

JAIME RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ
Presidente Foro Iberoamericano de
Derecho Administrativo

CARLOS DELPIAZZO
Secretario General FIDA

CIRO NOLBERTO GÜECHÁ MEDINA
Presidente Comité Organizador FIDA 2024

JORGE ALARCÓN NIÑO
Presidente Universidad Libre

ÉDGAR ENESTO SANDOVAL
Rector Universidad Libre

ARMANDO JOSÉ NORIEGA
Rector Seccional Cartagena

(Coordinador académico)
JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ

(Editores)
CARLOS E. DELPIAZZO
CIRO NOLBERTO GÜECHÁ MEDINA

DESAFÍOS DEL DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y LA BUENA ADMINISTRACIÓN

TOMO 2



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**
Vigilada Mineducación



QVA
QUINTERO NAVAS
ABOGADOS

**AGUASDE
CARTAGENA**

Catalogación en la publicación – Biblioteca Nacional de Colombia

Durán Martínez, Augusto, autor
Desafíos del derecho contencioso administrativo y la buena administración / autores, Augusto Durán Martínez [y otros]; coordinador académico, Jaime Rodríguez Arana-Muñoz; editores, Carlos E. Delpiazzo, Ciro Nolberto Güechá Medina. -- Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2024.

2 volúmenes.

Incluye referencias bibliográficas al final de cada capítulo.

ISBN: 978-958-502-115-0 (obra completa, impreso) -- 978-958-502-122-8 (obra completa, digital) -- 978-958-502-116-7 (tomo I, impreso) -- 978-958-502-123-5 (tomo I, digital) -- 978-958-502-117-4 (tomo II, impreso) -- 978-958-502-124-2 (tomo II, digital)

1. Recurso contencioso administrativo 2. Administración pública - Aspectos jurídicos
3. Contratos públicos - Aspectos jurídicos I. Rodríguez Arana-Muñoz, Jaime, coordinador II. Delpiazzo, Carlos E., editora III. Güechá Medina, Ciro Nolberto, editor

CDD: 347.012 ed. 23

CO-BoBN- 00137

© (Coordinador académico)
JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ

© GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ
IMPRESA: Carrera 69 Bis No. 36-20 Sur
Tels: 601-2300731 – 601-2386035
LIBRERÍA-CAFÉ LA SOLEDAD PARKWAY: Calle 37 No. 19-07
Tels: 601-7025760 – 601-7025835
LIBRERÍA: Calle 12 B No. 7-12. L. 1
Tels: 601-7018621
Bogotá, D.C. – Colombia
www.grupoeditorialibanez.com

ISBN (Obra Completa): 978-958-502-115-0
ISBN e-book (Obra Completa): 978-958-502-122-8

ISBN (Volumen II): 978-958-502-117-4
ISBN e-book (Volumen II): 978-958-502-124-2

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982.

Diagramación electrónica: Luisa Barrera A.
Diseño de portada: Vanessa Peña A.

CONTENIDO

Capítulo 6

Buena Administración y nuevas tendencias en la Responsabilidad del Estado

O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA DEFINIÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE DO CONTEXTO BRASILEIRO

POR: AUGUSTO NEVES DAL POZZO & BRUNO JOSÉ QUEIROZ CERETTA 895

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

POR: CRISTIAN ROMÁN CORDERO 909

SISTEMA DE PESOS Y CONTRAPESOS Y LA SUPREMACÍA JUDICIAL EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR

POR: ERIC ALEXANDER LEIVA RAMÍREZ 937

LAS IMPLICANCIAS DE APLICAR LA TEORÍA DE LAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTO LEGISLATIVO, CUANDO LA PRETENSIÓN EXIGE ÚNICAMENTE UN CONTROL JURISDICCIONAL DE RAZONABILIDAD

POR: LAURA MARCELA SERRANO 959

LA AUSENCIA DE UN SISTEMA-CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN CHILE, UNA ANOMALÍA QUE PERSISTE

POR: GLADYS CAMACHO CÉPEDA*

La justicia administrativa acierta así a poner en pie un sistema jurídico que carecía de precedentes en la larga evolución de los sistemas políticos y jurídicos europeos y que terminará caracterizándose, como hoy se reconoce ya universalmente, como una pieza esencial del actual Estado de Derecho.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA²

1. INTRODUCCIÓN

La justicia administrativa en los países liberales tributarios de la Revolución Francesa ha sido uno de los mayores avances institucionales para subordinar el poder al Derecho³, pues sin ello mal podemos hablar de libertades ciudadanas y derechos fundamentales. No obstante, la historia constitucional chilena demuestra que esta innovación jurídica ha sido un paso que el legislador se ha negado reiteradamente a dar a pesar del reiterado cometido que le entregaban los textos constitucionales de 1925 y de 1980 (en su versión original).

La solución parche fue la reforma constitucional de 1989 a la Carta Constitucional de 1980, poco antes del retorno a la democracia. La urgencia resuelta con esta reforma al artículo 38 de la Constitución Política fue la de evitar la indefensión de los ciudadanos frente a la Administración suprimiendo la frase “contencioso administrativo” que aludía a una jurisdicción especial. El

* Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Chile, Santiago, Chile. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Correo-e: gcamacho@derecho.uchile.cl, ORCID ID: 0000-0003-4196-2372.

² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2011: 449).

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2011:443).

profesor Pantoja ha explicado los alcances de esta reforma que ha permitido rehuir al legislador el establecimiento de tribunales contencioso administrativos. “La experiencia chilena –señala Pantoja–, más allá de las críticas a que pueda hacerse acreedora, en la práctica demuestra fehacientemente que la omisión de sincerar el establecimiento de tribunales contencioso administrativos llamados a juzgar los conflictos jurídicos que suscita el actuar de la Administración Pública, induce a desarrollar severas patologías⁴.

