⁴ *Ibíd.* p. 14.

¹⁴⁵ PIERRY, P. op.cit. p.169.

¹⁴⁶ VALDIVIA, J. op.cit. p. 414.

Por último, se requiere que dicha omisión ilegal o arbitraria afecte el legítimo ejercicio de un derecho fundamental enunciado en el art. 20 de la CPR. Tal necesidad de lesión es lo que ha llevado a cierta doctrina a concluir que, si bien el recurso de protección no es un procedimiento judicial contencioso administrativo, pero en la práctica opera como tal, está construido sobre una perspectiva subjetiva de justicia administrativa, por ende, la afectación de un derecho fundamental es el elemento esencial de la existencia del proceso. De esta forma, la revisión de juricidad de la actividad administrativa es una consecuencia de la tutela del derecho fundamental. A ello se suma el contenido del artículo 38 inciso 2 de la CPR, el cual es el punto de partida en el ámbito de lo contencioso administrativo y que reza que cualquier persona puede acudir a los tribunales que determine la ley en la medida que sean lesionados sus derechos por un OAE. Así, para el constituyente la revisión judicial de la actividad administrativa no se configura como un proceso al acto, sino como una tutela de derechos o posiciones jurídicas subjetivas¹⁴⁷. En contraposición al sistema subjetivo de justicia administrativa se encuentra el sistema objetivo, el cual se ha desarrollado predominantemente en Francia, a partir del “recurso por exceso de poder” y se caracteriza por controlar con carácter objetivo la legalidad de los actos administrativos, declarando la conformidad o disconformidad del acto enjuiciado con la ley. Este procedimiento surge como un mecanismo ordinario de recepción y resolución de denuncias formuladas por los ciudadanos frente a graves irregularidades cometidas por la Administración. De este modo, lo tutelado por la justicia administrativa no son los derechos de los particulares, sino la legalidad misma o el respeto al ordenamiento jurídico. Ahora bien, la sentencia que recae en estos procesos no declara derechos a favor del recurrente, sino que sólo anula el acto administrativo atacado, por lo que, y tratándose del sistema francés, si el particular desea obtener un derecho o una condena de la Administración, debe optar por el “recurso de plena jurisdicción, el cual es el mecanismo para la tutela directa de los derechos de los particulares. No obstante, este sistema ha cambiado notablemente en los últimos años, ampliando los efectos del recurso por exceso de poder, de manera que sus efectos no se reducen a anular el acto, sino que también condenando a la administración a realizar una obligación de hacer¹⁴⁸. La evolución en el sistema francés ha tenido impacto en otros ordenamientos europeos, quienes han cambiado el enfoque de uno objetivo por el subjetivo. En este sentido, García de Enterría sostiene que la justicia administrativa debe ser una justicia de tutela de derechos e intereses legítimos¹⁴⁹.

Tomando como referente el caso alemán, la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos es reconocida constitucionalmente en su art. 19 IV GG, y consiste en la manifestación más elemental de la cláusula del Estado de Derecho, y su objeto, similar al art. 38 de la CPR, no es otro que el de

¹⁴⁷ FERRADA, Juan Carlos. El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses. En *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, 2012 Vol. XXV N°1, pp. 116 y 117.

¹⁴⁸ *Ibíd.* p. 108.

¹⁴⁹ *Ibíd.* p. 110.

garantizar la más completa y efectiva tutela jurisdiccional de los derechos e intereses del individuo que sean lesionados por los poderes públicos. El precepto no se limita a garantizar el acceso a la jurisdicción, sino que asegura un mínimo de control o revisión jurisdiccional y así alcanzar la justiciabilidad de los conflictos que se susciten entre el ciudadano y la administración, consolidándose como un parámetro de juricidad del Estado y permitiendo la seguridad de los administrados en sus posiciones jurídicas y en sus relaciones con la Administración¹⁵⁰. Por ello, la tutela judicial efectiva opera con independencia de la forma jurídica que sirva de vehículo a la lesión administrativa (acto administrativo o inactividad), de manera que no existe actividad del poder público que esté exenta de control judicial: lo decisivo es la vulneración de la situación jurídica del recurrente¹⁵¹. A mi juicio, a pesar de la vulgarización del recurso de protección y las varias críticas que esta acción merece, el contexto de crisis institucional y social actual exige de un mecanismo eficiente de tutela de derechos e intereses. El control efectivo del procedimiento administrativo es sustancial para la consolidación del Estado de Derecho y para impedir una mayor lejanía entre el ciudadano y la administración producto de las conductas antijurídicas en que ésta incurre. Hoy la LBPA no cuenta con acciones que puedan controlar correctamente la actividad formal de la administración, y las normativas sectoriales han optado por el silencio administrativo como solución a las tardanzas excesivas, el cual, como expuse anteriormente, no logra hacerse cargo de las etapas iniciales y de instrucción del procedimiento, por lo que puede dejar igualmente en una situación de indefensión al administrado y en una permanente lesión de sus derechos e intereses. Por ello, el recurso de protección, si bien no es el mecanismo idóneo, es una herramienta apta para darle tutela a los derechos e intereses legítimos de los administrados y, de paso, controlar la legalidad de la actividad reglada de la administración sin sustituir las decisiones de ésta, sino que ordenándola a cumplir la normativa que rige su actuación.

5. JURISPRUDENCIA EN TORNO AL RECURSO DE PROTECCIÓN EN CONTRA DE LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

La siguiente sistematización de fallos se esquematiza en base a la tipología propuesta por el autor Marco Gómez Puente, la cual sigue una especie de lógica narrativa correspondiente al “orden cronológico” de la actividad formal de la AP. Así, primeramente, desarrollaré el análisis de fallos sobre inactividad reglamentaria, para luego analizar los fallos que tienen como contexto un procedimiento administrativo, tratando en primer lugar la inactividad en el inicio del procedimiento, para luego pasar a la inactividad en la etapa de ordenación e instrucción del procedimiento y, por último, a la etapa conclusiva, que se traduce en la falta de resolución expresa.

¹⁵⁰ BARNÉS, Javier. La tutela judicial efectiva en la Grundgesetz. En su: La justicia administrativa en el derecho comparado. Madrid, Civitas Ediciones. 1993.p.139.

¹⁵¹ *Ibíd.* pp.156 y ss.

Además, respecto a las sentencias escogidas, señalo que, tratándose de la inactividad reglamentaria, no se encontraron suficientes fallos dictados en el último tiempo, lo cual da cuenta de una casi nula experiencia jurisprudencial en torno a su control. Por ende, se mencionan 2 sentencias recaídas en materia de protección que, si bien fueron rechazadas, son un aporte para delimitar la posición de las Cortes al controlar este tipo de inactividad. Por otro lado, en cuanto a los fallos sobre inactividad formal singular se han escogido sentencias dictadas por la Excelentísima Corte Suprema desde el año 2018 hasta el año 2021.

5.1. INACTIVIDAD REGLAMENTARIA

En virtud de su importancia política y jurídica, los reglamentos están sujetos a controles excepcionales, siendo la toma de razón por Contraloría el control de legalidad más antiguo y relevante. Además, los reglamentos son susceptibles de impugnación ante el TC, cuando es convocado por parlamentarios. Ahora bien, estas vías de control no permiten que el administrado impugne la legalidad del reglamento, lo que parecería contrario al principio de tutela judicial efectiva. En razón de ello, se ha pretendido su control vía recurso de protección. A propósito, la CS ha señalado en varias ocasiones: “Que siendo esencial para el normal funcionamiento de un estado de derecho, el control de la legalidad de la actividad de la Administración por los tribunales de justicia, control que necesariamente debe abarcar el de los actos de naturaleza reglamentaria, que la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos considera como actos administrativos (artículo 48 letra a) ¹⁵²; mas, frente a la inexistencia de un procedimiento contencioso administrativo general que la contemple, dicho control sólo podría operar mediante el recurso de protección, el cual, como quedará demostrado, no ha prosperado en esta materia.

¿Es posible que el control de legalidad alcance la oportunidad de dictación del reglamento? O, en otras palabras, ¿cabe impugnar su no-dictación? Lo complejo del asunto es que, si bien existe un deber legal de ejercer la potestad normativa, la ley le permite a la administración decidir el modo que estime más conveniente o adecuado a las circunstancias. Este sería el caso de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, que -sin perjuicio de los límites legales- se ejerce en condiciones de extrema libertad, por lo que estamos frente a un caso de discrecionalidad administrativa. Sin perjuicio de lo anterior, es preciso recordar que la CS ha mencionado en reiteradas ocasiones que aún cuando el acto provenga de una potestad discrecional, ello no puede ser sinónimo de arbitrariedad y debe cumplir con las exigencias previstas por la ley. Así la impugnación de la actividad reglamentaria por medio de la acción de protección opera como un control posterior a la dictación del reglamento, y configura los presupuestos del RP de la siguiente manera: en lo relativo a la ilegalidad se configura cuando la

¹⁵² Se pueden mencionar las siguientes sentencias de la CS que han replicado tal argumento: Rol N° 6.363-2015; Rol N° 6.370-2015; Rol N°19.309-2016; Rol N° 97-2018.

administración viola parámetros normativos textuales (legales, supra o infralegales), mientras que la arbitrariedad aparece cuando la administración transgrede criterios no previstos directamente por los textos¹⁵³.

El profesor Francisco Soto, en el contexto de la dictación de la Ley N° 20.500 sobre “Asociaciones y Participación en la Gestión Pública” cuya implementación quedó condicionada a la dictación de una serie de Reglamentos para lo cual se estableció un plazo de 12 meses contados desde la publicación de la ley en el Diario Oficial, señaló en su oportunidad el escaso control que posee el ciudadano frente a la pasividad en la dictación de un reglamento y plantea como una alternativa de control a la acción de protección: “Otra vía para alegar la no dictación de un reglamento lo encontramos en el recurso de protección. Estaríamos ante omisiones arbitrarias o ilegales que generan la privación, perturbación o amenaza del legítimo ejercicio de alguno de los derechos y garantías reconocidos en el artículo 19 de la Constitución. En el caso de la ley 20.500 existiría una evidente vulneración del numeral 15 del artículo 19 de la Constitución Política que consagra el derecho de asociarse en conformidad a la ley”. Existe además un precedente del año 1992, en el que la Corte de Apelaciones de Santiago acogió a tramitación un recurso de protección frente al incumplimiento de una ley por no dictar un reglamento. En esta oportunidad, los tribunales condicionaron la omisión de la autoridad al hecho de ser consecuencia de un capricho o arbitrariedad y no de ‘la complejidad de la materia y la necesidad de ponderar múltiples factores ante la dictación de la norma correspondiente’¹⁵⁴¹⁵⁵. No obstante, si consideramos las palabras del profesor Francisco Soto, sería posible controlar la oportunidad de ejercicio de la potestad reglamentaria si aparece de manifiesto que su omisión es arbitraria, esto es, que la no-dictación de un reglamento responde a una desidia del ejecutivo y no a una demora producto de la complejidad de la materia.

Sin embargo, jurisprudencia algo más reciente indica que la Corte de Apelaciones es más bien estricta optando por el criterio de negar una intromisión a los poderes normativos del Ejecutivo, resaltando el fuerte carácter discrecional que caracteriza dicha potestad. Así, en mayo de 2003, se interpuso un recurso de protección en contra de la Ministra de Defensa Nacional por no dictar un Reglamento donde se establecería la forma en que personal de la PDI gozaría del beneficio de asignación policial por desempeño en unidades operativas o judiciales¹⁵⁶. La demora implicaría una vulneración a los derechos de la igualdad ante la ley y de propiedad de los funcionarios policiales sobre su derecho a recibir mayores

¹⁵³ VALDIVIA, J. op.cit. p. 231.

¹⁵⁴ SOTO, Francisco. Acusación constitucional contra el Presidente por incumplimiento de ley. 18 de diciembre de 2012. El Mostrador. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2012/12/18/acusacion-constitucional-contra-el-presidente-por-incumplimiento-de-ley/>.

¹⁵⁵ Lamentablemente, dicho precedente del año 1992 no fue encontrado mediante los buscadores virtuales de jurisprudencia.

¹⁵⁶ “Castañeda Navarro Ramon y Otros con Ministra de Defensa Nacional Michelle Bachelet Jeria, Director de la Policía de Investigaciones Mery Figueroa Nelson y Director de Dipreca Gustavo Lagos Roble” Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de Mayo de 2003, Rol N° 7.057-2002.

beneficios económicos. La CA rechaza el recurso de protección. Primeramente, por la falta de legitimidad pasiva (no se interpuso contra el PDR, sino que contra un Ministro de Estado), y, en lo relativo al control de la potestad reglamentaria del PDR, el tribunal señala:

“Sexto: En particular, la potestad reglamentaria del Presidente de la República presenta las siguientes características: a) tiene rango constitucional (artículo 32 No 8). De ahí que la ley no pueda prohibirla ni otorgarla. Sin embargo, la ley puede acotar esta potestad, es el caso del denominado reglamento habilitado, o sea el autorizado por la ley, opuesto al reglamento espontáneo, que es el que dicta la administración sin previa llamada del legislador b) es una potestad normativa que se exterioriza a través de decretos reglamentarios y decretos simples. c) Su titularidad corresponde al Presidente de la República. Sin embargo, deben llevar la firma del o los Ministros respectivos. d) Es discrecional pues la ejerce cuando considere conveniente.

[...]

“Octavo: (...) no puede estimarse ilegal o arbitraria la no dictación del reglamento subordinado, toda vez que no responde a un capricho de la administración, como ha quedado establecido en estos autos con los documentos acompañados por el Director de la Policía Civil, de los que se desprende que la autoridad esté haciendo el estudio previo para la dictación de la norma reglamentaria. Por lo demás, de conformidad con el artículo 32 N° 8 de la Constitución Política, la facultad reglamentaria no tiene plazo, es discrecional y puede concretarse cuando el Presidente de la República lo estime pertinente, por lo que no se ha vulnerado ninguna de las garantías constitucionales invocadas en este recurso”.

