

Felipe Lizama Allende\*

# ¿Puede tramitarse la nulidad de derecho público con las reglas del juicio sumario? Una propuesta garantista

## Can the invalidity be processed under public law with the rules of summary judgment? A guarantor proposal.

### Resumen

La ponencia tiene por objeto buscar argumentos para aplicar las reglas del juicio sumario (Art. 680 y ss. del CPC) a la llamada “nulidad de derecho público”. Ello teniendo en mente las críticas que se han hecho al sistema de control judicial de la Administración.

### Palabras clave

Nulidad de Derecho Público. Juicio Sumario.

### Abstract

The paper aims to find arguments to apply the rules of summary judgment (Art. 680 et seq. CPC) to the “public law void”. This keeping in mind the criticisms that have been given to the judicial system of government.

### Keywords

Nullity of Public Law. Summary Judgment.

\* *Profesor Ayudante de Derecho Constitucional, Universidad Diego Portales. Correo electrónico falizama@gmail.com.*

## 1. Introducción

La tutela de los ciudadanos ante la Administración y el Recurso de Protección: Como ya sabemos, en nuestro país existe una multiplicidad de medios de control judicial de la Administración. La gran mayoría son reglados (piénsese en todos los llamados “contenciosos administrativos especiales” referidos a decisiones de organismos públicos o servicios personificados de los que se puede discutir la legalidad de la medida en variados tribunales del país, sujetos a la Superintendencia Directiva, Económica y Correccional de la Corte Suprema). También tenemos –dentro de la Administración– la posibilidad de pedir la invalidación o revisión del acto a la autoridad que lo emitió (Art. 53 y Art. 60 de la Ley 19880 sobre Procedimientos Administrativos). Tenemos asimismo las Acciones Constitucionales de Protección y Amparo Económico, pero muchas veces al impetrar estas acciones y no obtener los resultados queridos, queda una vía residual que se tramita bajo la modalidad del juicio ordinario; esta es la “Nulidad de Derecho Público” contenida en el inciso final del Art. 7 de la CPR. La llamo residual pues –no obstante su fundamento constitucional– ha quedado convertida en una acción que se tramita con las reglas del Juicio Ordinario de Mayor Cuantía y, cuando compromete el patrimonio del Fisco, las reglas del Juicio de Hacienda. Por ende, cuando se interpone la Nulidad de Derecho Público contra un ente personificado no procede la tramitación en conformidad con las normas del Juicio de Hacienda. Lo anterior se da en el marco de 3 situaciones jurídicas: i) la ausencia de un contencioso administrativo general en Chile; ii) la existencia de una multiplicidad de contenciosos administrativos vinculados esencialmente a servicios des-regulados o actividades de regulación económica, y iii) como corolario de lo anterior, el uso del Recurso de Protección como sustituto del contencioso administrativo en Chile, y una vez descartada esa vía (por sentencia desestimatoria o bien porque se ha entendido que recae sobre él cosa juzgada formal) el empleo de esta acción constitucional. Este último punto es de la mayor relevancia, pues ha habido serios cuestionamientos doctrinales a la calidad del recurso de protección como un reemplazo del contencioso administrativo.

## 2. Las críticas al Recurso de Protección y sus fundamentos

Voces críticas son los trabajos de buena parte de la doctrina nacional: En efecto, Vergara Blanco sostiene que al recurso de protección no es posible considerarlo *per se* ni en los órdenes jurisdiccionales o contenciosos administrativos ya que no constituye esencialmente un control de constitucionalidad y no cabe calificarlo como proceso únicamente contencioso administrativo. No obstante este origen del recurso ha devenido “en un sustituto del orden jurisdiccional administrativo, ante la ausencia de un adecuado orden administrativo especializado”<sup>1</sup>, prosigue sosteniendo que

<sup>1</sup> Vergara, A. “El recurso de Protección como sustituto de una jurisdicción contencioso administrativa especializada, elementos para su análisis” en J.C. Cassagne (Editor) “Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa”. Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2007. p. 83

“este recurso de protección (...) no fue creado como un sustituto de la jurisdicción contencioso-administrativa; y a pesar de eso, dada la fuerte presión de los justiciables y la laxa interpretación que las Cortes han dado a algunas garantías constitucionales”<sup>2</sup> A ello se suma que al no estar claramente regulado, no siempre se tramita a través de un racional y justo proceso, fijando plazos nada razonables y sin garantías procesales mínimas para los justiciables y que ha producido una concentración a principalmente dos garantías, igualdad y propiedad<sup>3</sup>.