Siguiendo al profesor PANTOJA sobre las consecuencias de esta reforma la realidad que hoy observamos en nuestra institucionalidad corrobora largamente el dato de que los tribunales administrativos no solo no han desaparecido de nuestros marcos institucionales, sino que ellos se han multiplicado⁵ al igual que las acciones especiales que tienen una tramitación ante diversos tribunales ordinarios⁶.

En otro lugar, se ha realizado la crítica al modelo chileno de justicia administrativa negando reconocerle su delineamiento como sistema dada la carencia de organicidad que impide que la compleja institucionalidad montada para realizar este control jurisdiccional no resuelve adecuadamente las controversias con la Administración ni da garantías de igualdad de trato en el acceso a la justicia debilitando el correcto funcionamiento del Estado de Derecho⁷.

Así las cosas, corresponde examinar los procesos constitucionales recientes que se han desarrollado entre 2021-2022 aunque con un resultado trunco, pues no se logró sustituir la Constitución Política elaborada en 1980 por la dictadura militar. El presente trabajo examina las propuestas sobre el contencioso administrativo contenidas en el texto elaborado por la Convención Constitucional plebiscitado el 4 de septiembre de 2022 y el proyecto de Constitución elaborado por la Comisión de Expertos plebiscitada el 17 de diciembre de 2023. En ambas ocasiones se generó la oportunidad de revisar la situación actual y esbozar un planteamiento racionalizador.

2. EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN LA CONVENCION CONSTITUCIONAL

El texto propuesto por la Convención Constitucional ha sido descrito como maximalista en muchos aspectos ya que fue un texto refundacional que en

⁴ PANTOJA BAUZÁ, R., (2013: 10-11)

⁵ CAMACHO CÉPEDA, G. (2019: 228).

⁶ Corte Suprema (2010).

⁷ CAMACHO CÉPEDA, G. (2019).

muchos aspectos su aprobación iba a suponer un cambio radical en relación con la normatividad vigente derivada de la Constitución Política vigente.

Un elemento importante de contexto es el consenso arribado sobre la definición del Estado como social y democrático de Derecho el cual fue desarrollado a lo largo de innumerables artículos que reconocían derechos y daban garantías vinculadas a las nuevas responsabilidades que se atribuían al Estado en el Texto de la Convención. Esta definición central del Estado conllevaba una exigencia de no solo configuración jurídica para cada uno de esos derechos constitucionales sino también, era evidente la inclinación del órgano redactor de la propuesta constitucional por otorgar al Estado un papel preponderante en la prestación de servicios públicos, extendiendo sus márgenes de actuación y en consecuencia, los límites de la actuación administrativa, pues un “Estado que haga más cosas y gaste mayores recursos requiere de un mayor control, ya sea político y jurisdiccional para que sus ciudadanos estén resguardados”⁸. No se trata tan solo de los mayores recursos financieros que moverá el Estado para cumplir sus responsabilidades sino que el diseño debía estar a la altura para controlar la calidad de la actuación administrativa y el cumplimiento de los derechos a cuya efectividad se debe.

Por lo que respecta al diseño del contencioso administrativo contenido en este texto hay 4 aspectos a comentar por los cambios que suponen a la situación actual: 2.1) la creación de la acción de tutela en reemplazo al recurso de protección actual; 2.2) el pluralismo jurídico; 2.3) la creación de tribunales administrativos como tribunales de instancia; y 2.4) el establecimiento autónomo de los tribunales ambientales.

2.1. LA ACCIÓN DE TUTELA

Respecto al reemplazo del actual recurso de protección por la acción de tutela el artículo 119 del proyecto constitucional disponía: “Toda persona que, por causa de un acto o una omisión, sufra una amenaza, perturbación o privación en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, podrá concurrir por sí o por cualquiera en su nombre ante el tribunal de instancia que determine la ley, el que adoptará de inmediato todas las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho”.

⁸ EMOL (2022).

Es indiscutible la importancia que ha tenido el recurso de protección como remedio o paliativo a la ausencia de una justicia administrativa general por lo que el cambio propuesto era de gran significación. La carencia de una justicia administrativa con competencia general ha producido que el recurso de protección haya devenido en el principal medio de defensa del ciudadano frente a la Administración⁹. El recurso se emplea ante la inexistencia de un tribunal especial competente o con el objeto de evitar incoar la pretensión a través de juicio ordinario que por lo general toma la forma de una acción de nulidad de derecho público.

En la actualidad el recurso de protección se ingresa a las Cortes de Apelaciones, con posibilidad de reclamar a la Corte Suprema lo que ha habilitado una vía más expedita para dejar sin efecto decisiones administrativas gozando por esta razón de mayor valoración por parte de los operadores jurídicos, que la acción ordinaria de nulidad de derecho público que es la alternativa más frecuente.

El texto constitucional propuesto por la Convención establecía que la acción de tutela sería conocida por los tribunales de instancia y en el caso de impugnación de su sentencia, sería la corte de apelaciones la que debía conocer de dicha apelación, resultando muy difícil llegar hasta la Corte Suprema. Este cambio recibió variadas críticas por conllevar una sobrecarga para los tribunales de primera instancia quienes resolverían las acciones constitucionales que hoy están radicadas en los tribunales superiores. La excesiva demanda de estos tribunales estaría agravada por la situación de no contar con un sistema procesal civil reformado y un contencioso administrativo para la tramitación urgente de las causas que se interpongan contra la Administración del Estado. La amplitud de la acción de tutela (que no exigiría ilegalidad ni arbitrariedad del acto reclamado como requisitos de admisibilidad) y la falta de incremento de tribunales los haría colapsar y supondría serias limitantes a una resolución expedita de los conflictos¹⁰.