Tal como se planteó anteriormente, la tardanza en la dictación debe ser manifiestamente arbitraria para poder acoger el recurso. En cambio, en este caso, la demora está justificada, ya que el órgano recurrido acreditó que estaba realizando un estudio previo a la dictación del reglamento. Otro elemento importante que aporta el fallo es que la facultad reglamentaria es discrecional y no está sujeta a plazo, por tanto el PDR puede ejercerla cuando considere conveniente. La rigidez de este criterio tiene efectos negativos sobre el derecho a una tutela judicial efectiva, pues plantea que el ejercicio de la potestad reglamentaria está, en la práctica, exento de control judicial, además no estar sujeto a un plazo de actuación exigible por los ciudadanos, aún cuando una omisión o dilación en su ejercicio sea capaz de vulnerar los derechos fundamentales de los administrados. Esta preocupación es recogida por el voto de minoría del fallo en comento redactado por el exministro Juan Guzmán Tapia, que señala:

“Octavo: que, un retardo tan prolongado desde la dictación del reglamento mencionado en la reflexión precedente y el aún inexistente para posibilitar a los recurrentes los beneficios contemplados en la letra n del artículo 46 del D.F.L. N° 2 de 1968, modificado por el N° 1 de 12 de marzo de 1998, en concepto de este ministro, implica una omisión arbitraria en la que ha incurrido el Ministerio de Defensa al no impartir las medidas correspondientes para su dictación, siendo dicha omisión uno de los

obstáculos que impide que puedan efectuarse los pagos de los indicados beneficios a determinados funcionarios de la Policía de Investigaciones;

Noveno: Que, por otra parte, la discrecionalidad que, en principio y en doctrina, caracteriza la potestad reglamentaria, no autoriza para que en su virtud pueda incurrirse indefinidamente en una omisión como la explicada que implique una discriminación que afecte permanentemente a un numeroso grupo de personas acreedoras a los mismos beneficios de los cuales gozan otros con iguales requisitos o méritos;

Décimo: Que, como se puede apreciar, dicha omisión conculca la garantía fundamental contemplada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República pues importa una discriminación arbitraria en relación al igual trato que, debe dar el Estado y sus organismos, en el caso que nos ocupa, a ambos grupos de funcionarios pertenecientes unos, a Carabineros de Chile y, otros, a la Policía de Investigaciones de Chile. Por lo tanto, debido a la necesidad de que impere a la brevedad el derecho que permanece transgredido, la presente vía resulta la más oportuna para corregir la discriminación señalada, sin perjuicio de las demás acciones que pudieren intentarse”.

Me parece que el voto minoritario se condice con la línea argumentativa asentada en las Cortes respecto del control de la discrecionalidad, esto es, que la libertad que se otorga para el ejercicio de una potestad jamás es absoluta. Históricamente, el esquema clásico del control de discrecionalidad recae sobre los elementos reglados del acto discrecional; los hechos determinantes; el fin de la potestad y los principios generales del derecho¹⁵⁷. Nuevamente nos encontramos ante un obstáculo para controlar la inactividad debido a su poco desarrollo doctrinario: los criterios recién citados se entienden en el contexto de la dictación de un acto administrativo de carácter reglamentario que adolece de dichos vicios y que afectan su validez, lo cual no es el caso de la inactividad reglamentaria toda vez que lo que se intenta controlar es la decisión de dictar un reglamento y no los presupuestos que se tomaron en cuenta para su elaboración. Por lo demás, el control de las disposiciones reglamentarias por medio de la acción de protección también ha sido negada por la CS desde el año 2016, señalando la falta de idoneidad de aquella debido a que no constituye una instancia de declaración de derechos ni de invalidación de normas de carácter general¹⁵⁸.

Un fallo de la CS del año 2001 es ilustrativo para explicar las razones de por qué un recurso de protección en materia de inactividad reglamentaria no podría prosperar. Se trata de un recurso interpuesto en contra del PDR por no publicar el reglamento que obliga a los empresarios a etiquetar los alimentos modificados genéticamente o con transgénicos en el Diario Oficial¹⁵⁹. Además, lo

¹⁵⁷ BERMUDEZ, Jorge. El control de la discrecionalidad administrativa. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1996 n°17. p. 278.

¹⁵⁸ HUMERES, Nicolás. La potestad reglamentaria y su control judicial: recurso de protección e inaplicación de normas administrativas. Revista de Derecho Administrativo Económico, 2017 n°24. p. 162.

¹⁵⁹ “Consumidores en acción CONACCION y otro con Presidente de la República”. Corte Suprema, 12 de noviembre de 2001, Rol N° 3.851-01.

interesante de la decisión de la Corte es que extiende la discrecionalidad del ejecutivo, así como la ausencia de un plazo para la dictación de un reglamento incluso hasta la decisión sobre oportunidad de publicación en el Diario Oficial; así lo señala la CS en el fallo de la apelación:

“Tercero: Que, finalmente, cabe consignar que para el acogimiento del recurso de protección es necesario, según el respectivo texto constitucional, que a causa de un acto u omisión arbitraria o ilegal, haya privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de las garantías constitucionales expresamente indicadas por el mismo texto; y no puede calificarse como arbitraria o ilegal la circunstancia de haberse dilatado la publicación un decreto, en la especie, el que lleva el número 293, que establece, según se indica en el recurso, el etiquetado de alimentos transgénicos en Chile, el cual ya habría sido aprobado por la Contraloría. Ello, porque no aparece que la omisión que se reprocha sea motivada por el mero capricho del Ejecutivo, quien tiene, por disposición Constitucional (artículo 32 N° 8 de la Carta Fundamental), la facultad de dictar los decretos y demás normas que son propias de su potestad reglamentaria, en la ocasión que le parezca pertinente; de donde resulta, además, que la misma no es ilegal, puesto que ninguna disposición establece plazo para que dicha potestad sea ejercida, lo que queda a la discrecionalidad de dicha autoridad”.

El razonamiento de la CS indica que no es posible calificar como arbitrario el hecho de dilatar la publicación de un reglamento, ya que la omisión estaría, de cierta manera, excusada por la amplia discrecionalidad que goza la potestad reglamentaria y por la ausencia de plazo para su ejercicio. No obstante, no logran justificar ni explicar la tardanza. Además, a partir de los fallos citados, aparece que las Cortes no están analizando la afectación de los derechos fundamentales invocados, limitándose a señalar que la falta de un elemento reglado como lo es el plazo imposibilita el control judicial y la exigibilidad de la actividad reglamentaria. En conclusión, es palmario que el recurso de protección no puede operar como mecanismo para controlar la inactividad reglamentaria, pues no es posible configurar los presupuestos de ilegalidad y arbitrariedad. Esto se debe a que la potestad reglamentaria no está sujeta a ningún tipo de plazo y el ejecutivo tiene una amplísima libertad para decidir el momento de dictación de un reglamento. A lo anterior se suma el hecho de que no hay elementos reglados de los cuales el control de la inactividad reglamentaria pueda sustentarse y así controlar la legalidad de este tipo de actividad administrativa.

En palabras de García de Enterría, “la Administración es un pésimo legislador y su estilo normativo se polariza en la atención de urgencias inmediatas”¹⁶⁰. A medida que pasa el tiempo, pareciera que la omisión en la dictación de un reglamento escapa de la “esfera de atención” de la administración, a pesar de la posible afectación a los derechos fundamentales, que, atendiendo el carácter subjetivo de nuestra

¹⁶⁰ GARCIA DE ENTERRÍA, E. op.cit. p.196.

justicia administrativa, debiesen ser presupuesto suficiente para exigirle a la administración la actividad debida.

5.2. INACTIVIDAD FORMAL SINGULAR

5.2.1 Inicio de procedimiento

Los procedimientos administrativos pueden iniciarse de oficio o a petición de parte. El art. 29 LBPA indica que los procedimientos que se inician de oficio pueden serlo por la propia iniciativa del órgano, en cumplimiento de una orden superior, por solicitud de otro órgano administrativo o por denuncia. Por regla general, los primeros son procedimientos tendientes a la elaboración de un acto con efectos normativos o generales (como la planificación urbana), así como los procedimientos tendientes al pronunciamiento de un acto de efectos desfavorables para algún interesado. En cambio, se inician a petición de persona interesada los procedimientos tendientes a la elaboración de un acto de efectos favorables para esta¹⁶¹.

Propongo analizar de forma separada los procedimientos según su manera de inicio. Primeramente, si cabe iniciar el procedimiento a solicitud de persona interesada, será la misma solicitud la que ponga en marcha, por sí sola, el procedimiento¹⁶² (o por lo menos en un escenario óptimo). Por otro lado, el control de la inactividad en el inicio de un procedimiento que debe iniciarse de oficio estará sujeto a diversos factores (por ejemplo, la cantidad de denuncias recibidas por el órgano o la disponibilidad de recursos materiales para llevar a cabo una fiscalización) además de corresponder a una potestad mas bien discrecional, a diferencia de la potestad reglada que rige los procedimientos que se inician a solicitud de persona interesada.

A) De oficio

Ciertamente, si el ejercicio de una potestad administrativa requiere de un procedimiento formalizado, la falta de incoación de éste es un indicio de una eventual inactividad administrativa. Sin embargo, gran parte de procedimientos que se inician de oficio tienen el carácter de sancionatorio, lo cual requiere el despliegue de una actividad de carácter material previa al inicio del procedimiento administrativo. En otras palabras, el acto que da inicio a un procedimiento sancionatorio deberá poseer fundamentos de hecho y de derecho, y, para ello, se necesita de una investigación y estudio por parte del órgano, lo cual tendrá como resultado la decisión de iniciar un procedimiento administrativo. Lo anterior permite

¹⁶¹ VALDIVIA, J. op.cit. p. 274.

¹⁶² GOMEZ, M. op.cit. p. 405.

señalar que la iniciativa de incoar un procedimiento viene más bien determinada por una potestad discrecional.

Sin embargo, las omisiones que se dan en este campo, cuando no vienen determinadas por una imposibilidad material o técnica y carecen de fundamento objetivo o justificación razonable pueden ser arbitrarias y rebasar el límite de la legalidad¹⁶³. Debe recordarse que las potestades conferidas a la administración tienen una naturaleza funcional y se otorgan en interés ajeno, de manera que la función puede servir de parámetro para valorar la legalidad del ejercicio como también de la falta de este. Un ejemplo de esto es el un recurso de protección acogido por la CA y confirmado por la CS en febrero del 2021. Se trata de un recurso de protección interpuesto en contra de la Superintendencia de Medio Ambiente (SMA), el Ministerio de Obras Públicas, la Dirección Regional de Aguas y la SEREMI de Vivienda y Urbanismo, a quienes se les imputa una omisión y extemporaneidad en su actuar en el contexto de diversos loteos realizados por distintas inmobiliarias en la ciudad de Valdivia que no han sido supervisados por ningún organismo técnico del Estado, lo cual ha significado una agresiva intervención del paisaje, eliminado parte importante de bosque nativo y afectando el suministro de agua para su uso doméstico¹⁶⁴. Específicamente, alegan que las fiscalizaciones y controles a estos loteos se realizaron solamente después de haber sido requeridas por los intervinientes. Los órganos recurridos argumentaron que la acción de protección no es la vía para solicitar una fiscalización y que previo al recurso de protección no se había recibido ningún tipo de denuncia sobre el tema. La CA establece que, por las características de los proyectos inmobiliarios, necesariamente debían ser objeto de autorizaciones sometidas a determinados requisitos y fiscalizaciones. Sobre el deber de fiscalización, la Corte expresa:

“Undécimo: (...) Resulta entonces inadmisibles las explicaciones de las recurridas en orden a que no fue recibida denuncia de infracción a la normativa previo a la interposición de la presente acción de protección, por cuanto el deber de fiscalización constituye una atribución y un deber propio de la función del servicio respectivo y más aun tratándose de zonas o espacios territoriales con determinadas características, como aquellas que han sido citadas en considerandos anteriores (...).

[...]

Decimotercero: Que, sin perjuicio que los servicios recurridos y aquellos con competencia en la materia analizada se encuentran en un proceso de evaluación y trabajo intersectorial para dar cumplimiento a los trámites y procedimientos respectivos a los cuales deben someterse los proyectos inmobiliarios y loteos individualizados en el presente recurso, el deber de fiscalización fue omitido y por su carácter permanente, estos organismos deberán apegarse estrictamente al rol que la función le impone en conformidad con la normativa que las regula, para cautelar los derechos y garantías de los recurrentes e instar por la observancia de la ley en tales actividades. Conforme lo razonado en los

¹⁶³ GOMEZ, M. op.cit. p. 407.

¹⁶⁴ “Huichico y Seremi de Vivienda y Urbanismo” Corte Suprema, 1 de febrero de 2021, Rol N° 129.279-2020.

considerandos precedentes, el recurso será acogido respecto de la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N°8 de la Constitución Política de la República.”.

El criterio principal que utiliza la Corte para evaluar la legalidad de la actividad es el de la función del órgano: en este caso, los OAE encargados de la fiscalización ambiental omitieron dicha función. Esto es palmario pues los hechos dan cuenta que no se iniciaron los procedimientos respectivos en orden a obtener una resolución de calificación ambiental y otros permisos sectoriales, lo que, además, derivó en una vulneración al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Con todo, se advierte que la sentencia del recurso no ordena dar inicio al procedimiento, sino que a “fiscalizar y sancionar cualquier vulneración a la legislación ambiental (...) exigiendo el cumplimiento de los procedimientos establecidos en la ley N°19.300”. Lo anterior da cuenta de cierta deferencia por parte de la Corte, pues emite una orden bastante genérica que, en otros términos, dice relación con el deber de “apegarse estrictamente al rol que la función le impone”, mas, no ordena a los OAE entregar los permisos, iniciar un procedimiento sancionatorio, o someter el proyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, los cuales son decisiones eminentemente técnicas que no les competen a las Cortes (y, por lo demás, ciertos órganos recurridos comenzaron los procesos de evaluación y fiscalización pertinentes durante el curso de la acción de protección).