3. Por otra parte, nos dice Francisco Zúñiga que carece el Recurso de protección de las garantías procesales de un proceso declarativo de *lato conocimiento*<sup>4</sup>, poniendo al administrado en desigualdad procesal. Y que su efecto de cosa juzgada formal es desnaturalizado por la naturaleza anulatoria de su *decisium* propia de un procedimiento *lato* para concluir en que es insatisfactorio por asimilarlo al procedimiento común civil ordinario que es lento y no especializado<sup>5</sup>.

4. Asimismo, los profesores Ferrada, Bordalí y Cazor han sostenido que el uso del Recurso de Protección como mecanismo contencioso administrativo “es bastante complejo, ya que las características que ha ido asumiendo el Recurso de Protección, especialmente en el ámbito de instrumento de control de constitucionalidad de los actos de la Administración del Estado, son a veces contradictorias con este carácter cautelar autónomo que le reconoce la doctrina. Así será frecuente que la declaración judicial del Tribunal, reconociéndole ciertos derechos al recurrente y adoptando las medidas para restablecer el imperio del derecho, tenga efectos permanentes y no meramente cautelares. La finalidad de “excluir” al Recurso de Protección es singularmente académica, se quiere reservar este “para aquellos casos en que se vean comprometidos auténticos derechos fundamentales”<sup>6</sup>.

5. Incluso cierto autor negó la procedencia del Recurso en contra de las actuaciones administrativas, toda vez que “el principal efecto del principio de la ejecutividad -uno de sus aspectos más sobresalientes en comparación con los actos jurídicos de naturaleza civil- es la presunción de legitimidad que de ellos emana. Los actos de la Administración se presumen legítimos, por lo que si adolecen de algún vicio o ilegalidad, mientras un tribunal no proceda a su anulación, no puede entenderse que no esté vigente el imperio del derecho”<sup>7</sup>. Solamente ante la llamada “vía de hecho” francesa –caso en que se comete una irregularidad grosera, atentando contra el derecho de propiedad o las libertades públicas<sup>8</sup>- la que “reviste una contravención de tal magnitud a la legalidad

<sup>2</sup> Vergara, A. Ob. Cit. p. 85.

<sup>3</sup> Cfr. Vergara, A. Ob. Cit. p. 86.

<sup>4</sup> Zúñiga, F. “Recurso de Protección y contencioso administrativo”. En Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 202, Año LXV, Julio-Diciembre de 1997, p. 118.

<sup>5</sup> Zúñiga, F. Ob. Cit. p. 119.

<sup>6</sup> Ferrada, J, Bordalí, A. & Cazor, K: “El recurso de Protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos. Una respuesta inapropiada a un problema Jurídico complejo”. En Revista de Derecho, Universidad Austral, Vol. XIV, Julio 2003, p. 81.

<sup>7</sup> Pierry, P.: “Conferencia inaugural: Lo contencioso administrativo y el recurso de protección”. En Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, N° 14 (1991-1992), p. 158.

<sup>8</sup> Pierry, P. Ob. Cit. P. 160.

vigente que impide totalmente unir el acto o actuación de la autoridad a la aplicación de un texto legal o reglamentario, desnaturalizándose y perdiéndose su carácter administrativo, transformándose de este modo en una “vía de hecho” y siempre que esta ejecución o amenaza de ejecución atente contra el derecho de propiedad o las libertades públicas<sup>9</sup>. Lo anterior significa, entonces pues, una “ilegalidad manifiesta en la actuación de la Administración que lleve a desnaturalizar el acto administrativo, o sea, a hacerle perder su carácter de tal”<sup>10</sup>.