⁹ Vid. Juan Carlos FERRADA BÓRQUEZ, et al., "El recurso de protección como mecanismos de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo", *Revista de Derecho*. Vol. XIV, Santiago, 2003, pp. 67-81; Andrés BORDALÍ SALAMANCA, "El recurso de protección como proceso de urgencia", *Revista Chilena de Derecho*, N°31, Santiago: 2004, pp. 269-288 y "El recurso de protección chileno al banquillo", *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, vol. V, núm. 27, junio, 2011, pp. 56-71.

¹⁰ Colegio de Abogados de Chile A.G. (2022: 2).

2.2. EL PLURALISMO JURÍDICO

Abordar la justicia administrativa en el texto de la Convención Constitucional 2022 (en adelante "Convención") que tuvo por objeto redactar y aprobar la propuesta de una nueva Constitución de la República debe tener como fondo el pluralismo jurídico que surge de las nuevas subjetividades públicas que se reconocen y a las que se les otorga un papel importante: los pueblos y naciones indígenas a quienes se les otorga un tratamiento deferente especial. El artículo 308 de la propuesta elaborada por la Convención dispone que "1. El Estado reconoce los sistemas jurídicos de los pueblos y naciones indígenas, los que ... coexisten coordinados en un plano de igualdad con el Sistema Nacional de Justicia" añadiendo que "2. La ley determinará los mecanismos de coordinación, de cooperación y de resolución de conflictos entre los sistemas jurídicos indígenas y las entidades estatales". Con lo cual, se admitía la existencia de varios sistemas jurídicos en el territorio nacional que estatuye otras normas y procedimientos propios diferenciados que ordenan la vida social y los bienes comunes en esos pueblos indígenas.

El pluralismo jurídico de acuerdo con los textos constitucionales de países que lo han reconocido en sus Cartas Constitucionales hace referencia a la existencia de diversos sistemas normativos asociados a diferencias históricas, culturales y sociales¹¹. Concepto considerado clave en la visión postmoderna del derecho donde coexisten espacios legales superpuestos interconectados e interrelacionados, y la vida de la gente está alcanzada por la Inter legalidad de dichos sistemas normativos¹². La propuesta elaborada por la Convención incorpora en el primer numeral del artículo 309 reconociendo que los "sistemas jurídicos de los pueblos y naciones indígenas que surgen en virtud de sus derechos a la libre determinación coexisten en un plano de igualdad con el sistema Nacional de Justicia". Estos sistemas de acuerdo con el numeral 2. tendrán mecanismos de coordinación, cooperación y de resolución de conflictos de competencia entre los sistemas jurídicos indígenas y las entidades estatales. Esta norma que reconoce en un plano de igualdad la existencia de sistemas jurídicos de los pueblos originarios con el Sistema Nacional de Justicia genera diversos problemas respecto de los cuales, el constituyente no se hace cargo, tales como la forma de determinar cuáles son las autoridades indígenas que implementarán la justicia, cómo se las nombrará o reconocerá. De igual modo,

¹¹ CANTILLO PUSHAINA, J.J. (2021):

¹² IANNELLO, Pablo (2015: 767).

no hay lineamientos para definir el ámbito de la jurisdicción que se les reconoce si ello tendrá como criterio definitorio los límites territoriales de los pueblos indígenas o más bien se empleará un criterio étnico. Desde la perspectiva jurídico-procesal preocupaba si las jurisdicciones indígenas estarían vinculadas a las garantías del debido proceso.

En definitiva, la propuesta reconocía constitucionalmente 11 pueblos indígenas y habilitaba a que el legislador pudiera reconocer a otros, por ello, era una lógica consecuencia de este reconocimiento que también se admitiera la existencia de sus correspondientes sistemas jurídicos aun cuando no se tuviera la certeza de sus características o incluso de la realidad de estos sistemas.

2.3. LA CREACIÓN DE TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS COMO TRIBUNALES DE INSTANCIA

La justicia administrativa en el texto propuesto por la Convención se construye en el marco del principio de supremacía constitucional, de vigencia directa de la Constitución y de respeto a la juridicidad que obliga a toda persona, grupo, autoridad o institución como señala el artículo 16.1 del proyecto, el cual en sus dos últimos numerales cierra con la cláusula hoy contenida en el artículo 7 de la Constitución vigente que conmina a las magistraturas a no atribuirse ninguna otra autoridad, competencia o derechos que no se les haya expresamente conferido, sancionando con nulidad toda contravención a las disposiciones contenidas en ese artículo (artículo 16.3 y 16.4). A partir de ello, se da forma a uno de los principios básicos del Estado formulado por Locke y Rousseau "poner a la Ley por encima del hombre" en virtud de lo cual nadie puede ejercer el poder en una sociedad de hombres libres si no es en virtud de la Ley¹³.

El artículo 175 de la propuesta de la Convención en sus diversos numerales constitucionaliza el contenido de varias disposiciones que están en la LOCBGAE que: 1° se refieren a los principios de la Administración pública (juridicidad, celeridad, participación, control, jerarquía) y añade otros (objetividad, buen trato); y 2° adopta las exigencias derivadas del interés general definidas en la LOCBGAE sobre la ejecución de políticas, planes y programas; pero además, a lo señalado se añade el reconocimiento a las autoridades y jefaturas la facultad de dictar normas, resoluciones e instrucciones para el

mejor y más eficaz desarrollo de sus funciones, solo limitada por la respectiva competencia, lo que significa extender la potestad reglamentaria más allá de las jefaturas superiores de los servicios. Finalmente, el numeral 5 del artículo 175 reproduce con modulaciones el artículo 38 de la Carta Política vigente en relación con el reconocimiento del principio de responsabilidad del Estado por actos de su Administración pública evitando la alusión "de sus organismos o de las municipalidades" que emplea el artículo 38 actual. Eso sí, cambia el término "persona lesionada" por "persona vulnerada" y faculta reclamar ante instancias administrativas y jurisdiccionales evitando en relación con las instancias jurisdiccionales el empleo del término "tribunales" por lo que con esa fórmula se habilita expresamente la posibilidad de no solo acudir a los tribunales del Poder Judicial sino a otras jurisdicciones (como podría ser la jurisdicción constitucional u otra que el legislador pudiera crear). Finalmente, el artículo 175.5 elimina la referencia a la responsabilidad del funcionario que hubiere causado el daño.