Así, en este caso, el recurso de protección es útil para controlar el apego de la función del órgano y garantizar el respecto a los derechos fundamentales, pero no opera como mecanismo para ordenar a la administración para incoar un procedimiento. Además, desde un aspecto más político o funcional de la acción de protección, en virtud de la orden de no innovar recaída en este procedimiento, la SMA intensificó sus labores investigativas y de fiscalización, lo cual culminó en una solicitud por parte de este ente de autorización de dictación de medidas provisionales, antes del inicio de un eventual procedimiento administrativo sancionatorio, lo cual, nos permite concluir que, de manera indirecta, se logra el control de la inactividad en la incoación de un procedimiento.

En un fallo posterior dictado por la CS, esta asume una posición distinta y ordena a la SMA a iniciar a la brevedad un procedimiento administrativo a fin de investigar los hechos que se denuncian en el recurso¹⁶⁵. En este caso, la empresa recurrida ejecutaba un proyecto de extracción de áridos y contaba con una Resolución de Calificación Ambiental (RCA) vigente, cuya fiscalización respecto a su cumplimiento es competencia exclusiva de la SMA de acuerdo con el art. 3 letra a) de la Ley 20.417. No obstante contar con la RCA, los hechos dan cuenta de una intervención en el lecho del cauce del río Cautín, la cual era una zona no autorizada para la extracción de áridos, y, a su paso, estaba causando daños a la Comunidad Indígena Venancio Huenulao Epu. En virtud de ello, la CS le solicita a la SMA

¹⁶⁵ “Carlos Cristian Rodríguez Fabre con Empresa Maquinarias La Frontera Ltda”, Corte Suprema, 14 de junio de 2021, Rol N° 104.505-2020.

diversos oficios para estudiar los hechos constitutivos de infracción y otros seguimientos realizados por el órgano, concluyendo lo siguiente:

“Octavo: Que los antecedentes descritos dan cuenta de una seria de actos que se imputan a la recurrida, y que en distintos períodos, posteriores a la aprobación de la Resolución de Calificación Ambiental han dado origen a diversas denuncias, y procesos administrativos de fiscalización, incluso una denuncia al Ministerio Público por una posible extracción ilegal de aguas. Estos antecedentes, unidos a los hechos que se denuncian por los recurrentes, exigen una intervención de los órganos de la Administración encargados de la fiscalización del adecuado cumplimiento de la Resolución de Calificación Ambiental, de manera que exista un actuar coordinado y oportuno, evitando la posible existencia de daño ambiental que en este caso podría ser reparable.

Noveno: Que, según se ha resuelto en otras oportunidades, la acción de protección constituye la adjetivación del principio cautelar o principio protector que tiene rango constitucional (...) al constituir el mencionado un principio deber, impone una obligación a esta Corte de disponer todo aquello que sea conducente, cuando se dan las circunstancias fácticas que así lo exigen”.

Este fallo merece dos comentarios. Primeramente, es sabida la tendencia del Ministro Sergio Muñoz respecto al uso de principios para resolver casos donde el derecho fundamental vulnerado es el 19 n°8. Así, la tesis de la CS, al menos durante los años 2009 a 2014, es que “los derechos fundamentales deben ser interpretados y aplicados desde los principios, cuya aplicación, en general abstracta en las sentencias, admite una ejecución general o elástica, no observándose una ponderación que equilibre la forma en que los principios deben ser aplicados o contrastados”¹⁶⁶. De esta forma, el principio precautorio o de protección, entre otros, ha servido como fórmula para impartir “órdenes de carácter general, maximalistas y de carácter prospectivo a las autoridades involucradas, extralimitándose en sus potestades de imperio”¹⁶⁷, siendo corolario de lo anterior el polémico caso Quinteros-Puchuncaví. Así, en el caso en comento, la SMA sin siquiera ser una de las recurridas, es sentenciada a iniciar un procedimiento administrativo dentro del término de 30 días desde que es notificada la sentencia. Lo anterior da cuenta de una clara intromisión en la función de la SMA, ya que la CS estudia los hechos contenidos en el recurso y decide iniciar un procedimiento sancionatorio. En segundo lugar, desde la perspectiva del control de la inactividad y de la tutela judicial efectiva, el recurso de protección aparece como un mecanismo eficaz para la protección de los derechos fundamentales, toda vez que permite ordenar al OAE encargado a la iniciación de un procedimiento administrativo cuya incoación depende de su propia iniciativa. También es preciso mencionar que apelar a la iniciativa propia del OAE no equivale a reconocerle libre albedrío y el grado de libertad para acordar el inicio de un procedimiento

¹⁶⁶ CARRASCO, Edesio. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Perspectivas, evolución y estándares jurisprudenciales. DER Ediciones, Santiago de Chile, 2020. p. 90.

¹⁶⁷ *Ibíd.* p. 99.

depende del carácter reglado de la potestad a ejercer¹⁶⁸. Así, en el caso en comento, el informe de la SMA daba cuenta de la existencia de varios hechos constitutivos de infracción, y de conformidad con el artículo 47 de la Ley 20.417 Orgánica de la SMA, el procedimiento administrativo sancionatorio se iniciará de oficio cuando aquella tome conocimiento de hechos constitutivos de infracción, lo cual no constaba en los hechos del caso. Por tanto, y como dije anteriormente, la inactividad en estos casos es plenamente controlable cuando no viene determinada por una imposibilidad material y carece de un fundamento objetivo. Además, hay que recordar que ninguna actividad es completamente discrecional y estará sujeta a parámetros reglados; en este caso, en virtud de la Ley 20.417, el ejercicio de la potestad sancionatoria estaba delimitada al conocimiento de hechos constitutivos de infracción, los cuales habían sido previamente calificados como tales por la propia SMA. Sumado a lo anterior, según Marcos Gómez Puente: “buena parte de la doctrina sostiene el carácter reglado de la potestad sancionadora y niega a la administración toda libertad para decidir a incoación o no del procedimiento sancionador”. El autor sostiene lo anterior citando una sentencia del Tribunal Supremo Español de 25 de mayo de 1987, el cual expresa: “la apertura del expediente sancionador procede siempre que en el caso se den indicios suficientes de la comisión de una falta o infracción administrativa, no siendo ello decisión discrecional de la Administración, sino obligación de la misma en cuanto se dé la citada situación indiciaria (...)”¹⁶⁹.

Por otro lado, tratándose de la garantía del artículo 19 n° 8, la CS intensifica su perspectiva garantista y adopta una tendencia que a juicio de algunos podría tildarse de activismo judicial, de manera que toda vulneración a esta garantía que trae consigo una inactividad, esté justificada o no, sea el ejercicio de la potestad reglada o discrecional, admite un control judicial y una consecuente imposición de medidas materiales o procedimentales. De acuerdo con Edesio Carrasco, este fenómeno se explica en que “la Corte Suprema rechaza la tesis de que las competencias en el caso concreto no permiten actuar en un caso determinado y exige una actuación conjunta, finalista, al margen de las competencias específicas, asumiendo la Corte una actitud responsiva ante una regulación que le parece insuficiente. Por lo tanto, la sentencia ordena corregir una actuación u omisión que considera antijurídica, al margen de adquisiciones formales o competenciales, forzando a la SMA y a otros organismos a intervenir en asuntos de esta naturaleza, estén o no dentro de un instrumento de gestión ambiental, considerando la expectativa de que el Estado, ante este tipo de situaciones, tenga una salida institucional a un problema de esta magnitud”¹⁷⁰.

B) A petición de parte

¹⁶⁸ GOMEZ, M. op.cit. p. 406.

¹⁶⁹ *Ibíd.* p. 417.

¹⁷⁰ CARRASCO, E. op.cit. 168. La cita es un análisis que realiza el autor respecto al fallo de la CS de fecha 22 de mayo de 2018, Rol N° 34.594-2017, en el contexto de un recurso de protección interpuesto en contra de las autoridades ambientales por la autorización dada a ciertas empresas salmoneeras a descargar 9.000 toneladas de salmones muertos en descomposición al mar.

Los casos que desarrollaré en este capítulo se enmarcan en el procedimiento de solicitud de reconocimiento de condición de refugiado, que se realiza ante el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior (DEI). Considerando la realidad nacional, este tipo de solicitud es bastante recurrente: sólo durante el 2020 se registraron 1.629 solicitudes de refugio, lo que representa un 208,6% de las solicitudes del año 2019¹⁷¹.

El procedimiento en comento es regulado por la Ley 20.430 que Establece disposiciones sobre protección de refugiados, como también en su reglamento. Los artículos 26 y siguientes de la citada ley, expresa que para dar inicio al procedimiento se debe realizar una solicitud en cualquier oficina de extranjería o ante autoridad migratoria que se encuentre en un paso habilitado de la frontera. Luego, el art. 27 señala que la autoridad migratoria, una vez que toma conocimiento de la solicitud de condición de refugiado, deberá dentro del *el más breve plazo*, ponerla en conocimiento de la Secretaría Técnica de la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado. Sin embargo, el ente estatal ha obviado la literalidad de la norma y, en vez de formalizar la solicitud, les entrega una citación a los solicitantes, con la indicación de que en dicha oportunidad se verá si califican para la visa temporal.

En un caso en particular, la negativa a proporcionar el formulario para realizar la solicitud se debía a que las recurrentes ingresaron al país de forma clandestina, además de contar con una orden de expulsión pendiente, lo cual, según el DEI, es un impedimento para formalizar las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiados¹⁷². Al respecto, el reglamento de la Ley 20.430 señala que los extranjeros afectados por una medida de expulsión vigente sólo podrán formalizar una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado cuando las medidas hayan sido previamente suspendidas, pero, que, en todo caso, “se garantizará el Principio de No Devolución al extranjero, que no obstante encontrarse afecto a la medida, manifieste la intención de formalizar una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, mientras se resuelve al respecto” (artículo 32 inc. 3 del Reglamento de la Ley 20.430). La CS acoge el recurso de protección tomando en cuenta principalmente el carácter reglado del procedimiento, de manera que, al apreciar una discordancia entre los hechos concretos del caso y la aplicación ideal de la norma, declara la ilegalidad de la actuación del órgano recurrido:

“Sexto: Que, de esta manera y atendiendo a la naturaleza reglada del procedimiento de reconocimiento de la calidad de refugiado, que se desprende tanto de la Ley N° 20.430 como de su Reglamento, es menester cautelar la satisfacción íntegra de las formalidades establecidas en dicha normativa y, en especial, aquella prevista en el mismo artículo 37 ya transcrito, que exige, como único mecanismo para la formalización de la petición, completar ‘...el formulario proporcionado por la

¹⁷¹ Minuta Estadística de la Población Migrante elaborada por el Departamento de Extranjería y Migración. Disponible en: https://www.extranjeria.gob.cl/media/2021/02/Minuta_Refugio.pdf

¹⁷² “Rojas con Bellolio”, Corte Suprema, 22 de noviembre de 2019, Rol N° 15.969-2019.

autoridad migratoria de extranjería...'. Por lo anterior, en la especie, al no haber proporcionado la recurrida tal formulario, imposibilitando de este modo que se dé inicio a la tramitación del procedimiento, incurrió en un acto ilegal, constitutivo de una discriminación en perjuicio del recurrente en relación con el trato dispensado a otras personas que, en situación jurídica equivalente, han visto tramitadas sus solicitudes a la administración sin entorpecimientos ni dilaciones como la de este caso, conclusión a la que no obstan las órdenes de expulsión invocadas por la autoridad, toda vez que, conforme la misma reglamentación ya citada, la circunstancia de mantener un peticionario una medida de esa naturaleza, debe ser examinada al momento de resolverse la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, revisión que, en los hechos, se ha visto obstaculizada precisamente por el actuar de la autoridad en cuanto ha dilatado indebidamente la tramitación de su solicitud”.

Como se aprecia, la CS refuerza el carácter reglado de la actividad del OAE recurrido, el que incurre en una conducta antijurídica si omite los procedimientos señalados por ley. Por tanto, tal como lo expresan los profesores Ferrada y Bordalí, en este caso, debido a extensión del derecho a la igualdad ante la ley, los tribunales realizan una “comparación-subsunción entre el caso concreto llevado a tribunales y la aplicación ideal de la norma jurídica -y no la comparación caso a caso, como pareciera lo pertinente”¹⁷³. La CS ha reiterado en múltiples ocasiones, al acoger recursos de protección interpuestos en contra de la DEI, que la orden de expulsión vigente no es impedimento para tramitar la solicitud de refugiado en virtud del principio de no devolución que expresa el art. 27 de la Ley 20.430, haciendo énfasis en la naturaleza reglada del procedimiento y la importancia de la satisfacción íntegra de las formalidades establecidas en la normativa atingente¹⁷⁴. Por tanto, la decisión respecto a si una persona reúne la calidad de refugiado ciertamente no es del todo discrecional, y está sujeto a los parámetros normativos. Por lo demás, a las personas recurrentes no sólo se les está negando la formalización de la solicitud bajo el pretexto en comento, sino que, además, se les está citando para una oportunidad posterior, lo cual no forma parte del procedimiento de reconocimiento de condición de refugiado, incurriendo doblemente en conductas que no se condicen con la norma. A diferencia de los casos analizados en el capítulo de iniciación del procedimiento de oficio, la inactividad en este caso se manifiesta de forma más palmaria, ya que: (i) existe una norma que obliga de manera directa a la administración a iniciar un procedimiento; (ii) la administración omite dicha actividad, toda vez que no proporciona el formulario sino que cita a una ocasión posterior, manteniéndose pasiva en la formalización de la solicitud; (iii) dicha actuación es posible de realizar y no existen mayores impedimentos mas que una interpretación errónea que ha sido recurrentemente corregida por la Corte Suprema. Tratándose de los casos en que había inactividad en inicios de procedimiento de oficio, no existe una norma tan clara como la del procedimiento de refugiados, puesto que la decisión de inicio no estaba sujeta a parámetros normativos, sino mas bien técnicos y por ende discrecionales. Además,

¹⁷³ BORDALÍ, A. y FERRADA, J. op.cit. p. 219.