6. Hay críticas más duras, así v.gr. Andrés Bordalí señala que “Procesalmente, el Recurso de Protección ha significado alterar toda la organización jurisdiccional chilena. En primer lugar ha subvertido el principio fundamental en materia judicial que señala que el ciudadano debe poder recurrir en primera instancia al tribunal más cercano posible, idealmente ubicado próximo a su vecindario, pueblo o ciudad”<sup>11</sup>. Con análisis más políticos que jurídicos, califica al Recurso de Protección de una “propuesta política que quería robustecer el papel de los tribunales superiores de justicia frente a los poderes democráticos “progresistas” (Legislativo y Administrativo) de un momento determinado de nuestra historia nacional”<sup>12</sup>. Y al tratarse de hacer frente a una Administración del Estado activa que pretendía socializar los medios de producción a través de expropiaciones, intervenciones, requisiciones o tomas materiales de bienes, es plausible suponer que era más apropiado que fueran los tribunales superiores de justicia los encargados de controlar la actividad administrativa<sup>13</sup>. Incluso diciendo que “especial gravedad reviste el hecho que este tribunal elitista y autoritario ha desplazado los jueces civiles de base en el conocimiento y fallo de las disputas entre particulares. Asimismo se ha constituido en el tribunal administrativo de base por antonomasia”. Ello implica considerar única y exclusivamente al Recurso de Protección como exclusiva acción contenciosa administrativa, cuando –precisamente- la nulidad de Derecho Público es conocida por los jueces de letras en lo civil.<sup>14</sup>

7. Para otros, como Eduardo Soto Kloss, esa fue, precisamente, la finalidad del recurso, en concordancia con los antecedentes históricos que motivaron su creación y recepción desde el Acta Constitucional III de 1976. En su clásico trabajo “El Recurso de Protección” señaló que su origen se da frente a la denegación de justicia de los tribunales para conocer de las arbitrariedades y agravios de la actividad administrativa del Estado<sup>15</sup>, y que no excluía otros agravios originados por particulares o entidades

<sup>9</sup> Pierry, P. Ob. Cit. p. 161.

<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup> Bordalí, A. “El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica”. En Revista de Derecho. Universidad Austral, Vol. XIX N° 2, Diciembre de 2006, P. 206. De lo que se sigue -A mi juicio- que prácticamente la acción de tutela más relevante de los derechos fundamentales debería ser planteada incluso en Jueces de Policía Local, o sea, ¡Un remedio peor que la supuesta enfermedad!

<sup>12</sup> Bordalí, A. Ob. Cit. p. 207.

<sup>13</sup> Bordalí, A. Ob. Cit. p. 210. p. 210. En puridad, los otros tipos de control que se estudian en Derecho Administrativo sabido es de su total ineficiencia y atenuación.

<sup>14</sup> Bordalí, A. Ob. Cit. p. 211.

<sup>15</sup> Cfr. Soto Kloss, E. “El recurso de protección, orígenes, doctrina y jurisprudencia” Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 1982, p. 400 y 401.

societarias, “pero creemos necesario recalcar que paliar la indefensión del ciudadano frente a la ilegalidad del actuar administrativo del Estado fue el motivo principal de ir a la creación de este remedio ágil, pronto y eficaz, tratando de sobrepasar o superar esa denegación de justicia que los Tribunales Ordinarios habían adoptado frente al contencioso-administrativo”<sup>16</sup>.