El artículo 307 ubicado en el Capítulo IX de la propuesta sienta las bases del Sistema de Justicia que se plantea edificar: 1° en parte reproduce lo dispuesto por el artículo 76 de la Constitución vigente sobre lo que conlleva el ejercicio de jurisdicción (conocer, juzgar/resolver y ejecutar lo resuelto); 2° identifica quienes son los habilitados para ejercer con exclusividad dicha función (los tribunales de justicia y las autoridades de los pueblos y naciones indígenas reconocidos por la Constitución y las leyes); y 3° dispone el propósito de la función jurisdiccional como garante último del Estado de Derecho y los derechos de los ciudadanos promoviendo la juridicidad; así se señalaba que "3. El ejercicio de la jurisdicción debe velar por la tutela y promoción de los derechos humanos y de la naturaleza, del sistema democrático y el principio de juridicidad".

Finalmente, en este marco el artículo 331 reconoce como tribunales de instancia a los tribunales administrativos, los tribunales ambientales y los tribunales vecinales. Siendo cada uno de ellos desarrollados en artículos diferentes: el artículo 332 se refiere a los tribunales administrativos; el artículo 333 se aboca a desarrollar los lineamientos de los tribunales ambientales; y el artículo 334 tiene por objeto los tribunales vecinales.

El artículo 332 contiene 4 numerales en los que en primer lugar, delimita la competencia disponiendo que los tribunales administrativos conocen y resuelven las acciones que se dirijan contra la Administración así como las acciones que ésta promueva. Lo particular de esta disposición es que instituye tribunales solo con dos facultades de la jurisdicción: conocer y

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2011: 443).

resolver mas no ejecutar lo fallado. Esto configura una institucionalidad jurisdiccional disminuida.

Seguidamente, el numeral 2 del artículo 332 de la propuesta establece que el procedimiento que deberá sancionar el legislador para estos tribunales deberá ser unificado, simple y expedito. Lo que es una reacción a las más de 150 acciones contencioso administrativas existentes creadas en diferentes leyes y que tienen un procedimiento para su tramitación especial¹⁴. El numeral 3. de la disposición que se comenta ordena como mínimo un tribunal administrativo por región del país, pudiendo funcionar en salas especializadas, de lo que se colige que se trata de tribunales colegiados y no unipersonales.

Finalmente, el numeral 4 del artículo 332 prohíbe que los asuntos de competencia de los tribunales administrativos sean sometidos a arbitraje, lo cual hubiera tenido consecuencias muy importantes.

Lo señalado debe concordarse con lo dispuesto por la disposición transitoria cuadragésima cuarta que otorga un plazo máximo de tres años para que el Presidente de la República presente el o los proyectos de ley que establezcan los tribunales administrativos señalados en el artículo 332; dicha proyecto deberá contener la fusión de algunos de los tribunales especiales actualmente existentes como son los tribunales tributarios y aduaneros, el Tribunal de Cuentas, el Tribunal de la Contratación Pública y el Tribunal de la Propiedad Industrial, de modo que, con ello, se materialice su integración al Sistema Nacional de Justicia. Si el legislador en un plazo máximo de cuatro años desde la entrada en vigencia de la Nueva Constitución no despachare dicho proyecto de ley, los tribunales mencionados se integrarán directamente al Sistema Nacional de Justicia. Dicha ley, igualmente, deberá establecer el proceso administrativo que fije las bases de su orden jurisdiccional y determine un procedimiento de aplicación general así como los procedimientos especiales que correspondan.

Finalmente, la disposición transitoria cuadragésima cierra el círculo respecto del procedimiento contencioso administrativo, creando una acción contencioso administrativa especial de carácter temporal que solo operaría de forma subsidiaria, pues dispone que siempre que no hubiera un procedimiento especial, podrá reclamarse jurisdiccionalmente por dos conceptos: 1° sobre la nulidad de un acto administrativo (actuación formal) sin distinguir si se tratan de actos administrativos de efectos particulares o actos administrativos normativos (reglamentos) por lo que ambos debe entenderse estaban comprendidos en

¹⁴ Corte Suprema (2010)

esta determinación; y 2° para obtener la declaración de ilegalidad de una omisión (si existe un deber de actuación). Para el caso de incoar cualquiera de las dos pretensiones se indica que el tribunal competente es el juez de letras en lo civil del domicilio de la autoridad reclamada. La disposición transitoria citada en su núm 2° toma la previsión de disponer un plazo máximo de 90 días para interponer alguna de estas dos reclamaciones, plazo que se contará desde que sea conocido el acto impugnado. El numeral 3 de la disposición cuadragésima sexta faculta al tribunal que conoce de esta acción especial a decretar, a petición de parte, la suspensión provisional de los efectos del acto impugnado para asegurar la eficacia de lo que se resuelva en la causa, si existen elementos de juicio suficientes para ello. Finalmente, la disposición que se comenta es deficitaria en lo que respecta a regular directamente o en remitir a algún procedimiento aplicable a la tramitación de esta acción especial. En consecuencia, hubiera sido aplicable la regla general de que a falta de regulación expresa correspondería aplicar las reglas del juicio ordinario de mayor cuantía.