¹⁷⁴ SCS Rol N° 33.282-2020; 85.346-2020, Rol N° 43.664-2020, entre otras.

tratándose de procedimientos cuyo centro está en seguir formalidades legales y no en tomar decisiones basadas en tecnicismos, si la administración se aparta de aquellas conduce a concluir que estaríamos ante un supuesto de mala administración, toda vez que el ente administrativo está conscientemente omitiendo el procedimiento previsto, sin justificación suficiente, y evitando los principios de servicialidad, legalidad y celeridad, entre otros, incluyendo trámites dilatorios que perjudican a los solicitantes, quienes, en este caso particular, se encuentran en una situación precarizada y necesitan más que nunca que la administración se atenga a las normas.

Al ser la tendencia de la Corte bastante estable, el recurso de protección aparece como una herramienta eficaz para ordenar el inicio de este tipo de procedimientos y controlar la inactividad de la administración¹⁷⁵. En este caso, se logra apreciar que el RP actúa como un mecanismo objetivo de control, operando como un recurso por exceso de poder, sin enfocarse por completo en el derecho vulnerado como ocurre con los recursos de protección en que se invoca el art. 19 n°8. Por tanto, de replicarse el razonamiento de la CS en otro tipo de casos, la inobservancia a una norma de carácter procedimental será una conducta corregible mediante la acción de protección y la sentencia condenatoria a la administración recaída en ella, logrando cautelar la juricidad de la actuación administrativa.

5.2.2 Instrucción del procedimiento

Recibida la denuncia, solicitud o formalizado el inicio del procedimiento, corresponderá verificar los antecedentes de hecho y de derecho necesarios para decidir. En términos más exactos, la LBPA expresa que los actos de instrucción son aquéllos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse el acto. Estos deben realizarse de oficio por el OAE encargado de la tramitación del procedimiento, sin perjuicio del derecho que tienen los interesados de proponer ciertas actuaciones. La relevancia de esta etapa, que es más bien la fase central del procedimiento, reside en “su aptitud para canalizar las informaciones que se recojan y sean relevantes para la decisión que se trata de adoptar. Estas informaciones se contienen en las alegaciones de los interesados, la prueba de los hechos pertinentes, los informes que pueden allegar a otros órganos administrativos y otras opiniones”¹⁷⁶. Ciertamente, si el procedimiento es una sucesión de actos trámite encaminados a la producción de un acto administrativo, y este se caracteriza por estar debidamente fundamentado, para dicha fundamentación será elemental la fase de instrucción, pues es donde se concentra todo el debate necesario para que la administración tome una decisión. Por ello, la omisión de actos trámite puede y debe ser motivo de nulidad de la resolución final y causa de retroacción de las

¹⁷⁵ En todos los casos citados la CS falló: “se ordena a la repartición recurrida admitir a tramitación la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado del actor, sin más trámite”.

¹⁷⁶ VALDIVIA, J. op.cit. p. 275.

actuaciones, ya que, además, acarrea consecuencias negativas para el procedimiento, como la indefensión del administrado, la falta de adopción de medidas, falta de legitimación cuando el acto afecta a un gran número de personas, entre otros.

El principio de celeridad juega un rol importantísimo en esta etapa, pues implica que el procedimiento se impulsará de oficio en todos sus trámites y que, sobre los funcionario de los órganos de la administración, pesa el deber de actuar con iniciativa propia en la iniciación del procedimiento y en su prosecución. Sin embargo, el impulso, por regla general, no exige acto administrativo, lo cual, considerando la doctrina del acto previo como requisito procesal que condiciona la admisibilidad de la pretensión, las posibilidades de impugnación en esta fase son reducidas, a lo cual se suma la impugnabilidad de los actos trámites, salvo cuando producen indefensión o hacen imposible la prosecución del procedimiento. No obstante, existen fallos en materia de protección que impugnan la omisión de actos trámites, por ejemplo, por no solicitar informes a otros órganos en el procedimiento para solicitar licencias médicas o por omitir la etapa de consulta o participación ciudadana. Procederemos a analizar estas dos materias y la operatividad del recurso de protección para controlar la inactividad en esta fase. Ahora, es necesario aclarar que se trata de procedimientos donde existe un acto terminal, mas, dada la omisión a una etapa prevista por ley, el acto se impugna para retrotraer el procedimiento y subsanar dicha omisión.

A) Tramitación general del expediente

Un fallo bastante educativo que ilustra de excelente forma el problema de la inactividad da cuenta que sí es posible ordenar a la Administración la tramitación del expediente. Consiste en un recurso de protección interpuesto en contra del Ejército de Chile y en contra de la Caja de Previsión Social de la Defensa Nacional (CAPREDENA), por la tardanza excesiva en la tramitación de un expediente de retiro y el posterior pago de pensión¹⁷⁷. El actor pasó a retiro del Ejército en diciembre de 2018, remitiendo su expediente a la CAPREDENA, la cual debía de analizar este, para luego emitir la resolución que le concede la pensión de retiro y así el consecuente pago. No obstante, habiendo transcurrido todo el año 2019 y 2020, el OAE encargado le informa que la tramitación del expediente aún está pendiente, y que las instituciones que deben intervenir en la tramitación no han cumplido con los trámites necesarios para que se le conceda la pensión. La CS establece que la controversia se traduce en determinar si existe un retardo imputable a las recurridas en la tramitación de su expediente y su pago, como también determinar si dicho retardo vulnera las garantías constitucionales de los numerales 1,2 y 24 del art.19 CPR. Al respecto, la CS declara:

¹⁷⁷ “Roa con Ejército de Chile y otro”, Corte Suprema, 5 de mayo de 2021, Rol N°154.770-2020.

“Octavo: Que, según se dijo en el motivo cuarto, han transcurrido más de dos años desde que se dispuso el retiro del actor, sin que hasta la fecha las recurridas hayan reunido los antecedentes suficientes para que se pueda dictar la resolución que concede la pensión de retiro, configurándose claramente una infracción a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, que impone a los órganos de la Administración la obligación de actuar por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, procurando la simplificación y rapidez de los trámites correspondientes.

Noveno: Que de igual manera existe una clara infracción del artículo 23 de la citada ley N° 19.880, el cual impone a las autoridades y personal de servicios de la Administración la obligación de cumplimiento de los plazos establecidos en esa u otras leyes, sin que sea un argumento para exonerarse de responsabilidad, el hecho que los recurridos se atribuyan recíprocamente responsabilidad en la demora, pues ha quedado demostrado que, a la fecha, no se han reunido todos los documentos necesarios para iniciar la tramitación del expediente de retiro, documentos que se encuentran en poder de los recurridos, sin que ninguno de ellos, luego de los requerimientos del actor, haya realizado gestiones tendientes a agilizar el trámite requerido, lo que solo se observa una vez que se ha deducido el recurso de protección. Debiendo considerarse, en este caso, que todos los órganos de la Administración del Estado deben dar cumplimiento oportuno a los plazos establecidos en la normativa, realizando las gestiones que sean necesarias para ese fin, manteniendo siempre una actitud activa, sin que puedan excusarse de su cumplimiento aludiendo a la pasividad de otro departamento o unidad dentro del órgano, que forma parte de la misma institución.

Décimo: Que, conforme a todo lo expuesto, es posible concluir que existe una dilación excesiva en la tramitación del expediente de retiro del actor, que es imputable a la inactividad de los recurridos. Demora que vulnera las garantías constitucionales del artículo 19 N° 1 y 24 de la Constitución Política de la República, razones por las que el recurso será acogido en los términos que se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

La conclusión expresada se impone, además sobre la base de lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley de Bases de la Administración del Estado, que obliga a las autoridades y sus órganos a “cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción evitando la interferencia de funciones.” A lo anterior se agrega que el mismo legislador en los artículos 9° y 14 de la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo dispuso que “al solicitar los trámites que deban ser cumplidos por otros órganos, deberá consignarse en la comunicación cursada el plazo establecido al efecto” por toda la tramitación del requerimiento, con el propósito que advierte el requerido que debe contestar con prontitud y que lo anterior se realiza única y exclusivamente por ser de su competencia, puesto que la ley ordenó que “Requerido un órgano de la Administración para intervenir en un asunto que no sea de su competencia, enviará de inmediato los antecedentes a la autoridad que deba conocer según el ordenamiento jurídico, informando de ella al interesado.” Sea que esta falta de competencia sea respecto de toda la materia o de un trámite destinado a resolverla.

Con la falta de actividad evidenciada en los antecedentes se transgrede igualmente el principio de celeridad, que impone a las autoridades actuar de oficio en todos los trámites que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar su pronta y debida decisión (...).”

Del fallo se desprende que la CS reprocha la falta de actividad debida, ello porque vulnera principios del derecho administrativo tales como la celeridad, la coordinación y unidad de acción de los OAE, el cumplimiento oportuno de los plazos y el deber de actuar por iniciativa propia, procurando rapidez en los trámites. Esta directriz permite plantear que el recurso de protección es un mecanismo óptimo para subsanar la falta de actividad de la administración: lo que necesitaba el administrado es que se le dé tramitación a su expediente para así dictar resolución final, y eso es precisamente lo que la CS ordena. Por lo demás, en virtud de lo planteado en capítulos anteriores, el recurso de protección era la mejor herramienta para poder solucionar esta controversia, dado que, de haberse aplicado la técnica del silencio administrativo (negativo, considerando que es una solicitud desfavorable al patrimonio fiscal y es un procedimiento que se debe iniciar de oficio por la CAPREDENA), el administrado, además de esperar los 2 años de su tramitación, tendría que haberse sometido a un nuevo proceso de impugnación ante un OAE que dilató excesivamente su solicitud, lo cual habría generado una importante deslegitimación y desconfianza en la institución.

En conclusión, considerando que la CS argumenta en base a los principios de celeridad y declara como ilegales aquellas conductas administrativas que se apartan de la norma, y condena las dilaciones excesivas imputables a la inactividad de los OAE, se debe plantear la efectividad de la acción, dado que la jurisprudencia indica el acogimiento de recursos de protección por omisiones notoriamente ilegales, consistente en dilaciones excesivas dentro del procedimiento, reprochando de esta manera la falta de actividad debida.

B) Omisión de informes

Los informes son “declaraciones de juicio emitidas por órganos especialmente cualificados en materias determinadas llamadas a ilustrar al órgano decisor y a proporcionarle los elementos de juicio necesarios para dictar su resolución con garantías de acierto (...) Desde el punto de vista de la obligatoriedad de su emisión, los informes pueden ser preceptivos o facultativos, según que venga o no exigida su emisión por las normas aplicables en cada caso concreto.”¹⁷⁸. Los informes constituyen, por regla general, la manera en que intervienen otros organismos administrativos en los procedimientos administrativos, emitiendo opiniones o análisis técnicos¹⁷⁹. Por ende, la emisión de informes emitidos por otros órganos es una clara manifestación del principio de eficiencia y coordinación consagrado en el artículo 5 de la

¹⁷⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, G. y FERNANDEZ, T. Curso de derecho administrativo, vol. II. p. 504.

¹⁷⁹ VALDIVIA, J. op.cit. p. 255.

LOCBGAE, que reza: *“Las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública. Los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones”*.

Tratándose de informes obligatorios, cabe analizar un RP dirigido en contra de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, quien es el encargado de tramitar la solicitud de Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios (ECMPO) regulada por la Ley N°20.249, y en contra de la subsecretaría para las Fuerzas Armadas, quienes son los encargados de otorgar las concesiones de acuicultura¹⁸⁰. El procedimiento en cuestión consiste en que las solicitudes deben ser presentadas ante la Subsecretaría de Pesca, quien verificará en el plazo de 2 meses si se sobrepone a concesiones de acuicultura, marítimas o áreas de manejo otorgada a otros titulares. En caso de que ello no exista, la Subsecretaría remitirá la solicitud a la CONADI para que ésta emita un informe que acredite el uso consuetudinario invocado por el solicitante. Los hechos indican que la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas otorgó dos concesiones de acuicultura con posterioridad a la presentación de la solicitud de ECMPO, en circunstancias que, una vez interpuesta, se debe suspender la tramitación de otras peticiones, en virtud del estudio que deben realizar la Subsecretaría y la CONADI. La CS acoge el recurso, ordenando a dejar sin efecto las concesiones emitidas hasta que se emita el informe consuetudinario por la CONADI, además, declara:

“Segundo: Que, como se aprecia, la presente acción constitucional se fundamenta en la infracción de lo establecido en la Ley N° 20.249, cuerpo legal que crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios (ECMPO). (...)

Cuarto: (...) Por lo demás, no obstante que el Estado de Chile ejecuta sus funciones a través de distintos órganos, es uno solo, por lo que debe haber un esfuerzo serio de coordinación entre las distintas instituciones, especialmente cuando todas ellas están ubicadas en una misma región y manejan semejantes recursos, debiendo actuar mancomunadamente con el fin de no perjudicar a las personas, a cuyo servicio se encuentra el Estado conforme a lo preceptuado en el artículo 1° inciso 4° de la Constitución Política de la República.

[...]