8. Su uso ha hecho que sea llamado por el profesor Carlos Carmona “el árbol que no deja ver el bosque” Para ello tiene presente el uso progresivo del recurso desde 1978 (155) al año 2001 (4899)<sup>17</sup> y que entre 1990 y 1998 el 63,58% de los recursos de protección fue interpuesto en contra del Estado<sup>18</sup>, lo que ha generado el efecto de “árbol que no deja ver el bosque”, creando la impresión de que no existen otras acciones o recursos, además diciendo que su uso ha sido masivo pero no exitoso, indicando que desde 1990 a 1998 se han acogido en la Corte de Santiago 698 recursos, lo que equivale al 7,9% del total. Lo que ha sido replicado por Iván Aróstica, que si bien reconoce la existencia de los múltiples contenciosos administrativos especiales, ha hecho ver que “se crean cuantiosas acciones en el papel, pero al propio tiempo se ponen tantas injustificadas trabas a su ejercicio efectivo, que difícilmente pueden superar un benévolo test de juridicidad. Diremos que no son inocentes de sospecha de anticonstitucionalidad y suelen in en cohorte; plazos cortísimos para reclamar, cosa que transcurran ya y la determinación quede luego a firme; la obligación de consignar el total o parte de la multa antes de poder accionar, lo que incentiva a elevar el monto de la pena y constituye un absurdo, cuando justamente se reclama que la sanción es improcedente o confiscatoria; el agotamiento previo de la vía administrativa como requisito para habilitar la acción procesal; la intervención judicial reducida a única instancia; la improvisión de un probatorio donde se tenga la oportunidad de desvirtuar los hechos en que se basa la autoridad; la prohibición al juez para suspender el acto impugnado (entre otros)”<sup>19</sup>, de hecho, en el trabajo del profesor Carmona hay un cuadro donde contabiliza los procedimientos a que están sujetos estos contencioso administrativos especiales y de esos 78 que indica en él, 7 son sin forma de juicio, 5 procedimientos son en cuenta, otros 11 son con las mismas reglas del Recurso de Protección y 27 no tienen referencia expresa alguna<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Soto K. Eduardo. Ob Cit. p. 402. Con posterioridad en “La protección de los derechos de las personas frente a la Administración en la Constitución de 1980” En Revista Chilena de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, Volumen 28 N° 2, 2001, P. 281 señaló ocupando la expresión de los teólogos marianos que nunquam satis, “nunca es suficiente” para denunciar la indefensión de los derechos de las personas en los años 60 y 70, reiterando -con profunda documentación- en “El Recurso de Protección, institución esencial de una sociedad libre”, en Navarro, E. (Editor) “20 años de la Constitución Chilena 1981-2001”. Universidad Finis Terrae (Facultad de Derecho). Conosur Ltda. Santiago de Chile. 2001, P. 421-424. Una síntesis del origen y los fundamentos que se tuvieron a la vista también en Aróstica, I. “Derecho administrativo Libertario y Chileno”, En Martínez, J, & Arancibia, J (Editores) “La primacía de la persona humana, estudios en homenaje a Eduardo Soto Kloss”. Editorial LegalPublishing, Santiago, 2009, p. 39.

<sup>17</sup> Carmona, C. “El contencioso administrativo entre 1990 y 2003” en Ferrada, J. (Editor) “Justicia Administrativa” Segunda Edición, Editorial LexisNexis. Santiago, 2007, p. 186

<sup>18</sup> Carmona, C. Ob. Cit. p. 191

<sup>19</sup> Aróstica, I. “Los contenciosos administrativos especiales en la legislación chilena. Una visión crítica a la luz de la Constitución” En *Ius Publicum*. Revista de Derecho. Universidad Santo Tomás, N° 20, 2008, P. 93 y 94.

<sup>20</sup> Carmona, C. Ob Cit. p. 219. Ya la ausencia de norma legal que reglamente el procedimiento hace que pueda cuestionarse al legislador si logra satisfacer el mandato de un proceso legalmente tramitado con garantías de

9. Lo cierto es que –aplicando una sana cuota de realismo jurídico– el Recurso de Protección se utiliza en la práctica como un mecanismo de control judicial de la Administración y las tesis en contrario que pretenden deslegitimarlo producirían el efecto de excluir jurisprudencialmente el recurso de protección generaría una mayor impunidad y una ausencia de control judicial de la Administración, lo que sería insostenible en un Estado de Derecho Democrático y Republicano y que violaría las conciencias de cualquier iuspublicista. Seguimos en esto a Emilio Pfeffer<sup>21</sup>, que lo trata de un medio extensiblemente eficaz para detener la arbitrariedad administrativa y exigir que los agentes administradores se sometan al principio de legalidad y actuar con la prudencia, oportunidad, racionalidad y sustento técnico que resulten debidos cuando ejerzan facultades discrecionales. “Ahora bien, la existencia de *adecuados procedimientos administrativos* que permitan resolver en forma rápida y eficaz los conflictos ente los administrados y la Administración, contribuiría fuertemente a una disminución de la interposición del Recurso de Protección con incidencia en materias contencioso administrativas”<sup>22</sup>.

