

ALGUNOS PRINCIPIOS CLAVES EN LA PROTECCION JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS

OSVALDO OELCKERS CAMUS
Universidad Católica de Valparaíso

Sin lugar a dudas, el Derecho Administrativo tiene una íntima relación con el Estado de Derecho y con una concepción esencial de los derechos de los ciudadanos-administrados. Son estos dos conceptos los que constituyen sus principios de formación y desarrollo.

Efectivamente, el derecho administrativo es, de alguna forma, la expresión del equilibrio entre las potestades del poder público, sometido a los principios del Estado de Derecho, y las garantías o derechos de los administrados, tuteladas por el mismo Estado de Derecho.

A su vez, el Estado de Derecho tiene su manifestación en los ya conocidos principios de separación de Poderes, reconocimiento de las garantías individuales, control de la actividad del Estado; responsabilidad del Estado, especialmente de la Administración Pública y, por sobre todo, el reconocimiento del Principio de la Legalidad.

Mirado el asunto desde la perspectiva de la Administración Pública, podemos decir que ella es hoy una Administración legalizada, organizada desde la ley y cuya función es servir los intereses generales, pero dentro de los ámbitos que la ley de una manera previa le estipula. Pero la legalidad que aquí nos preocupa, se vincula con el Parlamento, lugar o ámbito en donde se elabora la ley y que es el centro de la representación política. Es la ley la que refleja la legitimación, pero también la apropiación del poder que nace de los ciudadanos. Pero ocurre que es la propia legalidad constitucional la que reconoce los derechos o garantías esenciales y la que se constituye como legalidad protectora frente a las potestades que también por ley recibe la Administración del Estado y que las ejerce en vista de los intereses públicos comprometidos.

De la interferencia de estos dos principios, legalidad de la Administración y posición del ciudadano administrado como sujeto de derechos y libertades consideramos evoluciona hoy el Derecho Administrativo.

Es también la legalidad la que determina las nuevas fórmulas organizacionales de la Administración (Art. 62 C. P.); las nuevas técnicas normativas; la aparición de una supra legalidad constitucional (Cap. I de C.P. sg. Art. 116 C.P.); la complejidad y clasificación del sistema de fuentes (clasif. leyes y regl. Art. 63 y 32 N° 8); el desarrollo del concepto de ordenamiento jurídico, a través de los principios generales del derecho público, Art. 2° Ley 18.575 y otros que llenarían páginas en su enumeración.

La posición subjetiva del ciudadano también ha tenido una inmensa evolución. Pensemos en la protección jurisdiccional a las garantías individuales (Art. 20 y 21 C.P.); el derecho de los administrados a obtener prestaciones de los servicios públicos (Art. 3 Ley 18.575); la participación del administrado en las funciones administrativas (Art. 1 C. P., y Ley N° 18.605 de COREDES y Ley 18.695 referida a CODECO); es esta posición del ciudadano-administrado la que nos preocupará en este trabajo.

La primera premisa que dejaremos establecida, puesto que a partir de ella se infieren las otras, es la normativización completa de nuestra Constitución, en cuanto a su efecto y aplicación directa. La Constitución no constituye texto programático declaratorio; ella es una norma jurídica del máximo valor que pretende organizar el sistema institucional y atribuir verdaderos derechos y deberes a los ciudadanos-administrados. Hay sí que establecer que esa normativización, especialmente en materia de garantías, no tiene el mismo alcance en todas sus disposiciones, porque ello depende del contenido mismo de sus preceptos. Surge así una diferencia entre las garantías constitucionales susceptibles de protección y amparo, y garantías constitucionales no protegidas, los llamados principios rectores de la política social y económica, o sea, los derechos sociales. El Art. 6° inc. 2° de la Constitución Política afirma la vinculación de todos los poderes y todos los ciudadanos a la Constitución y esta eficacia directa es especialmente relevante en materia de derechos fundamentales a pesar que algunos de ellos, como dijimos, no tengan la debida tutela o deban ser desarrollados por la ley, pero debemos reconocer sí que siempre la esencia del derecho tiene su resguardo constitucional y su aplicación normativa inmediata.