2.4. EL ESTABLECIMIENTO AUTÓNOMO DE LOS TRIBUNALES AMBIENTALES

Se los instituye como tribunales de instancia (artículo 333.1) y se les reconoce competencia para conocer y resolver acerca de la legalidad de los actos administrativos en materia ambiental, la acción de tutela de derechos de la naturaleza y derechos ambientales, y de la reparación por daño ambiental. Básicamente son diseñados de forma similar a los tribunales administrativos, pues solo conocen y fallan, pero no tienen atribuciones para ejecutar sus sentencias. Su reconocimiento autónomo refleja la sensibilidad ambiental que fue característica de los convencionales, por lo que se aseguraron de que hubiera tribunales especializados y que dieran pronta resolución a los conflictos de naturaleza ambiental.

3. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN EL TEXTO PROPUESTO POR LA COMISIÓN EXPERTA

De acuerdo con el Anteproyecto de la Comisión Experta la competencia de los tribunales que integran el Poder Judicial se extiende a los conflictos de relevancia jurídica (artículo 153.1) sin hacer referencia alguna a la materia contencioso administrativa, por lo que será el legislador el que determine si a esta materia se le otorga esa relevancia o podrá continuar siendo tratada de forma dispersa y asistemática como ocurre en la actualidad. Sin embargo, llama la atención que el Anteproyecto hace una excepción en tres casos aludiendo

a tres órganos con competencia contencioso administrativa, dos de ellos (el tribunal de cuentas y los órganos jurisdiccionales ambientales) no están tratados en el Capítulo VII del Poder Judicial. Adicionalmente, la propuesta de la Comisión Experta otorga un tratamiento especial a dos de las acciones contencioso administrativas generales de mayor recurrencia, como son el contencioso anulatorio y el contencioso de plena jurisdicción:

3.1. EL TRIBUNAL DE CUENTAS

Regulado en el artículo 191 en el Capítulo XI que estaba destinado a tratar sobre la Contraloría General de la República. La Comisión Experta en esta materia siguió los lineamientos que dio el Contralor General en la ocasión en que fue recibido. En dicha oportunidad el Contralor General se manifestó a favor de que "la función jurisdiccional debe ser una función de tribunales de justicia, y [que] la Contraloría debía concentrarse en una función administrativa"¹⁵. Así, el Tribunal de Cuentas se escinde orgánicamente del Órgano Contralor quien pierde la facultad de juzgar las cuentas, pues esta atribución ya no le está reconocida entre sus funciones en el artículo 188 del mismo texto, ya que solo le atribuye en materia de cuentas la potestad de fiscalizarlas y auditarlas. Con todo el Tribunal de Cuentas probablemente creado por el artículo 191 sería muy dependiente del apoyo administrativo de la Contraloría General la que continuará prestando las autoridades y funcionarios del Juzgado de Cuentas de primera instancia del artículo 107 de la Ley ° 10.336 hasta su total instalación. El Tribunal que contempla el artículo 191 estará facultado para juzgar los reparos realizados por la Contraloría General de la República. Siendo su organización, atribuciones y procedimientos materia de ley institucional. Complementando esta determinación la disposición transitoria Cuadragésimo séptima confiere un plazo de un año contado a partir de la vigencia del Texto Constitucional para presentar los proyectos de ley necesarios para establecer el Tribunal de Cuentas creado en el artículo 191 ordenando por tanto, suprimir el actual Tribunal de Cuentas de segunda instancia cuya función se trasladaría a la Corte de Apelaciones de Santiago. Con todo, una crítica que puede hacerse al diseño que optó la Comisión Experta fue que en relación con el Tribunal de Cuentas lo configura como un Tribunal Especial que no integra el Poder Judicial rompiéndose el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional establecido en el artículo 153 del Anteproyecto.

¹⁵ Comisión Experta (2023e: 24).

3.2. LOS TRIBUNALES COMUNALES

La segunda mención a tribunales de naturaleza contencioso administrativa se encontraba en el numeral 8 del artículo 156 contenido en el Capítulo VII que desarrolla sobre el Poder Judicial. Por dicha disposición se crean tribunales comunales que deberán existir en cada comuna del país con competencias para conocer de diversas materias contravencionales, faltas legales y municipales, asuntos de carácter vecinal, de mínima cuantía, muchos de los cuales se entiende son de naturaleza contencioso administrativa. Igualmente, se faculta al legislador a prever otros medios alternativos de solución de conflictos en concordancia con la disposición contenida en el numeral 3 del artículo 153 que expresa la inclinación del constituyente por la utilización del arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de resolución de conflictos. En armonía con la disposición del citado artículo 156 la disposición transitoria trigésimo quinta otorga un plazo de cinco años contado desde la promulgación del Texto Constitucional para que presente un proyecto de ley que regule la organización y el funcionamiento de los tribunales comunales los que se reconocen como continuadores de los juzgados de policía local.

3.3. INSTITUCIONES JURISDICCIONALES EN MATERIA AMBIENTAL

La tercera referencia a tribunales contencioso administrativos la encontramos en el artículo 207 del Capítulo XIII sobre Protección del Medio Ambiente, Sostenibilidad y Desarrollo, del anteproyecto que obliga al Estado a contar con instituciones administrativas y jurisdiccionales en materia ambiental. Definiendo estas instituciones como órganos de carácter técnico. Esta disposición permite prever que estos tribunales al igual como los tribunales ambientales creados por la ley 20.600 a diferencia de otros tribunales especiales como son los tribunales tributarios y aduaneros y el tribunal de la contratación pública y el tribunal de propiedad industrial no sería un tribunal de derecho sino un tribunal mixto.