**10. El “retorno” a la Nulidad de Derecho Público:** Con prescindencia del tema anterior, queda una acción constitucional que se ha ido tomando espacios es la nulidad de derecho público. Esta acción tuvo su reconocimiento gracias a: i) las primeras construcciones doctrinales, de autoría de Eduardo Soto Kloss<sup>23</sup>, ii) el seguimiento inicial en la jurisprudencia a las tesis pregonadas por el mismo profesor; iii) el cuestionamiento de dichas tesis, en especial lo referido a la insaneabilidad e imprescriptibilidad de la

racionalidad y justicia (Ello pues la redacción del inciso 5 del numeral 3 del Art. 19 es un claro mandato al legislador) Por ello es que las causales del Recurso de Casación en la forma del Art. 768 del Código de Procedimiento Civil tiene por objeto la observancia del Debido Proceso Legal. Un examen somero de sus causales lo demuestra: En efecto, el primer numeral se refiere a que procede ésta en “haber sido la sentencia dictada por un tribunal incompetente” y el numeral segundo cuando fue pronunciada “por un juez, o con la concurrencia de un juez legalmente implicado” (Es decir, ambas cubren un requisito clave del Debido Proceso Legal, esto es la imparcialidad del juez., el numeral 4 del Art. 768 permite fundar la casación “En haber sido dada ultra petita”, recogiendo el principio de congruencia entre lo que se ha señalado en el expediente (o el mérito del proceso) y lo resuelto. En fin, el numeral 9 del Art. 768 señala la procedencia de la casación en la forma cuando ha faltado algún trámite o diligencia considerado esencial por la ley. Esos trámites son todos integrantes del Racional y Justo Proceso, esto es, el emplazamiento (Art. 795 N°1 del C.P.C.), el recibimiento de la causa a prueba (Art. 795 N° 3 del C.P.C.) (Ello para la primera instancia) y en segunda instancia otro ejemplo decidor, la fijación de la causa en tabla para sí vista en los tribunales colegiados (Art. 809 N° 4 del C.P.C.) es decir, ni más ni menos que el derecho a ser oído.

<sup>21</sup> Pfeffer, E. “Naturaleza, características y fines del Recurso de Protección” en Nogueira, H. (Editor) Acciones constitucionales de Amparo y Protección: realidad y prospectiva en Chile y América Latina, Ed. Universidad de Talca, Chile, 2000. p. 154.

<sup>22</sup> Reiterando su planteamiento en idénticos términos en el Artículo titulado “El recurso de protección y su eficacia en la tutela de derechos constitucionales en Chile”. En Revista Estudios Constitucionales, Año 4 N° 2, Universidad de Talca, 2006, p. 98.

<sup>23</sup> Por todos, Soto Kloss, E. “Derecho Administrativo” Tomo II, El Principio de Juridicidad. Editorial Jurídica. Santiago 1996, p. 163 a 184.

acción<sup>24</sup>; iv) el giro jurisprudencial sobre alguna de sus aristas más polémicas<sup>25</sup>, y otros temas conexos que han sido tratados en menor medida: La legitimación<sup>26</sup>.

11. Con todo, hay un punto que ha sido tangencialmente analizado en profundidad: Este es sobre su tramitación. En efecto, en los trabajos de Soto Kloss hay referencias a que se puede tramitar con las reglas del Juicio Ordinario y que en caso de comprometer patrimonialmente al Fisco se debe someter a las reglas del Juicio de Hacienda, lo que significa pequeñas modificaciones, excluir la réplica y la dúplica salvo que la cuantía de lo disputado supere las 500 UTM (Art. 749 del Código de Procedimiento Civil), excluir la conciliación (Art. 262 inc. 1 del mismo cuerpo legal), y en caso de ser desfavorable a los intereses del Fisco, el fallo debe ir “en consulta”. (Art. 751 inciso primero del C.P.C.)<sup>27</sup> En este hay casi total acuerdo doctrinal. Ferrada nos dice que “En efecto, la nulidad de Derecho público ha sido formulada como una sanción de ineficacia dispuesta en la *Constitución* para los actos de los órganos del Estado que contravienen el ordenamiento jurídico chileno, y cuya tramitación se sujeta a las reglas del juicio ordinario civil, procedimiento de lato conocimiento”<sup>28</sup>. Jaime Jara en su trabajo nos dice que podrá ser impetrada por los interesados ante los Tribunales

<sup>24</sup> Especialmente Pierry, P. Por todos, dos artículos del Ministro Supremo: “Nulidad de Derecho Público” en *Justicia Administrativa*, P. 165 a 182 y “Nulidad en el Derecho Administrativo”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XV, año 1993-1994 P. 84 a 88. Sobre la Nulidad de Derecho Público puede verse Jara, J. “La nulidad de Derecho Público ante la doctrina y la jurisprudencia” Ed. Libromar, 2004, *passim*.