El Art. 6° inc. 2° vincula y obliga a la aplicación constitucional a todos los poderes del Estado, especialmente al juez, que lo obliga a proteger y tutelar aquellos derechos del Art. 19 de la Constitución Política, reconocidos también en Tratados y Declaraciones Internacionales y que constitu-

yen nuestras garantías fundamentales. La tutela a dichas garantías se produce por las acciones jurisdiccionales que la propia Constitución establece como el recurso de protección, el recurso de amparo, el reclamo expropiatorio, el reclamo de nacionalidad y otros especiales, además de la tutela jurisdiccional ordinaria.

Esta obligación al juez conlleva además a la necesaria interpretación de todo el ordenamiento jurídico, conforme a los preceptos y principios constitucionales, ya que es la Constitución la fuente primaria del sistema normativo y a la que deben adecuarse el resto de las fuentes y de ahí también la necesaria actividad del juez en el respeto y consideración a los Derechos fundamentales en ella consagrados, como fórmulas que deben ser siempre y en cada fallo protegidos.

La necesaria permanencia de estos derechos fundamentales del ciudadano-administrado, reconocidos y protegidos en el ámbito constitucional, ha provocado un cambio en las relaciones Administración-Administrado. Lo normal era la necesaria superioridad de la Administración en dicha relación, pues ella era titular de un interés general, mientras que el ciudadano era titular de intereses particulares. Lo general tiene una especial posición de superioridad sobre lo particular. Pero, el ciudadano administrado también tiene intereses que se vinculan con sus derechos o garantías fundamentales: es titular de tales derechos frente a los cuales el interés general debe ceder a la primacía de aquéllos.

El interés general no determina entonces la superioridad de la Administración en la relación; es la naturaleza de la relación y los derechos afectados por ella lo que determina la superioridad o especial protección pública de dicha relación Administración-Administrado.

Los derechos fundamentales son así un freno al actuar de la Administración que invoca los intereses generales para pretender una superioridad posicional.

Bajo estas premisas existen situaciones que, a mi entender, y producto de un diálogo con el profesor Francisco González Navarro, en su última visita a Chile (agosto 1991) tienen que ser reconocidos en nuestra legislación en aplicaciones específicas.

En primer lugar, me referiré al caso del privilegio de la decisión ejecutoria. Es decir al principio general de la ejecutividad de los actos administrativos, no obstante su posibilidad de impugnación, en la que la alternativa de suspensión de sus efectos constituye la excepción, sólo posible en caso de daño irreparable, situación que se aplica tanto en el recurso de protección, reclamo de ilegalidad por acto municipal o en aquellos casos en que la ley o el recurso de queja permitan orden de no innovar. El problema se presenta en el evento que el administrado no pueda probar

dicho daño irreparable; en ese caso, la Administración puede consumir su acto mientras se resuelve el conflicto, con la posibilidad que en la sentencia el juez reconozca y acoja la tesis y pretensión del administrado y anule el acto. En dicho evento, ¿qué ocurre si el acto ya se ejecutó? La indemnización sustitutoria es sólo un paliativo de último extremo. Esta circunstancia, sin lugar a dudas, aparece como una limitación material a la garantía jurisdiccional del administrado frente a actos de la administración. Debemos establecer que es la propia norma constitucional en el Art. 19 N° 3, 38 inc. 2° y art. 73 ins. 2° la que reconoce una garantía a la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, en cuanto que lo normal es que las partes en conflicto se presentan ante el juez en situación de igualdad. En los conflictos Administración-Administrado no ocurre dicha situación toda vez que la Administración comparece ante el juez y se somete a su control sin perjuicio de su potestad de ejecución extraprocesal del acto que se discute en el proceso; ejecución que sólo puede ser impedida a petición del recurrente en el supuesto que de dicha ejecución se sigan daños irreparables, como ocurre en materia municipal. Pensamos que en materia de derechos fundamentales afectados por la sola interposición del recurso jurisdiccional debiera suspender la ejecutoriedad del acto, de igual forma lo pensamos para aquellos casos en que se exige agotamiento previo de la vía administrativa. Es esta una protección judicial provisional y que tiene su fundamento en la garantía jurisdiccional *efectiva* que debe darse al administrado frente a la actividad administrativa, entendiendo la efectividad según el resultado real protector o no de la resolución judicial.