Sexto: Que la ilegalidad referida se traduce en una discriminación arbitraria que afecta el derecho fundamental de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, porque desconoce que a la comunidad indígena recurrente debe dársele el mismo trato que al resto de las comunidades que presentan similares reclamos, quienes tienen derecho

¹⁸⁰ “Comunidad Indígena ATAP con Riquelme”, Corte Suprema, 1 de julio de 2019, Rol N° 31.594-2018.

a obtener pronunciamientos de las respectivas Comisiones Regionales de Uso del Borde Costero debidamente acordados por ellas, con estricto apego a la Ley y con reales posibilidades de ser acogidas”.

Como se dijo anteriormente, la emisión de informes es una manifestación del principio de coordinación y eficiencia de los OAE, y, en este caso, queda demostrado que omitir etapas del procedimiento y actuar sin la debida coordinación, acarrea consecuencias negativas para los administrados y para el acto final, toda vez que el informe de la CONADI es un requisito obligatorio para la validez del acto. Por otro lado, en el considerando segundo del fallo, la CS realiza un esquema del procedimiento regido por la Ley N°20.249, lo cual, de cierta manera, implica que los jueces son los que en última instancia delimitan la actividad formal de la administración (qué actos deben cumplirse, en qué orden y los principios a seguir). Al determinar cuál era la actividad óptima que debió realizar la administración, en base a su normativa y principios, para luego declarar que la omisión de los recurridos es notoriamente ilegal y arbitraria, permite apreciar que la CS adopta una posición de tutela judicial objetiva, en la que los ciudadanos pueden exigir mediante el recurso de protección la aplicación de la legislación administrativa. Corolario de lo anterior es que, luego de realizar un examen de legalidad, mencione la vulneración al derecho de igualdad ante la ley, que, como he mencionado, es el derecho utilizado para exigir la plena sujeción de la actuación administrativa al principio de legalidad. Como puede suponerse, el recurso de protección demuestra nuevamente ser efectivo para controlar potestades regladas, de carácter obligatorio, dentro del procedimiento administrativo. ¿Es capaz de controlar la inactividad por omisión de informes facultativos?

Para responder esta pregunta cabe analizar fallos de recurso de protección que se enmarcan en el procedimiento de solicitud de licencias médicas que se desarrolla ante la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez (Compin) y es regulado mediante el Reglamento de Otorgamiento de Licencias Médicas. En este procedimiento también juega un rol la Superintendencia de Seguridad Social (SUSESO), pues, según la ley 16.395 que fija sus atribuciones, se establece que le compete resolver presentaciones, apelaciones y reclamos de usuarios y entes públicos o privados de la seguridad social. En los últimos años, la CS ha acogido varios recursos de protección interpuestos en contra de la SUSESO con el motivo de confirmar el rechazo de licencias médicas, el cual es un acto emitido en primera instancia por la Compin y la Unidad de Licencias Médicas, pudiendo intervenir en ciertas ocasiones la ISAPRE o ente previsional. El rechazo, en la gran mayoría de las ocasiones, se debía a que el reposo no se encontraba justificado dado que la patología era definida como irrecuperable y, por ende, no correspondía acoger nuevas licencias médicas, de manera que no se lograba cumplir a cabalidad el requisito de motivar el acto administrativo por el cual se otorgaba una licencia médica.

En un caso en específico, la ilegalidad y arbitrariedad alegada por los recurrentes consistía en la omisión de la Compin y la SUSESO de la facultad que les confiere el artículo 22 del Reglamento citado, que

expresa: “*La Unidad de Licencias Médicas podrá elevar a consideración de la Compín los antecedentes de cualquier trabajador que se encuentre acogido al régimen de licencia médica y cuya afección se estime de naturaleza irrecuperable. Lo anterior se entiende sin perjuicio del dictamen obligatorio de dicha Compín, en los casos establecidos por la ley y este Reglamento. Las ISAPRES en la situación de afecciones que estimen irrecuperables, podrán solicitar la declaración de invalidez del cotizante afecto al Sistema Previsional establecido en el decreto ley N° 3.500, de 1980, a las Comisiones Médicas Regionales, creadas por el artículo 11, del mismo texto legal; en el caso de los cotizantes que no estén afectos al sistema previsional establecido en el decreto ley N° 3.500, de 1980, la ISAPRE solicitará dicha declaración de invalidez a la Compín correspondiente*”¹⁸¹. En vista de ello, el recurrente solicita la necesidad de establecer de modo fehaciente su irrecuperabilidad y disponer si fuere necesario su declaración de invalidez, y que, por inactividad de las entidades recurridas se le está privando de gozar de licencia médica siendo que efectivamente se encuentra imposibilitado de ejercer una actividad normal. Ante dicha omisión, la CS declaró primeramente que, para dar un legítimo requerimiento a los usuarios del sistema de salud público o privado, la SUSESO puede disponer a los entes bajo su supervigilancia que ejecuten acciones contempladas en la ley. Luego señala:

“Sexto: Que a la luz del fundamento esgrimido para rechazar las licencias médicas, el que estriba en el carácter crónico del padecimiento del recurrente, la decisión adoptada por la Superintendencia resulta ilegal y arbitraria, al no haber instado – mediante los mecanismos legales correspondientes- a efectos de la oportuna remisión de los antecedentes del recurrente a la Comisión Médica para que ésta proceda a calificar la eventual invalidez que afecta al actor, iniciativa que no resulta baladí al tenor de lo dispuesto en la Circular N°2 C/134 de fecha 24 de junio de 1985 que dispone que mientras dure el trámite de calificación de invalidez y hasta que se emita el dictamen definitivo y éste se considere legalmente ejecutoriado, las COMPIN deben continuar autorizando las licencias médicas y pagando los correspondientes subsidios. En efecto ha sido el legislador quien ha dispuesto que “los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones” (artículo 5° inciso segundo de la Ley N° 18.575, cuyo texto refundido fue fijado por el D.F.L. N°1/19.653), a lo que se suman los principios de eficiencia, eficacia, economía procedimental y de inexcusabilidad, en cuanto se ordena que la autoridad administrativa deberá instar siempre por la resolución integral de los asuntos sometidos a su conocimiento, incluso derivado de su ponderación a quien tenga la competencia para ello (artículo 14 inciso segundo de la Ley N° 19.880).

Séptimo: Que, de esta forma, se advierte que el rechazo de las licencias médicas que se alega por el recurrente, importa de parte de la autoridad el ejercicio de una facultad de forma meramente potestativa, con desconocimiento de la certeza y seguridad jurídica que a los ciudadanos se les debe, al ejercer sus facultades, en especial, si como en esta materia se ven involucradas garantías especialmente

¹⁸¹ “Zambrano con Superintendencia de Seguridad Social”, Corte Suprema, 30 de abril de 2018, Rol N° 2.198-2018.

protegidas por el constituyente, como la vida y la salud de las personas, y lo sitúa en una encrucijada en la que a razón de su condición de salud no puede trabajar, pero, dada la cronicidad de la misma no tiene derecho al pago del subsidio que la respectiva licencia genera”.

Como se explicó anteriormente, los informes pueden ser preceptivos o facultativos, siendo estos últimos “voluntarios” de emitir o solicitar por parte del OAE encargado de la tramitación del procedimiento. No obstante, con esta sentencia, parece de manifiesto que el control que ejerce la Corte Suprema se extiende incluso a las “facultades meramente potestativas del órgano”, cuya omisión no implica necesariamente una conducta antijurídica. Al respecto, Gómez Puente plantea que no puede hablarse de inactividad en la instrucción del procedimiento cuando la solicitud del informe no es preceptiva, sino meramente facultativo. En todo caso, estaríamos frente a una “variante de inactividad”, sin perjuicio que, dicha omisión constituye un vicio formal que, a la luz de las categorías españolas, puede provocar la anulabilidad de la resolución que se dicte cuando la falta de petición de informes perjudica el fin de la resolución o provoca indefensión de los interesados¹⁸². Ahora bien, dejando a un lado la categorización de la conducta omisiva, esta variante de inactividad, es decir, las omisiones a facultades meramente potestativas, son susceptibles de control por el recurso de protección en virtud de rol de esta acción para dar tutela judicial a los administrados, lo cual se plasma en el considerando séptimo recién citado, al indicar que la omisión de este tipo de facultades debe considerar especialmente garantías como la vida y la salud de las personas. Aunque bien puede plantearse que el análisis de este elemento es notoriamente más breve que el examen de legalidad que realiza la CS respecto de la conducta de los entes recurridos, llegando incluso a citar una circular del año 1985 emitida por la Compin, por lo que la afectación del derecho invocado no es del todo relevante dentro del análisis de la CS. Es más, es dable concluir que casi toda etapa del procedimiento administrativo, sea esta voluntaria u obligatoria, podrá ser sometida a un análisis de legalidad a partir de una vulneración de los derechos fundamentales protegidos por el art. 20 CPR. Además, en el caso en comento, el recurrente alega una vulneración al derecho a la vida y a la propiedad, mas sin mencionar una vulneración al derecho de igualdad ante la ley, el cual es el DDFP utilizado para controlar la legalidad de la actividad administrativa. Por último, y para reforzar la idea de extensión del control de la CS en la inactividad dentro del procedimiento administrativo, la orden que emite la CS, indica que “deberá pagarse el subsidio por incapacidad laboral derivado de las licencias médicas rechazadas, así como la autorización y consecuente pago posterior de las otras licencias cuestionadas, además de ordenar que se remitan los antecedentes del recurrente a la Comisión Médica para que se pronuncie en relación a la eventual invalidez que aqueja al recurrente” demostrando que son los jueces quienes son los llamados a delimitar los contornos de las potestades y reglas aplicables, imponiéndose incluso ante la Administración.

¹⁸² GOMEZ PUENTE, op.cit. p. 468.

En un caso más reciente, las Cortes mantuvieron el criterio respecto a exigir el cumplimiento de una facultad meramente potestativa, incluyendo dentro de su argumentación que el acto por cual se rechaza la licencia médica carece de la justificación necesaria producto de la omisión de informes¹⁸³. Al igual que en el caso anterior, el análisis respecto a la vulneración de garantías constitucionales es mínimo, en cambio, el análisis sobre la legalidad de la conducta es más extenso, basándose, además, en los artículos 16 y 21 del Reglamento de Autorización de Licencias Médicas, que expresan que la Compín y demás entes previsionales podrán pedir nuevos exámenes o informes para el mejor acierto de las autorizaciones o rechazos de las licencias médicas. Así, aunque la CS sigue considerando que la solicitud de informes es una facultad meramente potestativa, realiza un análisis más extenso respecto a la legalidad de conducta omisiva, relacionando la carencia del informe como causa del incumplimiento de fundamentar un acto administrativo:

“Sexto: Que, en consecuencia, la conducta del organismo recurrido no se ajustó a la preceptiva que gobierna la cuestión, tanto por no especificar los fundamentos de su determinación, como al no decretar nuevos exámenes o disponer una evaluación médica con el propósito de esclarecer la condición actual de salud del recurrente.

En atención a lo expuesto, tanto la ausencia de justificación, como la circunstancia de no haber sometido al paciente a nuevos exámenes, controles o una evaluación clínica por los servicios administrativos competentes, son componentes que debieron detallarse con mayor rigurosidad antes de resolver el asunto en sede administrativa, diligencias imprescindibles para objetivar el diagnóstico y no dejarlo sujeto a la mera discrecionalidad de los entes recurridos, con la subsecuente falta de pago de las licencias médicas correspondientes.

Séptimo: Que es así como se torna del todo arbitrario desestimar un permiso médico concedido por facultativos sin ningún motivo adicional suministrado por las entidades criticadas, simplemente sobre la base de la ponderación de los antecedentes tenidos a la vista, sin un elemento de juicio complementario de contraste para disipar, frente a la paciente y terceros interesados, cualquier duda, en especial, sometiéndola a evaluaciones médicas accesorias.

En semejantes coyunturas, ante colofones tan definitivos para las personas, cabe exigir un mínimo de diligencia a la autoridad, sobre quien pesa su actuar de oficio y respeto por los axiomas de no discriminación, objetividad y exhaustividad en su proceder”.

A diferencia del caso anterior, la CS es menos invasiva respecto a la orden, declarando que la SUSESO deberá disponer que la Compín encargue un informe médico a fin de determinar la procedencia de la licencia médica, para que, de esa manera, se pronuncie nuevamente acerca de las licencias denegadas. A mi juicio, esta declaración encajaría perfecto con los fines del recurso de protección como un

¹⁸³ “Luis Manuel Gatica González con Superintendencia de Seguridad Social”, Corte Suprema, 16 de abril de 2020, Rol N° 39.507-2020.

contencioso administrativo de la inactividad, ya que la CS ordena derechamente que la Compín emita el informe y así subsanar la inactividad en la instrucción del procedimiento provocada por la omisión a la norma que faculta a la Compín a solicitar informes, demostrando la efectividad del recurso para proteger a los administrados frente a omisiones dentro de los procedimientos administrativos. Ahora, cabe destacar que en ambos casos se recurrió en contra de la SUSESO por emitir un acto administrativo que rechazaba las licencias médicas producto de la omisión de un informe, de manera que cabe esclarecer la operatividad del recurso de protección frente al silencio de un órgano informante o frente a informes tardíos (los cuales son situaciones controlables mediante el contencioso administrativo de la inactividad del ordenamiento español) sin existir un acto administrativo resolutorio y definitivo. Tomando en cuenta el fallo analizado en contra del Ejército y la CAPREDENA, no hay por qué excluir la posibilidad de operatividad del recurso de protección para estos casos y lograr una condena desfavorable a la Administración que la ordene a emitir un informe en específico.

C) Omisión de procedimiento de participación ciudadana.