<sup>25</sup> Soto Kloss, E. “Comentario a sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia que declara prescriptible la acción de nulidad de Derecho Público” en *La Semana Jurídica*, N° 7, semana del 25/12/2000 al 01/01/2001. Y Pierry, P. “Nulidad de derecho público, comentario a un comentario”. En *La Semana Jurídica*, N° 11, semana del 22 al 28 de enero de 2001, sección doctrina, 2001. Hay ahora nuevos argumentos sobre la imprescriptibilidad de la nulidad de derecho público en Bocksang, G. “De la imprescriptibilidad de la Nulidad de Derecho Público” en *Ius Publicum, Revista de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, Vol. 9 N° 14, 2005, p. 87 a 104, especialmente relevante el hecho que haya inexistencia del “pretendido acto público” ( Cfr. p. 91), que sería ajena intuitivamente al Derecho Natural (Cfr. p. 92), que de sus beneficios (la prescripción) no corroboran la naturalidad de la Institución (Cfr. p. 93) y que en caso de existir una persona que pudiera catalogarse como perpetua, esa sería el Estado, por lo que no se debería aplicar dicha institución (Cfr. p. 98) y la más evidente y olvidada, la carencia de derechos subjetivos que tiene el Estado, pues está sujeto a potestades férreamente (Cfr. p. 99)

<sup>26</sup> Fiamma, G. Desde antiguo con “Acción constitucional de nulidad y legitimación activa objetiva”. En *Gaceta Jurídica*. Número 123, p. 7 a 12, Guerrero, G. en libro reciente titulado “Legitimación activa de la acción constitucional de nulidad”. Editorial Librotencia, 2010. En él es especialmente relevante es el Capítulo III de su trabajo donde trata en extenso todas las teorías sobre la legitimación en esta acción constitucional. Bascuñán, A. en su análisis sobre la píldora del día después, en “La píldora del día después ante la Jurisprudencia”. En *Estudios Públicos*, 95 (invierno 2004), p. 47 y criticando la sentencia de primera instancia del fallo sobre la píldora del día después señaló: “La acción de nulidad de derecho público es, en la concepción más favorable a su admisibilidad institucional, un procedimiento de control concreto de la validez de los actos de los órganos del Estado. Luego, para que su ejercicio sea admisible se requiere que su titular haya sido lesionado en sus intereses por el acto estatal que se impugna, tal como por lo demás lo prevé la Constitución para lo contencioso administrativo (artículo 38 inciso 2°). Por último, recientemente Juan Carlos Ferrada asociándola al interés y la existencia de un derecho subjetivo, con reciente base jurisprudencial “Nuevas restricciones a la nulidad de Derecho público como proceso administrativo: una jurisprudencia interesante, pero inconsistente”. en *Anuario de Derecho Público*. Universidad Diego Portales, N°1, Santiago, 2010- Especialmente pp. 194 a 200.

<sup>27</sup> Sobre la tramitación en juicio ordinario y distinguiendo o no si procede la aplicación del juicio de Hacienda Véase Soto Kloss E. *Ob Cit.* p. 191 a 193.

<sup>28</sup> Ferrada, J. “Los procesos administrativos en el Derecho Chileno” En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXVI, Valparaíso, 2011, p. 270

de Justicia mediante una acción procesal ordinaria<sup>29</sup>. Precisando que la existencia de procedimientos jurisdiccionales especiales para reclamar de la ilegalidad de determinados actos administrativos no impide que el particular pueda deducir en todo caso la acción ordinaria de nulidad de derecho público<sup>30</sup>, concluyendo que “El procedimiento aplicable de conformidad al principio de supletoriedad del artículo 3° del Código de Procedimiento Civil es el juicio ordinario de mayor cuantía”<sup>31</sup>. Urbano Marín dice que se somete a las reglas del juicio ordinario “a falta de normas”<sup>32</sup>.

12. Por último, debe sumarse el trabajo de *lege ferenda* al que nos hemos referido antes de Gonzalo Guerrero Valle. Él sugiere –tomando en cuenta el principio de supremacía constitucional y adoptando una modalidad de control concentrado de constitucionalidad- que la Nulidad de Derecho Público debería ser interpuesta, tramitada y resuelta en el Tribunal Constitucional<sup>33</sup>.