Incluso pensamos que la petición de suspensión podría ser deducida antes de la presentación de la demanda como medida prejudicial ante el tribunal competente. Por otro lado, la resolución judicial que acogiera la solicitud de suspensión debiera sólo ser impugnable en razón de justificación del interés público comprometido, situación de conflicto que quedaría a decisión del tribunal. Creemos que siempre que se invoquen con alguna seriedad derechos fundamentales, la regla debiera ser el carácter suspensivo del recurso administrativo o contencioso-administrativo según corresponda, y conforme a la apreciación judicial, porque son los derechos fundamentales la esencia del orden jurídico, en tanto la ejecutoriedad del acto es un instrumento ordinario, respetable de gestión administrativa, pero que no constituye fundamento de dicho orden jurídico.

Pensamos que la tutela efectiva debe ser expresada, además del acceso a la justicia, en un control judicial eficaz y se trata justamente con esta suspensión de la ejecutoriedad del acto, de evitar la irreparabilidad

del daño producto de la decisión administrativa. El efecto suspensivo debe pues durar hasta que la resolución judicial se encuentre a firme.

Este principio general suspensivo podría tener excepciones, como es el caso de la inmediata ejecución en razón de los intereses públicos comprometidos pero debidamente justificados o motivados, como es en materia de orden público, siempre sí con la posible revisión judicial del acto en razón de legalidad.

Esta medida cautelar de suspensión del acto impugnado que hoy recae en el juez tiene sus problemas o vicios al no ser una medida operativa frente a denegaciones que hace la Administración, frente a su inactividad, frente a decisiones adoptadas con abuso, que hacen recaer en el administrado la obligación de iniciar las acciones judiciales en las que no siempre encuentra una reparación. Deben pues a nuestro entender buscarse fórmulas para ampliar estas medidas cautelares de los derechos fundamentales y que pueda ejercer el juez contra el uso abusivo de la decisión previa ejecutoria que carece hoy a nuestro entender de justificación material de fondo.

Otra institución jurídico-administrativa afectada en la primacía de los derechos fundamentales dice relación con la tutela efectiva del juez a estos derechos fundamentales, orientada por el principio de que éstos deben interpretarse de la manera más amplia para que su contenido pueda ser efectivo, y por la habilitación legal para entrar en el ámbito de la libertad, en cuanto que las reglas que proscriben conductas que limitan la libertad de los ciudadanos-administrados deben estar amparados siempre por habilitaciones legales explícitas (Art. 19 N° 7 C.P.) en donde sea la ley la que regule los elementos esenciales de intervención administrativa y no los reglamentos o las cláusulas generales de habilitación, como es el atentado al orden público.

Pero el principio de la tutela judicial hoy se manifiesta *in integrum* y como garantía jurisdiccional a través de los recursos de protección y amparo. Desde esta perspectiva, y cuando es la Administración la parte recurrida, el recurso de protección es una manifestación de justicia administrativa de tutela de derechos a intereses legítimos, una tutela de posiciones subjetivas, no de declaraciones de derechos subjetivos. De ahí que el recurso de protección, más que un proceso al acto ilegal o arbitrario, es un proceso de efectiva tutela del derecho que se debate y que se ve afectado por ese acto ilegal o arbitrario y en donde normalmente la Corte de Apelaciones pondera los derechos del recurrente y las potestades de la Administración que se ven en un caso específico confrontados a través del acto que se impugna.

Por otra parte, la extensión de esta tutela en el recurso de protección es amplísima, restringida sólo en aquellos derechos no recurribles, que ponderados, están en los llamados derechos de declaraciones sociales. Esta extensión implica además la justicialidad plena de la discrecionalidad respecto de la cual nuestro Tribunal Supremo la ha abordado desde la perspectiva de la arbitrariedad y que a nuestro entender forma parte de la legalidad de fondo del acto administrativo vinculado con la motivación y finalidad de él. Naturalmente el juez lo que debe hacer en este ámbito es controlar jurídicamente el acto discrecional, pero no puede sustituir a la Administración en sus apreciaciones políticas y de oportunidad. No puede el juez por el recurso de protección gobernar, como tampoco desconocer o provocar una derogación judicial de la normativa legal, incluso para el caso específico en que conoce, como de hecho está sucediendo al conocer reclamaciones tributarias por vía de protección, desconociendo el procedimiento especial establecido en el Código Tributario; así como tampoco le corresponde legislar, ni participar en el proceso legislativo, como de hecho ha ocurrido, al declararse competente para conocer un recurso de protección de una iniciativa de ley enviada por el Ejecutivo vía mensaje al legislativo para su conocimiento y debate cameral. Incluso aun cuando sean materias que por su contenido puedan afectarle como poder del Estado. La Constitución no atribuye esas facultades al juez; lo que le encomienda en el recurso de protección, y en general en su tarea propia, es la tutela de derechos a intereses legítimos, que desde la perspectiva del Derecho Público administrativo no es sino controlar la legalidad de la acción administrativa que afecta a dichos intereses y derechos.