Si recordamos las funciones del procedimiento administrativo, nos encontramos con que este cumple un rol de racionalización de la toma de decisiones de los OAE, producto que el procedimiento es un medio de revelación y encuentro de información; ello explica que sea definido como una secuencia organizada de obtención y tratamiento de información.¹⁸⁴ En ciertos procedimientos administrativos, dicho encuentro de información se ve fuertemente nutrido por procesos de consulta ciudadana, los cuales pueden ser de carácter obligatorio o facultativo. La importancia de realizar procedimientos de participación ciudadana se ha impuesto como un eje central en teorías contemporáneas de derecho administrativo. La decisión de la administración ya no puede legitimarse únicamente en la ejecución de la norma y en la adjudicación del monopolio del conocimiento técnico; los ciudadanos demandan, cada vez más, que se les tome en consideración en el desarrollo de la actividad administrativa y que se justifiquen las razones de esta, lo cual, a su vez, colabora con robustecer la legitimidad democrática de la actividad administrativa¹⁸⁵. Es así como, dentro de la etapa de instrucción, se contempla el trámite de información pública o de consultas ciudadanas, los cuales permiten recoger las observaciones o alegaciones de la comunidad e incorporarlas al expediente.

Como se esbozó previamente, el trámite de participación ciudadana puede ser facultativo o preceptivo. En este último caso, la omisión constituye un caso de inactividad administrativa que amerita ser controlada. En el derecho chileno, podemos mencionar como ejemplos de trámite de participación ciudadana, de carácter preceptiva, el procedimiento de participación en los Estudios de Impacto Ambiental, en las Declaraciones de Impacto Ambiental bajo ciertos supuestos y, de conformidad con el

¹⁸⁴ CORDERO, L. Lecciones de derecho administrativo, op.cit. p. 342.

¹⁸⁵ *Ibíd.* p. 347.

artículo 6° del Convenio N° 169 de la OIT, el trámite de consulta indígena será obligatorio cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar a los pueblos originarios de forma directa. En este contexto, creo necesario destacar un fallo de la CS que acoge un recurso de protección interpuesto en contra del Gobierno Regional de Coquimbo, debido a la promulgación del Plan Regulador Intercomunal de la Provincia de Elqui (“PRIE”) sin haber realizado la consulta indígena previa¹⁸⁶.

Lo interesante del caso es que el procedimiento para dictar el PRIE comenzó en 2011, sometiéndose voluntariamente a un procedimiento de participación ciudadana ejecutado entre el 2011 y comienzos del 2014. Dicha participación ciudadana se realizó antes de la dictación del D.S. N°66/2014 del Ministerio de Desarrollo Social, que reglamentó el procedimiento de consulta indígena. Además, en aquella ocasión, las recurrentes aún no se constituían como organización indígena. En virtud de ello, el Gobierno Regional de Coquimbo concluyó la impertinencia de la consulta indígena. No obstante, la CS se basó en el Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, el cual entró en vigencia en septiembre de 2009. El artículo 6° numeral 1° literal a) de dicho convenio ordena que los gobiernos deberán “consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. Por lo demás, cuando el D.S. 66/2014 fue promulgado, su artículo único transitorio rezaba que “La substanciación y ritualidad de los procesos de consulta iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia de esta normativa, se regirán por las normas del presente reglamento una vez publicado. Para dicho efecto los procesos ya iniciados deberán homologar la etapa en que se encuentren a la etapa que corresponda definida en este reglamento, respetando todo lo obrado previamente y adoptando los cambios que sean necesarios desde la etapa que se encuentren en adelante”. Es así como la CS construye el estándar óptimo de la actividad debida, y, constatando la omisión, declara:

“Quinto: Que, según estos antecedentes, habiéndose invocado por los recurrentes situaciones específicas y concretas que podrían significar la afectación de intereses del pueblo diaguíta, no ha sido acreditado por el recurrido que el procedimiento de participación ciudadana hubiese cumplido con la exigencia de homologación contenida en la norma antes transcrita, para así analizar la eventual necesidad de introducir cambios a las etapas ya realizadas.

Esta omisión, importa una inobservancia a las normas que rigen la materia y conculca el derecho que asiste a las actoras a la igual aplicación de la ley en materias de su interés, lo que determina la adopción de las medidas que se dirán en lo resolutivo.”

En este caso, la inactividad es palmaria: la CS analiza las normas que regulan la actividad, declaran el deber de actuar consistente en este caso en homologar la etapa del procedimiento para dictar el PRIE

¹⁸⁶ “Asociación Indígena Amakay Kakan con Gobierno Regional de Coquimbo”, Corte Suprema, 24 de octubre de 2019, Rol N° 22.189-2019.

a la etapa de consulta indígena definida en el reglamento, luego declaran la omisión a dicho deber legal, el cual es injustificado puesto que dicho PRIE concluyó en 2019, por lo que, en palabras de la CS, en el año 2014 “se encontraba lejos de llegar a su conclusión” (considerando 4º). En este caso, y al igual que en la jurisdicción contencios administrativo española, la inactividad de este trámite “sólo puede combatirse impugnando la resolución del procedimiento (...) Habrá que esperar, por tanto, a la resolución final que, de haberse omitido la preceptiva información pública, habrá quedado viciada de nulidad, motivo formal suficiente para sustentar la impugnación”¹⁸⁷. La CS ordenó en lo resolutivo al Gobierno Regional de Coquimbo a suspender la aplicación del PRIE, únicamente en una determinada área de influencia que era preocupación de los recurrentes, debiendo iniciar el procedimiento de revisión del acto. Tratándose de trámites obligatorios para la Administración, la CS es precisa en cuanto al contenido del fallo y a la orden que emite con él; efectivamente la vulneración a la ley era manifiesta y la forma de restaurar el imperio del derecho, dando tutela al art. 19 n°2 CPR, era mediante la suspensión del acto viciado y la realización del procedimiento de consulta ciudadana.

Ahora, ¿no existía otra forma de impugnación dentro del procedimiento mismo de promulgación de un plan regulador intercomunal? Primeramente, la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC) señala en su art. 36 que en la etapa de realización del anteproyecto del PRI se deberá realizar una consulta pública de manera obligatoria, mas, al ser la consulta indígena un trámite preceptivo regulado por otra ley, ciertamente no se indica un tipo de recurso para los casos en que no se realice este procedimiento de consulta. Lo anterior es lógico considerando el art. 15 de la LBPA, que expresa que los actos trámites no son impugnables, salvo cuando generan indefensión o hacen imposible continuar con el procedimiento. Además, la LGUC tampoco contempla un régimen de impugnaciones, por lo que las formas para recurrir son dispersas: reclamo de ilegalidad municipal, requerimiento ante la CGR o bien, mediante el recurso de protección, que, como hemos mencionado, se caracteriza por ser más sumario e informal que las instancias mencionadas. En conclusión, la acción de protección demuestra, una vez más, ser un medio efectivo para controlar las omisiones ilegales en que incurren los OAE, logrando condenas que ordenan a la Administración a realizar la actividad debida por ley u otro cuerpo normativo.

Además, también permite controlar supuestos de inactividad en la realización de la participación ciudadana aún cuando la Administración opta de manera deliberada por rechazar esta. En otras palabras, el recurso de protección se ha utilizado como mecanismo de control de decisiones discrecionales, tales como la decisión de abrir un procedimiento de consulta ciudadana cuando esta debe sujetarse a ciertos requisitos. Así, hay fallos que acogen recursos de protección en contra de resoluciones dictadas por el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental que rechazan

¹⁸⁷ GOMEZ, M. op.cit. p. 476.

solicitudes de participación ciudadana en procedimientos de Declaración de Impacto Ambiental (DIA)¹⁸⁸. De acuerdo con el art. 94 del Reglamento del SEIA, el Director Ejecutivo podrá decretar un proceso de participación ciudadana dentro de la DIA cuando genere cargas ambientales, esto es, que debe, necesaria y copulativamente, producir beneficios sociales y externalidades negativas. Todo ello, siempre que lo soliciten a lo menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica o como mínimo 10 personas naturales directamente afectadas. Además, el mismo artículo luego expresa que se considera que generan cargas ambientales la enumeración de proyectos contenidos en las letras a.1), b), c), d), e), f), j) y o) del art. 3 del mismo Reglamento. Si bien del tenor literal de la norma, aparece que el director ejecutivo del SEA “puede decretar”, cierta doctrina y jurisprudencia entiende que esta no es una facultad discrecional para este organismo, de manera que, “deducida una solicitud de participación ciudadana, si esta cumple con los requisitos legales, debe necesariamente dársele lugar y decretarse la Participación Ciudadana”¹⁸⁹. En el caso en cuestión, la participación ciudadana se había rechazado ya que el servicio consideró que el proyecto no generaba cargas ambientales por no generar beneficios sociales, siendo esta la decisión de carácter discrecional. Frente a esto, la CS se plantea la siguiente pregunta: ¿acaso no todos los proyectos de inversión generan de forma indirecta beneficios sociales? La respuesta que otorga es positiva:

“Décimo cuarto: (...) La doctrina ha sostenido que: “Así las cosas, salvo una difícil interpretación restrictiva de los beneficios sociales, tenemos como consecuencia lógica que la inmensa mayoría de los proyectos que se someterán al SEIA tendrán esa característica, por cuanto de la revisión de las tipologías contenidas en el artículo 10 no encontramos ningún proyecto que no produzca, aunque sea en menor escala, algún beneficio social” (Ezio, Costa Cordella y otra, La Participación Ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental en Justicia Ambiental, Revista de Derecho Ambiental de la Fiscalía del Medio Ambiente, FIMA, año 2011, pág. 99).

Décimo quinto: Que en este escenario y conforme a lo antes expresado, tratándose de un proyecto sometido a una Declaración de Impacto Ambiental, que versa sobre la forma de extracción de un mineral, es una actividad sometida al SEIA que generará, en mayor o menor medida, un beneficio o utilidad social, suficiente para cumplir con la exigencia del artículo 30 bis de la Ley N° 19.300, por lo que debió darse lugar al proceso de participación ciudadana, por cuanto concurren en la especie las demás exigencias que ha establecido el legislador.

[...]

Décimo séptimo: Que la omisión del proceso de participación ciudadana legalmente requerido por los actores deviene en ilegal, pues impide el efectivo ejercicio del principio de participación consagrado en el Derecho Ambiental Chileno, que la autoridad debía acatar por imperativo legal,

¹⁸⁸ “Soto con SEA”, Corte Suprema, 15 de mayo de 2019, Rol N° 197-2019. También ver: SCS Rol N° 62.662-2020.

¹⁸⁹ COSTA, Ezio y FUENTES, Paula. La Participación Ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental. En Revista de Derecho Ambiental, Fiscalía del Medio Ambiente, 2011. p. 95 (83-106).

aspecto que lesiona la garantía de igualdad ante la ley, al no aplicarse las disposiciones contenidas en los artículos 26 y siguientes de la Ley N° 19.300, que consagran la participación de la comunidad en el Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental.”

El fallo mencionado no es notoriamente un supuesto de inactividad formal, ya que, dentro de las facultades del servicio, está la de analizar y determinar cuando un proyecto es capaz de generar cargas ambientales. Ahora bien, desde una perspectiva, pareciera que este es un caso de control de discrecionalidad de la administración donde la CS, indebidamente, se inmiscuye en facultades propias de un OAE; no obstante, desde otra perspectiva, el servicio debe cumplir con los estándares necesarios de fundamentación del acto administrativo, de manera que, aducir de manera superficial que un proyecto no genera carga ambiental puesto que no produce beneficios sociales, importa un incumplimiento al deber de fundamentar correctamente el acto administrativo, sobre todo si se es indiferente con la literatura y jurisprudencia que existe al respecto. En virtud de ello, es dable concluir que sí estamos en un supuesto de inactividad, puesto que el OAE omitió un trámite debido producto de una errónea interpretación de la norma. De esta manera, el recurso de protección demuestra ser un recurso bastante amplio en cuanto a su campo de acción; al igual que en los casos en que la Compin omite la realización de informes, es la Corte Suprema quien, en última instancia, delimita e interpreta la normativa que rige la actividad formal de la administración, debiendo esta cumplir con los parámetros propuestos por los jueces. En caso contrario, la omisión será un supuesto de vulneración del artículo 19 n°2 CPR que regula el derecho fundamental a la igualdad ante la ley, y, por tanto, susceptible del control de protección.

5.2.3 Finalización del procedimiento

Tal como indica el artículo 18 de la LBPA, el procedimiento administrativo tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal. En esta etapa son claves el principio de inexcusabilidad, consagrado en el art. 14 de la misma ley: “*la Administración estará obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla, cualquiera sea su forma de notificación*”, como también el principio conclusivo regulado en el art.8: “*todo el procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad*”. Así, como se desarrolló en un capítulo previo, la ausencia de resolución será sancionada mediante el silencio administrativo o la nulidad del acto, ya que la actividad de la administración no puede mantenerse infinitamente en el tiempo¹⁹⁰. La forma normal de finalización del procedimiento es la dictación por parte de la Administración del acto definitivo que le pone fin, esto es, la resolución ordinaria o declaratoria de voluntad. En virtud del principio de congruencia, por medio de la resolución final la Administración está obligada a dar respuesta a todas

¹⁹⁰ CORDERO, L. Lecciones de derecho administrativo, op.cit. p. 361.

las peticiones formuladas por los interesados, sin que en ningún caso se pueda agravar su situación inicial (prohibición de *reformatio in peius*). Asimismo, obliga a los OAE a decidir todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas de la instrucción del procedimiento¹⁹¹. Además, como se anticipó, los procedimientos administrativos iniciados a instancia de parte también pueden concluir mediante resolución presunta, la cual es producida cuando, transcurrido el plazo máximo dispuesto para resolver, la administración no ha dictado ni notificado la resolución correspondiente¹⁹². Ahora, como es sabido, los plazos que corren contra la Administración no son fatales, lo cual, si bien es una garantía para el buen funcionamiento del servicio por cuanto las garantías en juego son mayores, es un problema para los administrados, pues los OAE pueden abusar de dicha *no-fatalidad de los plazos*, lo cual es ciertamente una conducta arbitraria y contraria al principio de servicialidad.