3.4. LAS ACCIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS GENERALES

El artículo 114 que en parte recoge el actual inciso 2° del artículo 28 CPR tiene varias novedades en relación con la justicia administrativa. 1° Recoge el principio de responsabilidad de la Administración del Estado que está contenido en el artículo 38 inciso 2° de la Constitución Política de 1980 señalándose que para reclamar por la lesión provocada por un órgano de la Administración

del Estado la persona afectada “podrá reclamar judicialmente” radicando la competencia para conocer esta acción en los tribunales que integran el Poder Judicial lo que es concordante con la radicación en éste, de forma exclusiva, de la función jurisdiccional (artículo 153 del Anteproyecto)¹⁶. De esta forma, la Subcomisión se alejó de la expresión “los tribunales que determine la ley” que emplea la Constitución vigente, y faculta al legislador la determinación de la jurisdicción de forma discrecional;

Una novedad es el establecimiento expreso de dos acciones contencioso administrativas que hasta ahora solo habían sido construidas jurisprudencialmente: a) la acción de nulidad de los actos administrativos; y b) la acción de responsabilidad. Por lo que respecta al contencioso de nulidad (numeral 2 del artículo 114 del Anteproyecto) dirigido contra los actos contrarios a Derecho, esta acción se debía accionar en la forma y condiciones que establezca la ley, además el texto se inclinaba por mantener el privilegio de la decisión ejecutiva, pues la interposición de la reclamación no acarreará la suspensión del acto salvo que mediare orden judicial que así lo determine. Se ha de recordar que varios comisionados sugirieron una enmienda orientada a resolver adecuadamente la tramitación que tendría esta acción mientras el legislador no dictase la ley que la regule. Siguiendo el criterio de valoración que también se ha expresado en foros de magistrados de la Corte Suprema ante la gran diversidad de procedimientos hoy existentes, mediante una indicación para una nueva disposición transitoria se proponía que al procedimiento del contencioso de nulidad, en caso que no tuviera una acción especial establecida en leyes sectoriales, le sea aplicable la tramitación del reclamo de ilegalidad municipal contenido en el artículo 151 de la LOCM, de este modo este se constituiría en un proceso supletorio para la acción de nulidad contenida en el artículo 114 numeral 2¹⁷. Con ello se buscaba establecer “un procedimiento contencioso-administrativo supletorio, -que según el Comisionado Osorio sería aplicable cuando no existan disposiciones al respecto, señalándose fundamentalmente el de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades”¹⁸. Si bien, es muy importante dotar de una acción más expedita que permita revisar los actos

¹⁶ Fueron los Comisionados Lagos, Rivas y Sánchez y de los comisionados Lovera, Osorio, Quezada y Soto, don Francisco, quienes realizaron la indicación para sustituir en el inciso primero del artículo 114 finalmente aprobado la frase “ante los tribunales que determine la ley” por “judicialmente”. Comisión Experta (2023c: 59-60).

¹⁷ Comisión Experta (2023b: 24). Los Comisionados autores de la citada indicación de una nueva disposición transitoria fueron: Lagos, Lovera, Osorio, Quezada, Rivas y Soto (Francisco).

¹⁸ Comisión Experta (2023b: 28).

administrativos característicos de la actuación formal de la Administración el Anteproyecto resulta muy limitado y no avanza en establecer una vía más expedita para hacer efectiva la tutela judicial frente a la Administración que como es de suponer dado el establecimiento del Estado social y democrático de derecho requerirá de un control eficaz sobre su actuación.

Finalmente, el numeral 3 de esta disposición se refiere a la acción de responsabilidad del Estado por los actos de su Administración pública (artículo 114 numeral 3) que recoge el derecho a ser indemnizado a “toda persona que haya sufrido daños como consecuencia de la falta de servicio de los órganos de la Administración del Estado, de sus organismos incluyendo los gobiernos regionales y las municipalidades” sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda al funcionario que hubiese causado el daño. Con ello se recoge como regla general el factor de atribución “falta de servicio” a la que hace referencia el artículo 42 de la LOCBGAE que sirve como título para reclamar indemnización en la mayor parte de los casos. Sin embargo, previendo que igualmente, esa sola previsión resultaba insuficiente para facultar otros casos en los que amerite optar por ejemplo por una responsabilidad objetiva, mediante indicación de varios Comisionados se añadió la frase final de este numeral que permitía al legislador establecer otros títulos de imputación¹⁹. De acuerdo con la fundamentación de esta enmienda se reconoce “la posibilidad de que pudiesen existir en otros títulos de imputación que pueda establecer la ley; por ejemplo, -afirmaba el Comisionado Osorio- la ley de la agencia nacional de energía nuclear, que establece un principio responsabilidad objetiva. Sin perjuicio de eso, creo que es mejor determinar que exista, al menos, la falta de servicio u otros títulos que determine la ley, que señalar derechamente que exista responsabilidad por acciones u omisiones, porque abre en demasía la posibilidad de la responsabilidad del Estado”²⁰.

Finalmente, en relación con la jurisdicción contencioso administrativa es menester comentar la infructuosa enmienda al artículo 114 del Anteproyecto que proponía introducir un numeral 4° en el que ordenaba a que por ley institucional se establezcan los tribunales contencioso administrativos que, en definitiva, serían los llamados a conocer de las dos acciones (anulatoria y de responsabilidad) que se regulaban en los dos incisos precedentes. Prescripción

¹⁹ Comisión Experta (2023c: 60). Los Comisionados que formularon la enmienda fueron: Lagos, Rivas, Lovera, Osorio, Quezada, Sánchez y Soto, don Francisco.

²⁰ Comisión Experta (2023c: 64).

a la que se añadía en un numeral 5° una disposición que contenía garantías mínimas a otorgar en el procedimiento administrativo.