El tema del control de la discrecionalidad ha sido uno de los más debatidos en el ámbito del derecho público y se vincula con esta falta de delimitación del poder del juez.

Los límites jurídicos a la potestad discrecional que van desde los elementos reglados del acto, hasta la inequidad, pasando por la motivación y los conceptos jurídicos indeterminados, establecen el ámbito del ejercicio de dicha potestad y son los que cumplidos legitiman la actuación del gobierno y de la Administración en ese ámbito. Por otra parte, el principio de legalidad de los Art. 6 y 7 C.P. y 2º Ley 15.575 proscriben la infracción al ordenamiento jurídico y por lo tanto, los intereses generales que pueden invocarse por la Administración en su actuar y que constituyen la razón de esa actuación, no justifican tampoco la infracción al ordenamiento jurídico, principio clave del Estado de Derecho. La Constitución es la norma que enmarca dónde y cómo pueden ejercer esas potestades discrecionales, que al ser ignoradas, exceden el ejercicio de la función constitucional de gobernar. Por otro lado, es también la Constitución la

que enmarca, dentro los contenidos antes señalados, la función del juez en el control de ellas.

Pensamos que no debe caerse en el exceso con la utilización de los poderes jurisdiccionales especialmente en el recurso de protección. Ello sería peligroso para la seguridad jurídica que toda sociedad reclama.

Otro aspecto establecido como garantía jurisdiccional al administrado se encuentra en el Art. 9º de la Ley 18.575 y se refiere al innecesario agotamiento previo de la vía administrativa, con excepción de los casos en que una ley orgánica constitucional así lo establece, como ocurre en el reclamo de ilegalidad por acto municipal. Efectivamente, al recurrir por la vía jurisdiccional contra una decisión administrativa permite que la Administración conozca de la existencia de dicha acción y pueda en ese instante de propia iniciativa corregir los eventuales vicios o provocar la invalidez del acto sin que se lo soliciten, o que se requiera como carga para el administrado, de agotar dicha vía. Conforme al Art. 9º de la Ley 18.575 es facultativo para el administrado deducir los recursos administrativos o las acciones jurisdiccionales a que haya lugar, fórmula razonable que se establece en favor del afectado con la medida. Naturalmente el problema de los plazos procesales para interponer cualquiera de los recursos o acciones jurisdiccionales de alguna forma afectan la estrategia procesal a seguir, sobre todo por la brevedad para deducir cada uno de ellos.

(Plazos que en todo caso no superan los 30 días en reclamo de ilegalidad de acto municipal en vía administrativa o 15 días en recurso de protección). Esta fugacidad de los plazos procesales impugnatorios del acto que no se corrige sino con el reconocimiento superior de los plazos de prescripción de los derechos materiales, que debieran sobreponerse a los plazos procesales. Un atentado contra un derecho fundamental origina la nulidad del acto que los afecta y esa nulidad de derecho público no permite que por el mero transcurso de tiempo o de los plazos procesales se legalice el acto.

Otra garantía jurisdiccional para el administrado dice relación con la apreciación del interés para accionar o la legitimación para recurrir. La jurisprudencia nacional en materia de recurso de protección ha señalado que el recurrente deberá tener un derecho a accionar mediando un interés personal, concreto, actualmente comprometido, de forma que con la decisión del tribunal se pueda restaurar el derecho en términos posibles y efectivos (Corte Suprema 2.6.81 y 19.12.84). Así pues, uno de los requisitos que debe concurrir para acciones es la legitimación expresada en un interés legítimo, por que todo derecho es en sí un interés protegido por la ley y que por el actuar de la administración se ve agraviado. De ahí que se requiera este interés legítimo, que agraviado, funde la pretensión procesal

de reestablecimiento de un derecho y que normalmente pasa por la decisión jurisdiccional de dejar sin efecto el acto de agravio (anularlo).