La finalidad del procedimiento, esto es, es la producción del acto terminal, implica que la Administración tiene un deber de resolver. Así lo ha señalado jurisprudencia de la CS fallando un recurso de protección interpuesto en contra de la Municipalidad de Laja debido a la omisión a emitir un pronunciamiento respecto de la presentación del recurrente en el contexto de un procedimiento administrativo de solicitud de permiso de edificación¹⁹³. La recurrida señala que la Dirección de Obras Municipales (DOM) ha tardado más de un año en dar respuesta a la presentación de la actora, de fecha 2 de enero de 2018. La tardanza de más de 1 año fue suficiente para que la CS determine la ilegalidad y arbitrariedad de la inactividad del OAE:

“Quinto: Que, tal como se asentó en el literal d) del motivo que antecede, es un hecho que la Dirección de Obras Municipales de la recurrida ha tardado más de un año en dar respuesta a la presentación de la actora de fecha 2 de enero de 2018, circunstancia que, por sí sola, constituye un acto ilegal y arbitrario, pues no sólo vulnera el deber que tiene la Administración de resolver las solicitudes de los interesados con la debida celeridad, consagrado en los artículos 4 y 7 de la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, y en el artículo 3° letra e) de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades; sino que, además, la omisión carece de razonabilidad, toda vez que responde al desorden administrativo interno del ente edilicio, según se advierte de lo expuesto por la recurrida en el documento singularizado como “informe N° 38” de 1 de marzo de 2019, emanado de la misma parte.

[...]

Séptimo: Que, de la manera en que se viene razonando, se torna evidente que la recurrida ha actuado al margen de la ley al omitir pronunciamiento, por más de un año, en relación a la presentación de la actora de fecha 2 de enero de 2018, con lo cual se ha vulnerado la garantía de igualdad ante la ley

¹⁹¹ PAREJO, L. op.cit. p.367.

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ “Iglesia desde las Escrituras con Municipalidad de Laja”, Corte Suprema, 26 de mayo de 2019, Rol N° 33.534-2018.

y el derecho de propiedad, consagrados en el artículo 19 Nos. 2 y 24 de la Carta Fundamental, cuestión que determina el acogimiento del recurso de apelación deducido por la recurrente.”

El criterio por el que opta la CS es el siguiente: la tardanza excesiva, como, por ejemplo, de 1 año, es de por sí un acto ilegal y arbitrario, que se encuentra al margen de la ley, ya que vulnera principalmente el principio de celeridad que garantiza que los OAE deben impulsar de oficio todos los trámites, actuando por propia iniciativa en la prosecución del procedimiento. Otros principios relativos al deber de resolver son los principios conclusivo, inexcusabilidad y economía procedimental. En otro fallo emitido por la CS, donde se acoge un recurso de protección interpuesto en contra del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, la CS razona exclusivamente en base a estos principios¹⁹⁴. El caso consiste en una persona que ingresó a nuestro país en calidad de turista, por lo que, previo al vencimiento de esta visa, solicitó en junio de 2019 una visa de permanencia definitiva, la cual, a comienzos del 2021, registraba sólo un 5% de avance, dejando al recurrente con una cédula de identidad vencida. Al respecto, la CS declara:

“Quinto: Que, del mérito de lo informado por el recurrido, queda en evidencia el incumplimiento de la normativa que regula la actividad de la Administración, toda vez que la autoridad respectiva ha desconocido la aplicación de los principios de celeridad, conclusivo, de economía procedimental e inexcusabilidad, en tanto ha dilatado la decisión de la solicitud de residencia definitivas presentada por el recurrente, excediendo el plazo establecido en el artículo 27 de la mencionada Ley N° 19.880.

Sexto: Que, en este aspecto, es preciso ser enfático, en cuanto no corresponde a esta Corte determinar si procede o no, otorgar la residencia definitiva a los actores, desde que no existe un acto administrativo que adopte una decisión sobre el particular. En efecto, es justamente esta omisión la que constituye el proceder ilegal reprochado al recurrido, en tanto han transcurrido más de seis meses desde la presentación de la solicitud, manteniendo al actor en la incertidumbre al no emitir pronunciamiento sobre sus solicitudes, pese a la obligación legal que tiene al efecto y aun cuando el estado de los antecedentes le permite hacerlo. Lo expuesto es relevante, toda vez que no existe un acto administrativo formal expedido por la autoridad que contenga las razones para acceder o denegar la solicitud planteada por el recurrente, cuestión que es obligatoria, puesto que sólo a través de la expedición del acto administrativo respectivo surgen para el administrado una serie de garantías vinculadas con el control jurisdiccional del mismo, revisión que, como se ha señalado, no puede llevarse a cabo en autos debido a la ilegalidad en que ha incurrido el recurrido.

Séptimo: Que la omisión en que incurrió este último no sólo debe ser calificada de ilegal, sino que, además, vulnera la garantía de igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Carta

¹⁹⁴ “Aguirre con Departamento de Extranjería y Migración”, Corte Suprema, 23 de marzo de 2021, Rol N° 5.411-2021-

Fundamental, en tanto importa una discriminación en contra del actor en relación con el trato dispensado a otros interesados que, en situación jurídica equivalente, han podido tramitar debidamente sus solicitudes, obteniendo una respuesta formal en la que se contengan las razones conforme a las cuales la autoridad ha adoptado la decisión terminal pertinente, permitiendo de este modo, a esos otros administrados, requerir, de ser ello procedente, la revisión jurisdiccional del acto respectivo.”

A diferencia de los casos analizados previamente, la CS no realiza un examen de legalidad haciendo una “comparación-subsunción” del marco normativo que rige la actividad con los hechos concretos, sino que argumenta en base a los principios que rigen la actividad normativa. Una explicación se puede dar por la no fatalidad de los plazos que rigen a la administración, de manera que estos sirven como un parámetro para medir cuán irrazonable está siendo una demora en la finalización del procedimiento. El deber de resolver se explica por la vocación dinámica de la Administración, la cual importa de parte de esta el sometimiento pleno a la legalidad y servicialidad, en otras palabras, a su funcionalidad para servir al interés general. En virtud de esta, la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y solicitudes que formulen a la administración, pues es por este motivo que fue investida de poder de resolución en primer lugar. En este sentido, la Administración debe regirse por principios que encaucen su actuar, y que, sin importar cuantas justificaciones que pueda declarar el servicio o cantidad de solicitudes que demoren su trabajo, siempre deben de regirse por los principios contenidos en la LBPA. En un caso contrario, los ciudadanos estarán cada vez más alejados de la Administración, perdiendo esta legitimidad y generando desconfianza, lo cual perjudica la estabilidad social y democrática.

Retomando el fallo en comento, es importante tomar en cuenta que la CS utiliza como parámetro el plazo del artículo 27 de la LBPA para establecer cuando una dilación se torna ilegal y/o arbitraria, esto es, que el procedimiento administrativo no podrá exceder el plazo de 6 meses, lo cual, es considerablemente razonable dadas las urgencias de ciertas solicitudes. En este sentido, me parece oportuno recordar el Mensaje del Proyecto de Ley enviado al ejecutivo relativo a la LBPA, cuya idea central, básicamente consiste en que, si bien no es óptimo supeditar a la Administración a un plazo determinado, de forma que, vencido este, la Administración se vea impedida de actuar, lo cual atentaría con los fines de esta, esto no significa que el incumplimiento de los plazos no produzca consecuencias jurídicas, es más, estos tienen una finalidad conducente a la “implantación de un buen orden administrativo”.

En otro orden de ideas, el deber de resolver alcanza no sólo a emitir una declaración de voluntad sustantiva, esta debe además cumplir con los requisitos formales, es decir, la emisión de un acto físico o digital que contenga una parte considerativa y resolutive. Así, la CS acogió un recurso de protección interpuesto en contra de la Municipalidad de Ñuñoa por no haber dictado el Decreto Alcaldicio que ha

debido suceder al rechazo, por parte del Concejo Municipal, de la solicitud de otorgamiento de patente de alcoholes formulada por el actor¹⁹⁵. Así, el recurrente estaba al tanto del contenido de la decisión del Concejo, mas, se veía impedido de impugnar aquella ya que el Alcalde omitió dictar el Decreto Alcaldicio. En virtud de ello, la CS expresa:

“Cuarto: Que, dicho lo anterior, resulta pertinente afirmar que, si bien la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades no contempla expresamente un plazo para que el Alcalde dicte el Decreto que consolida la decisión del Concejo Municipal en el ejercicio de aquellas funciones que requieren acuerdo de aquel órgano edilicio colegiado, ciertamente resulta aplicable de manera supletoria lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley N° 19.880 sobre procedimiento administrativo, norma que en su inciso final prescribe: “Las decisiones definitivas deberán expedirse dentro de los 20 días siguientes, contados desde que, a petición del interesado, se certifique que el acto se encuentra en estado de resolverse. La prolongación injustificada de la certificación dará origen a responsabilidad administrativa” (...).

Quinto: Que, de esta manera, siendo un hecho pacífico que el Alcalde de la Municipalidad de Ñuñoa no ha dictado el acto administrativo terminal que resuelva la suerte de la solicitud de patente de alcoholes formulada por el actor, a pesar de estar en condiciones de hacerlo desde el 14 de agosto de 2018, oportunidad en que el Concejo Municipal manifestó su negativa a conceder tal autorización, ha de entenderse, entonces, que ha incurrido en una omisión ilegal que posee evidente aptitud para perturbar el derecho del actor a ejercer una actividad económica lícita, al impedirle agotar los mecanismos de impugnación en contra de una decisión que limita la explotación comercial del restaurante que pretende regentar.”

En primer lugar, es relevante considerar que, aún sin un plazo expreso en la norma, la CS considera que la dictación del decreto no debe quedar sujeto a la mera discrecionalidad de Alcalde, sino que debe de sujetarse a los plazos establecidos en la LBPA, en razón de su art.2 que regula la aplicabilidad de esta ley a las municipalidades, lo cual lo diferencia de los casos de inactividad reglamentaria dirigidos en contra del PDR, en que, debido a la falta de plazo, se respetaba la esfera de discrecionalidad de aquel para decidir la oportunidad de ejercicio de la potestad reglamentaria. En segundo lugar, también es pertinente que el tribunal haya establecido que el Alcalde estaba en condiciones de dictar el acto administrativo, lo cual, tratándose del control judicial de la inactividad, es uno de los requisitos propuestos por la doctrina para que aquella proceda. Por último, a partir de los casos analizados, se aprecia que la CS parece entender que el deber de resolver tiene una directa relación con el control jurisdiccional de la decisión final, ya que, de no emitir un acto administrativo terminal se estaría

¹⁹⁵ “Felipe Villagra Jara EIRL con Municipalidad de Ñuñoa”, Corte Suprema, 12 de agosto de 2019, Rol N° 16.969-2019.

vulnerando una garantía del administrado relativa a la posibilidad de controlar las decisiones que emite la decisión, pues se le impide agotar los mecanismos de impugnación.

Finalmente, los casos comentados en este capítulo demuestran que el recurso de protección se erige como un mecanismo más seguro y eficaz para el administrado, quien opta por la interposición de esta acción antes que por la aplicación del silencio administrativo. Como se esbozó en capítulos anteriores, hoy en día, el administrado, se encuentra en una situación de mayor empoderamiento frente a la Administración, lo cual implica que a esta se le exige una modernización en su actuar, lo cual se traduce en una mayor rapidez en la tramitación de las solicitudes. Al aplicar el silencio administrativo, el administrado debe volver a someterse a trámites burocráticos, a plazos extensos y a esperar nuevamente una resolución. Ello puede perjudicar la relación entre Administración y ciudadanos, ya que, si no resolvieron un expediente con la celeridad correspondiente, ¿porqué tramitarían la certificación del silencio con dicha celeridad? Al optar por un mecanismo expedito, como el recurso de protección, los ciudadanos optan, primeramente, por que un tercero, imparcial y ajeno al servicio, sea quien decida si la Administración está ejerciendo su actividad de manera correspondiente, logrando de esta manera que los OAE se ajusten a la normativa específica. Al recordar las críticas respecto a la aplicación del silencio negativo estaba el hecho de que su aplicación no acarreaba consigo un reproche a la administración, lo cual abre un espacio para que esta actúe fuera de la norma y, de paso, vulnere garantías fundamentales como la igualdad ante la ley. Por medio del recurso de protección el ciudadano logra el cumplimiento efectivo de la norma y, de esta manera, la conducta que se espera y que debe de exigírsele a la Administración.

CONCLUSIONES

1. Considerando que nuestro país está actualmente viviendo un proceso constituyente y que las personas demandan cada vez más un Estado Social, esto es, una Administración activa que logre hacerse cargo de las necesidades de la ciudadanía, se hace imprescindible contar con una Ley de lo Contencioso Administrativo, que consagre una acción que controle la inactividad de la Administración, ordenándola a actuar cuando corresponde según el ordenamiento jurídico y respetando su esfera de discrecionalidad. Asimismo, también es necesario contar con un defensor del pueblo que oriente e instruya a los ciudadanos chilenos en el ejercicio y defensa de sus derechos frente a vulneraciones de las autoridades.

2. Que, a falta de dicha ley, y en virtud de que el Estado de Derecho exige mecanismos que garanticen a todas las personas el acceso a la justicia y a los tribunales, se requiere de una acción que le otorgue justiciabilidad a los administrados cuando vean vulnerados sus derechos por un Órgano de la Administración del Estado. Hoy, a falta de los mecanismos correspondientes, es el recurso de protección el que principalmente cumple dicho rol.