A propósito de la insistencia en crear tribunales administrativos se realizó una discusión entre los Comisionados que reflejó la diferente óptica de lo que a su juicio era prioritario garantizar. Por un lado, un grupo de Comisionados consideraba que el problema de la multiplicidad de procedimientos y lugares donde se debían tramitar las diversas acciones contencioso administrativas actualmente existentes se resolvía creando una institucionalidad (los tribunales administrativos) postulando una solución orgánica; y otro grupo de comisionados, que entendían que la vía de solución al problema era posible abordarlo desde el punto de vista adjetivo, es decir siendo suficiente el empleo de una vía procedimental. En la posición de encontrar una solución orgánica al problema se afirmó: “En realidad, -sostenía el Comisionado Osorio- hay demasiados procedimientos, una infinidad de tribunales, lo cual impide la especialización y la posibilidad de que solo haya un cuerpo encargado especialista en materia de liquidación administrativa, que muchas veces se ha recomendado. Por lo mismo, no puedo entender que, transcurrido un siglo, no podamos ponernos de acuerdo en aspectos tan básicos y que permitirían una mejor gobernanza y, al mismo tiempo, certeza para los administrados”²¹. Complementando esta argumentación esgrimiendo la posible afectación de la inversión en el país debido a la falta de claridad de a cuantas puertas los inversionistas tienen que acudir en el caso que sus proyectos enfrenten un litigio. Desde la perspectiva de quienes sostenían la vía de solución procedimental manifestaban estar “más que disponibles para trabajar en la variante de uniformar los procedimientos”²². De acuerdo con su análisis el problema estaba más relacionado con la existencia de eventuales superposiciones de competencia más que a que existan tribunales especiales, lo cual estaba en línea con lo que el Comisionado Larraín desde una perspectiva pragmática alejándose de una vieja e utópica aspiración sostenía en la Subcomisión de Función Jurisdiccional y Órganos Autónomos inclinándose también por la idea de que en el ámbito contencioso administrativo se establecieran procedimientos unificados antes que crear tribunales contencioso administrativos que serían deseables, a lo mejor, teóricamente²³. El Comisionado Ossa en este sentido sostenía: “los problemas de incerteza jurídica [...] pueden ser abordados, primero, desde el

²¹ Comisión Experta (2023c: 64-64).

²² Comisión Experta (2023c: 66).

²³ Comisión Experta (2023d: 61)

debido respeto a las respectivas competencias, lo que ya en sí mismo deja de generar incertezas y, segundo, desde la posibilidad de uniformar procesos”²⁴. No obstante, insistía la Comisionada Rivas que los tribunales contencioso administrativos no solo son necesarios por la necesidad de certeza jurídica y de especialización “sino que también por razones de eficiencia y eficacia” del Estado²⁵ así como por la transparencia, responsabilidad que demandan los ciudadanos en su relación con el Estado. En definitiva la segunda postura fue la que quedó aprobada en el Anteproyecto publicitado.

Así, las cosas en una evaluación sucinta del artículo 114 en relación con el contencioso administrativo resulta un cierto avance a lo que actualmente se encuentra vigente en la Carta Política: instituye las dos acciones contencioso administrativas más frecuentes (nulidad y responsabilidad). Por su parte, el contencioso anulatorio permite reclamar contra todo tipo de acto administrativo (de efectos particulares, generales o normativos) y el contencioso de responsabilidad pivotará especialmente en torno a la falta de servicio. Pero, no obstante, el texto del artículo 114 no fue capaz de contener unas mínimas bases procedimentales que hicieran más eficientes estos contenciosos lo que se traduce que en relación con la carga procesal sigue estando en desventaja el particular.

4. CONCLUSIÓN

De lo discurrido precedentemente se puede advertir que la institucionalización de un sistema de justicia administrativa no convenció cabalmente en los dos ensayos constitucionales fallidos que han tenido lugar en Chile.

En el primer ensayo constitucional de la Convención que fracasó el 4 de septiembre de 2022 si bien a lo menos contempló dentro del Sistema Nacional de Justicia unos tribunales administrativos de instancia junto a los de familia, laborales, civiles y penales no les reconoció todas las facultades que a aquellos. Los tribunales administrativos en la propuesta de la Convención nacían como tribunales disminuidos que no tenían la facultad de ejecutar sus fallos. La propuesta también afectaba la acción constitucional denominada recurso de protección que en el marco del Texto Constitucional vigente constituye un paliativo a la ausencia de una justicia administrativa general tornándola en

²⁴ Comisión Experta (2023c: 67).

²⁵ Comisión Experta (2023c: 68).

una acción de tutela cuya tramitación podía preverse no tendrá la prioridad que hoy día se le otorga al recurso de protección.

Por otro lado, el Texto elaborado por la Comisión Experta que en relación con la justicia administrativa no sufrió cambios en el Consejo Constitucional obvió institucionalizar los tribunales administrativos por un principio de realidad. El diagnóstico que predominó fue que la necesidad a la que responde esta justicia especializada se resolvía unificando los procedimientos de las distintas acciones contencioso administrativas existentes. El esfuerzo racionalizador debía enfocarse en el aspecto adjetivo y no en una solución orgánica.

A resultas de estos dos ensayos en Chile seguimos careciendo de una justicia administrativa que imponga una racionalidad a las soluciones parciales que el legislador ha ido aprobando a su manera, o bien creando nuevas acciones especiales que se tramitan ante los tribunales ordinarios o son de conocimiento de tribunales administrativos creados exprofeso cuyo rasgo principal es que no integran el Poder Judicial.

Con todo, resulta paradójico observar que siendo la justicia administrativa la que dio inicio en Francia al “*Régime Administratif*” sistema al cual adscribimos, hasta ahora ha sido imposible erigir un sistema adecuado y coherente que es del todo necesario porque como bien afirmaba don Eduardo García de Enterría es el contencioso administrativo el que hace realidad el someter el Poder a un juicio en el que cualquier ciudadano discrepante es titular de un verdadero derecho subjetivo a una justicia efectiva²⁶, por ello puede exigirle cumplidamente justificaciones de su comportamiento ante el Derecho cobrando así sentido el principio de legalidad que no es otra cosa que el imperio de la ley.