El interés legítimo se manifiesta así desde el punto de vista del administrado como reacción frente a una actuación administrativa que incide en su patrimonio y que le causa una lesión o detrimento (Art. 38 inc. 2º C.P.). Se trata de una actuación por parte de la Administración que afecta el ámbito vital de los derechos, bajo el supuesto que ella no sea legal y de afectación general. Dicha circunstancia, a nuestro entender, habilita inmediatamente al sujeto para iniciar la acción jurisdiccional impugnatoria que defienda la integridad de su patrimonio, como conjunto de derechos y obligaciones, o sea, defienda su ámbito vital fundamental. Es por eso que pensamos que donde se encuentra el verdadero derecho subjetivo es en la acción jurisdiccional de reacción, no en la situación previa de afectación.

La integridad de tales derechos-deberes se protege con la acción reaccional, porque nadie puede ser afectado en su ámbito legal vital, sino por causa legal y con los títulos y legitimidad necesaria, que de ser así, le imponen al administrado un deber de soportar o sacrificar parte de sus derechos o ventajas; de otra forma, ellos deben ser reestablecidos por el juez.

El concepto de interés legítimo no reconoce necesariamente como requisito que ellos sean directos; pueden ser indirectos y no necesariamente personales, pues, es posible también tutelar intereses colectivos reconociéndose la legitimidad de corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados aun cuando éstos carezcan de personalidad jurídica (Corte Suprema Recurso Protección 31.4.84, Revista Fallos del Mes Nº 311).

Otro aspecto de importancia en la tutela de derechos de los administrados dice relación con la cosa juzgada relativa a la nulidad del acto. Efectivamente si consideramos el recurso de protección y en general el contencioso administrativo como un proceso de tutela de derechos y no como un proceso al acto (no a la Administración) debemos considerar la cosa juzgada, en cuanto que a través de ella se manifiesta el principio de la efectividad de la tutela, al no poder la Administración, una vez anulado el acto, reproducir dicho acto o dictar otros de contenido incompatible y si ello llegara a ocurrir, deben ser los propios tribunales a través de procedimientos incidentales de ejecución del fallo los que eliminan dichos actos (anulen).

Por último, en relación con la ejecución de las sentencias (Recursos de Protección Detectives), debemos señalar que ella también es parte de la tutela judicial efectiva, pues es un derecho del que ha obtenido fallo favorable declaratorio al lograr la ejecución material de dicho fallo. Los

derechos fundamentales reconocidos no se satisfacen con meras declaraciones retóricas; es fundamental la ejecución. La Constitución Política Art. 73 entrega a los tribunales la ejecución de lo juzgado, manifestación típica de la potestad jurisdiccional, tomando las medidas que considere procedentes para el cumplimiento de lo dispuesto hasta llegar al término de la efectividad de lo fallado, incluso en el derecho comparado, a través de la institución de la ejecución por sustitución de un tercero al que se le dotan de poderes suficientes ante la negativa de la autoridad a cumplir el fallo (naturalmente cuando ello sea factible).

En este mismo sentido debiera ampliarse la embargabilidad de fondos y bienes del Estado no destinado al pago de remuneraciones o funcionarios de los servicios públicos, como era en la antigua ley de Municipalidades D.L. 1.289 modificada por la Ley 18.695, que es restrictiva, ésta como medida alternativa frente al no pago oportuno por la Administración de las sentencias que condenen al Fisco, órganos autónomos o a las Municipalidades, al pago de una indemnización (sin perjuicio de lo expresado en el Art. 4º de la Ley 18.695 en que el Estado-Fisco se hace responsable por los daños cometidos por sus órganos en el ejercicio de la actividad administrativa).

Hoy la inembargabilidad de los caudales públicos y los bienes patrimoniales, privilegio subjetivo de la Administración, es incapaz de soportar más la necesaria efectividad de la sentencia que reconoce derechos fundamentales que deben ser compensados por violación antijurídica a través de la indemnización.

Para terminar, debemos reconocer el enorme avance que se ha logrado en Chile con el actual sistema de responsabilidad extracontractual del Estado-administrador, producto de la falta de servicio en donde la culpabilidad subjetiva del funcionario ya no sólo no presenta relieve jurídico alguno para que tenga lugar el fenómeno de imputación del hecho dañoso al ente público, sino que ha sido eliminada como hipótesis legal que condiciona la responsabilidad civil de la Administración, lo que equivale a constituir una ampliación enorme de la garantía patrimonial de los administrados frente al proceso de intervención de los poderes públicos.