3. Que, no obstante, las críticas que suscita dicho recurso, consistentes principalmente en la falta de deferencia y el activismo judicial que caracteriza a la Tercera Sala de la Corte Suprema, es deber del Estado asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva. Este implica, desde luego, la posibilidad de concurrir a los tribunales, que el sistema de justicia sea capaz de recibir y procesar las demandas que realizan las personas en forma oportuna, ofrecer una respuesta fundada y congruente y, que quien haya obtenido una sentencia favorable, pueda conseguir su cumplimiento de forma efectiva¹⁹⁶. Tratándose del recurso de protección como contencioso administrativo, dichos objetivos no logran ser cumplidos a cabalidad, dado su carácter inquisitivo, sumario y concentrado, sin lugar a un proceso de carácter contradictorio, lo que implica su ineptitud para procesar correctamente los conflictos que se suscitan entre la Administración y los ciudadanos. A lo anterior se suma el hecho que la sentencia del recurso de protección no es exigible como la sentencia en sede civil o penal, dado que produce cosa juzgada formal, ergo, otro tribunal puede emitir una decisión diferente respecto al mismo conflicto.

4. A pesar de dichas críticas, la jurisprudencia que existe en torno al recurso de protección como contencioso administrativo de la inactividad formal, da cuenta de su efectividad como mecanismo de control de legalidad y de tutela al administrado, salvo en los casos de inactividad reglamentaria.

5. Tratándose del control judicial de la inactividad reglamentaria mediante el recurso de protección, esta vía fracasa ya que no concurren el requisitos para su acogimiento, relativo a que el hecho impugnado se trate de una acción u omisión ilegal y arbitraria. Lo anterior se debe a que la CS entiende que no es clasificable como ilegal y arbitrario el hecho de mantenerse pasivo en el ejercicio de la potestad reglamentaria si esta no tiene un plazo de ejercicio, por tanto, la dictación del reglamento queda sujeta al mero arbitrio del Presidente de la República y fuera del campo de control judicial por

¹⁹⁶ LETELIER, Enrique y VARGAS, Macarena. Derechos que podemos ejercer: acceso a la justicia y tribunales. En: LORCA, Rocío “et. al”: La Hoja en Blanco. La Pollera Ediciones, Santiago de Chile, 2020. p. 249.

los tribunales, en virtud que la facultad de dictar reglamentos es discrecional. Por ende, debe descartarse la acción de protección como contencioso administrativo de la inactividad reglamentaria.

6. Respecto al control de la inactividad formal singular o procedimental, la experiencia jurisprudencial da cuenta de la efectividad del recurso de protección como mecanismo que logra sacar a la administración de su pasividad, obligando a esta a acatar la norma que rige su actuar. De manera que es dable concluir que, frente a cualquier omisión de trámites ordenados por ley dentro del procedimiento administrativo, desde su etapa inicial a final, procederá el recurso de protección para ordenar la realización de la actividad procedimental. Esto implica que el recurso de protección tiene un campo de acción mayor al del silencio administrativo, ya que este sólo opera en la etapa de finalización del procedimiento con el fin de obtener una resolución ficta que, por regla general, no logra satisfacer el interés del administrado a que se de una correcta tramitación de su solicitud, lo cual si es posible mediante la acción de protección.

7. Por regla general, los fallos analizados consistían en impugnar conductas que omitían el tenor literal de la ley que regía el procedimiento, lo cual generaba la inactividad del órgano respecto al trámite debido. De esta forma, en todos los casos analizados, la Corte Suprema revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones, acogiendo los recursos de protección al notar que la conducta concreta no se condecía con lo que ordenaba el marco normativo. Lo anterior implicaba una vulneración al derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el art. 19 n°2 CPR, siendo la explicación mas reiterada la discriminación que sufría el actor en relación con el trato dispensado a otros interesados que, en situación jurídica equivalente, habían podido tramitar debidamente sus solicitudes. Así, se cumple lo planteado por los profesores Ferrada y Bordalí, al decir que “cualquier aplicación de una norma legal de parte de una autoridad administrativa, que no se conforma -a juicio del tribunal- con una correcta interpretación de la norma, constituye una infracción a este derecho fundamental”¹⁹⁷.

8. A partir de ello, se aprecia como la CS se enfoca en realizar un examen de legalidad de la conducta impugnada, confrontando la actividad pública con el tenor literal de la ley o con los principios que rigen la actividad administrativa, mas sin detenerse en un análisis acabado sobre si la conducta impugnada vulnera efectivamente el derecho inculcado. Así, la CS realmente falla en base a una presunción de vulneración: si la conducta no se condice con el texto normativo hay una vulneración al derecho de igualdad.

9. Una excepción a lo anterior son los fallos en que el derecho afectado es el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. En estos casos, si bien la CS analizaba extensamente la legalidad de la actividad, también se detenía en determinar el porqué la infracción a la norma o la conducta omisiva del OAE recurrido estaba afectando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Por otro lado, la invocación de este derecho implicaba que la CS fuera aún más exigente en cuanto a que la conducta concreta debía seguir el tenor literal de la ley, revisando el ejercicio

¹⁹⁷ BORDALÍ, A. y FERRADA, J. op.cit. p. 70.

de facultades discrecionales de los órganos con competencia en lo ambiental, condenando a estos no solo a actuar, sino que a iniciar procedimientos sancionatorios en virtud de un análisis de antecedentes técnico realizado por la Corte Suprema, lo cual pareciera escapar de sus facultades.

10. En una línea parecida, respecto a fallos que no trataban sobre el art. 19 n°8, la CS no solo controlaba la omisión de trámites de carácter obligatorio para la Administración, sino que extendía su control a trámites que, según la ley, eran facultativos u opcionales para el órgano, cuando la omisión a dicho trámite facultativo vulneraba derechos tales como la vida e integridad física. De esta forma, la CS ordenaba la realización de dicho trámite facultativo en virtud del derecho afectado, lo cual, permite concluir que es la CS quien en última instancia delimita la actividad que debe seguir la Administración bajo determinados supuestos, convirtiendo en obligatorios ciertos trámites facultativos, sobretodo tomando en cuenta la gravedad de la vulneración a ciertas garantías constitucionales como la vida. De esta forma, se sienta un precedente difícil de cambiar. El caso que manifiesta esta situación es el de la omisión de informes facultativos a cargo de la Compin y la SUSESO: la gran cantidad de recursos interpuestos por este mismo tipo de conflicto dan cuenta que, cada vez que se rechace una licencia médica sin la realización de dicho informe, la CS declarará una vulneración al derecho a la vida e integridad física y al derecho de igualdad.

11. Por último, tratándose de omisiones al deber de resolver, la CS deja de lado el análisis del marco normativo del procedimiento en concreto, para fundamentar su decisión en base a los principios que recoge la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo, particularmente el principio de celeridad, conclusivo, inexcusabilidad y economía procedimental, como también decretando como parámetros de tiempo razonable de expedición del acto administrativo final el de 6 meses propuesto por el artículo 27 de dicha ley. Asimismo, de exceder dicho plazo y no dictar una resolución definitiva, se está vulnerando la garantía de la igualdad ante la ley, y, por sobretodo se afecta la garantía del administrado de controlar jurisdiccionalmente la decisión final pues se ve impedido de agotar los mecanismos de impugnación.

BIBLIOGRAFÍA

BARNÉS, Javier. La tutela judicial efectiva en la Grundgesetz. En su: La justicia administrativa en el derecho comparado. Madrid, Civitas Ediciones. 1993. pp. 135-206.

BERMUDEZ, Jorge. El control de la discrecionalidad administrativa. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1996 n°17. pp. 275-284.

BERMUDEZ SOTO, Jorge. Derecho Administrativo General. 2ª ed. Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2011.

BOCKSANG HOLA, Gabriel y LARA ARROYO, Jose Luis. Procedimiento administrativo y contratación pública: estudios a diez años de la entrada en vigencia de las leyes No. 19.880 y No. 19.886, Santiago, Thomson Reuters, 2013.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. Estudios de Justicia Administrativa. Santiago de Chile, Legal Publishing. 2008.

CARRASCO QUIROGA, Edesio. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Perspectivas, evolución y estándares jurisprudenciales. Santiago de Chile, DER Ediciones, 2020.

CASSESE, Sabino. Las bases del Derecho Administrativo; Luis Ortega (trad). Madrid, Instituto Nacional de Administración Publica, 1994.

CEA EGAÑA, José Luis. Derecho Constitucional Chileno, Tomo III. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2013.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo. El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2009 Vol.32 n°1. pp. 409-440.

CORDERO VEGA, Luis. El decaimiento del procedimiento administrativo sancionador. Comentarios a las sentencias de la Corte Suprema del año 2010. En Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales, 2011. pp. 243-256.

CORDERO VEGA, Luis. Los plazos no son fatales, pero tampoco infinitos. El Mercurio Legal. Santiago, 28 de abril de 2014.

CORDERO VEGA, Luis. Lecciones de derecho administrativo, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2015.

CORDERO VEGA, Luis. Las vueltas del decaimiento del procedimiento administrativo sancionador. El Mercurio Legal. Santiago, 30 de marzo de 2016.

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. El sistema de derecho administrativo chileno: una revisión crítica desde una perspectiva histórica. En Revista de Derecho, Universidad de Concepción. N° 217-218, 2005.

FERRADA, Juan Carlos. El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses. En *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, 2012 Vol. XXV N°1, pp. 103-126.

GARCÍA, William. Sobre el valor del retardo administrativo: contra el silencio positivo. *El Mercurio Legal*. Santiago, 1 de febrero, 2019.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Las luchas contra las inmunidades del poder. *Revista de administración pública*, 1962 n°38. pp. 159-205.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I. 14ª ed. Navarra, Aranzadi. 2008.

GÓMEZ PUENTE, Marcos. *La inactividad de la administración*. 3a. ed. Navarra, Aranzadi, 2002.

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. *Acción de protección*. Santiago de Chile, DER Ediciones, 2018.

HUIDOBRO SALAS, Ramón, *Tratado de derecho administrativo*. Tomo III: Derecho y administración comunal. En Pantoja Bauzá, Rolando (Coor.): *Tratado de Derecho Administrativo*. Santiago de Chile, Abeledo Perrot, 2011.

HUMERES GALLARDO, Nicolás. La potestad reglamentaria y su control judicial: recurso de protección e inaplicación de normas administrativas. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 2017 n°24. pp. 157-179.

LARA ARROYO, José Luis y SCHNEIDER BRANDES, Antonia. Nuevas tendencias del Procedimiento Administrativo en Chile e Iberoamérica: Propuestas frente a una nueva forma de gobernar y administrar el Estado. En *Revista de Derecho Público*, 2018 número especial. pp.19-35.

LETELIER, Enrique y VARGAS, Macarena. Derechos que podemos ejercer: acceso a la justicia y tribunales. En: LORCA, Rocío “et. al”: *La Hoja en Blanco*. La Pollera Ediciones, Santiago de Chile, 2020. pp. 247-261.

LINAZASORO, Izaskun y CORNEJO, Camilo. El derecho a una buena administración pública en las Constituciones a propósito del debate constitucional chileno. En *Revista de Derecho Público*, 2020 n°93. pp. 49-83.

MORA ESPINOZA, Álvaro. *El control jurisdiccional contra la inactividad material de la Administración Pública*. Tesis (Doctor en Derecho) Director de tesis: Dr. D. Jesús González Pérez. Madrid, España, Universidad Complutense de Madrid, 1998. p. 13.

MORAGA KLENNER, Claudio. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo VII: La actividad formal de la administración del Estado. En Pantoja Bauzá, Rolando (Coor.): *Tratado de Derecho Administrativo*. Santiago de Chile, Abeledo Perrot, 2010.

MORAGA KLENNER, Claudio. *Anotaciones sobre el procedimiento administrativo según la jurisprudencia de los tribunales chilenos*. En Pantoja Bauzá, Rolando (Director): *Tratado*

Jurisprudencial de Derecho Administrativo Tomo XIV, Volumen I. Santiago de Chile, Legal Publishing, 2013.

NIETO, Alejandro. La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo. En Revista de Administración Pública, 1962 n° 37. pp. 75-126.

PAREJO ALFONSO, Luciano. Lecciones de Derecho Administrativo. 5ª ed. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012.

PIERRY ARRAU, PEDRO. El recurso de protección y lo contencioso administrativo. En Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1977 n°1. pp. 153-173.

PONCE DE LEÓN SALUCCI, Sandra. Jurisdicción Contencioso-administrativa. El control de la administración por los tribunales ordinarios y especiales. Santiago de Chile, DER Ediciones, 2019.

SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho Administrativo. 2a ed. Madrid, Editorial Tecnos, 2006.

SOTO KLOSS, Eduardo. El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 1982.

TORNOS MAS, Joaquín. La nueva acción frente a la inactividad administrativa del artículo 29 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1988. Especial referencia a su ámbito objetivo. En Montoro, María Jesús (Coor): La Justicia Administrativa. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta. España, Atelier, 2003. pp. 427- 467.

VERGARA BLANCO, Alejandro. La batalla contra las demoras excesivas en los procedimientos administrativos. Derribando el mito de la inexistencia de plazos fatales para la administración. En Soto Kloss, Eduardo (coor.): El Derecho Administrativo y protección de las personas. Libro homenaje a 30 años de docencia del profesor Ramiro Mendoza en la PUC. Santiago, Ediciones UC. pp. 167-185.

VALDIVIA OLIVARES, José Miguel. Manual de Derecho Administrativo. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018.

VALDIVIA OLIVARES, José Miguel y BLAKE BENITEZ, Tomás. El decaimiento del procedimiento administrativo sancionador ante el derecho administrativo. En Estudios Públicos, 2015 n°138. pp. 93-135.

VILLAR EZCURRA, José Luis. Derecho administrativo especial: administración pública y actividad de los particulares. Madrid, Civitas Ediciones, 1999.