Finalmente, permaneceremos *sine die* básicamente con lo existente actualmente, situación totalmente insuficiente en un marco de expansión de la actuación estatal. La realidad nos plantea indefectiblemente que es necesario que el legislador se haga cargo del diseño de un control jurisdiccional que cautele el interés general en materia prestacional, responsabilidad patrimonial, materia estatutaria, inactividad y omisiones ilegales, sanciones, expropiación y contratos administrativos, entre otras. Un Estado que está instado a actuar y a impulsar una mayor igualdad material, reclamo fuertemente expresado en el estallido social de 2019, también es previsible que desplegará una amplia discrecionalidad, facultad que es donde se juega el Estado de Derecho, pero al parecer como destacaba el profesor Rolando Pantoja en su momento, no

²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2011: 454).

queda más que seguir constatando la inexplicable ausencia de una justicia administrativa en Chile²⁷.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- (2013): La Experiencia Chilena en Materia de Justicia Administrativa, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ)-Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).
- (2011): “El recurso de protección chileno al banquillo”, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., vol. V, núm. 27, (junio), pp. 56-71.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2004): “El recurso de protección como proceso de urgencia”, Revista Chilena de Derecho, N°31, Santiago, pp. 269-288.
- CAMACHO CÉPEDA, G. (2019): Justicia administrativa y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Revista Digital de derecho Administrativo. 22 (jun.), 221-252. DOI:https://doi.org/10.18601/21452946.n22.10.
- CANTILLO PUSHAINA, Juan José (2021): Pluralismo jurídico: avances constitucionales actuales, Foro-Revista de Derecho. DOI: 10.32719/26312484.2021.36.10
- Colegio de Abogados de Chile A.G. (2022): La propuesta de Nueva Constitución y la necesidad de una jurisdicción independiente. Santiago. Disponible en: <https://colegioabogados.cl/wp-content/uploads/2022/08/Colegio-de-Abogados-Declaraci%C3%B3n-1-de-agosto-de-2022-vcc.pdf>
- Comisión Experta (2023a): Anteproyecto de Constitución Política de la República de Chile. Disponible en: <https://www.procesoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2023/06/Anteproyecto-Constitucion-Politica-Republica-de-Chile.pdf>
- Comisión Experta (2023b): Sesión N° 17, 08 de mayo de 2023. SubComisión de Sistema Político, Reforma Constitucional y Forma de Estado. Disponible en: https://www.procesoconstitucional.cl/admisibilidad/verDoc.aspx?prmID=4626&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION
- Comisión Experta (2023c): Sesión N° 16, 04 de mayo de 2023. SubComisión de Sistema Político, Reforma Constitucional y Forma de Estado.

²⁷ PANTOJA BAUZÁ, R. (2005: 27)

- Disponible en: https://www.procesoconstitucional.cl/admisibilidad/verDoc.aspx?prmID=4571&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION
- Comisión Experta (2023d): Sesión N° 18, 10 de mayo de 2023. SubComisión de Función Jurisdiccional y Órganos Autónomos. Disponible en: https://www.procesoconstitucional.cl/admisibilidad/verDoc.aspx?prmID=4668&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION
- Comisión Experta (2023e): Sesión N° 2, 14 de mayo de 2023. SubComisión de Función Jurisdiccional y Órganos Autónomos. Disponible en: https://www.procesoconstitucional.cl/admisibilidad/verDoc.aspx?prmID=4212&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION
- Convención Constitucional (2022): Propuesta de Constitución Política de la República de Chile. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/08/Texto-CPR-2022-entregado-al-Pdte-y-publicado-en-la-web-el-4-de-julio.pdf>
- Corte Suprema (2010): Procedimientos Contencioso-Administrativo conocidos en única o primera instancia por Cortes de Apelaciones o por un Ministro de Corte de Apelaciones. Dirección de Estudio, Análisis y Evaluación.
- EMOL (2022): Columna de Opinión: ¿Quién vigila al Estado social? Una reflexión sobre la justicia administrativa por Sebastián Flores y Gladys Camacho (13 de agosto). Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2022/08/13/1069751/cronica-constitucional-columna-de-opinion.html>
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y CAZOR ALISTE, Kamel (2003): "El recurso de protección como mecanismos de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo". En: Revista de Derecho. Vol XIV, (julio), pp. 67-81.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2011): La formación y el desarrollo en europa de la jurisdicción contencioso-administrativa. Su adquisición definitiva de un status de jurisdicción plena y efectiva. En obra colectiva NOS AD JUSTITIAMESSE NATOS. Libro de Homenaje a la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el Centenario de su fundación (1911-2011), [Dir. Luis Déz Picazo y Ponce de león, Ernesto Garzón Valdés, Claudio M. Grossman, Eugenio Raúl Zaffaroni] (Coord. José Luis Guzmán Dalbora). EDEVAL, pp. 443-458.

- IANNELLO, Pablo (2015): Pluralismo Jurídico. Capítulo 21 en obra colectiva [coords. Fabra Zamora, Jorge Luis y Núñez Vaquero, Alvaro] Enciclopedia y Teoría del Derecho, Vol. Uno, pp. 767-790.
- PANTOJA BAUZÁ, Rolando (2005): La inexplicable ausencia de una justicia administrativa en el Estado de Chile, en Revista de Derecho CDE N°13, p. 27 y ss. Disponible en: <https://www.cde.cl/estudiosybiblioteca/docs/revista-13/a-doctrina/derecho-administrativo/la-inexplicable-ausencia-de-una-justicia-administrativa-en-el-estado-de-chile27-rolando-pantoja-bauza/>