13. Lo que pretendemos, hecha toda esta introducción y tratamiento genérico sobre la nulidad, es exponer argumentos para someter la acción de nulidad de derecho público a las reglas del juicio sumario, a fin de favorecer a las personas que sufren actuaciones ilegales de los órganos del Estado a fin de que no sean sometidos a larguísimos juicios. Para ello sostendremos lo siguiente.de.

**14. Cuestión previa de los argumentos:** Los conflictos de los particulares con la Administración pueden ser conocidos a través de la acción de nulidad de derecho público, cuya tramitación principal es ordinaria y por sus reglas referidas a fondos fiscales tiene las particularidades del Juicio de Hacienda, nada impide en nuestro concepto tramitarlo en forma breve y sumaria, ya que con él también se satisface la garantía de un procedimiento racional y justo. El Fisco comúnmente invoca que el recurso de protección no es la vía idónea para conocer de los reclamos judiciales contra actuaciones de la Administración, mas esa respuesta judicial “condena” en nuestro concepto a la tramitación ordinaria y a los ciudadanos que por diversos motivos litigan contra el Estado.

**15. Primer argumento: Cierta reconocimiento doctrinal sobre la procedencia del juicio sumario en la nulidad de derecho público:** La doctrina chilena ha tenido ciertos pronunciamientos sobre el asunto: en el trabajo de Francisco Zúñiga se expone que se materializa el contencioso administrativo a través de diversos tipos de naturaleza declarativa y/o de condena. El primero que menciona es la acción de nulidad administrativa y que es “impropiamente denominada nulidad de Derecho Público”, sujeta a proceso civil común “en concreto el juicio ordinario del Código de Procedimiento

<sup>29</sup> Jara, J. Ob. Cit. p. 215.

<sup>30</sup> Jara, J. Ob. Cit. p. 216.

<sup>31</sup> Jara, J. Ob. Cit. p. 217.

<sup>32</sup> Marín, U. “Algunos aspectos de la nulidad de derecho público. Aproximación práctica al tema”, en Onfray, A. (Editor) “Seminarios de Derecho Procesal”. Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 17. Universidad Diego Portales, Santiago, 2004, p. 152.

<sup>33</sup> Guerrero, G. Ob Cit. Cap V.



Civil (C.P.C.) y más excepcionalmente el juicio sumario<sup>34</sup>, luego menciona la acción indemnizatoria, que se tramita bajo el juicio de hacienda.

16. En el trabajo del profesor Miguel Otero, al exponer la nulidad de derecho público, indica que: “difiere de las opiniones que estiman que la nulidad debe tramitarse exclusivamente por las reglas del juicio ordinario”<sup>35</sup>, entregándole la decisión al juez que conoce del asunto. “Como tal, es igual a cualquier otro conflicto, por lo cual deben aplicarse las reglas generales, y si el conflicto, por su naturaleza, requiere tramitación rápida para que sea eficaz, no se ve razón alguna para no tramitarlo conforme a las reglas del juicio sumario. En definitiva esto quedará a criterio del tribunal”<sup>36</sup>. El profesor Otero hace una distinción: En efecto, si el acto cuya nulidad se reclama es objeto de una acción ya interpuesta atendido el carácter imprescriptible, insanable e irrenunciable puede y debe ser declarada de oficio por el tribunal, aun cuando la parte afectada no la haya reclamado. Si se trata de una acción totalmente nueva, solicitar la nulidad es ejercer una acción que se puede deducir en el mismo procedimiento a que da origen el acto cuya nulidad se reclama o en juicio separado si es que el conflicto no ha llegado a etapa jurisdiccional, existiendo proceso la parte la puede invocar hasta tanto la sentencia definitiva no se encuentra presuntamente ejecutoriada. Ocurrida esta circunstancia, la nulidad debe impetrarse en juicio separado. Incluso es posible invocarla en el alegato mismo, así lo sostuvo la Corte de Santiago en un recurso de ilegalidad interpuesto por Esvál en contra de la Superintendencia de Servicios Sanitarios<sup>37</sup>.

17. Han existido en doctrina posturas que pretenden “atenuar” lo largo y dificultoso del juicio ordinario para efectos de aplicarlo en la Nulidad de Derecho Público. En efecto, los profesores Ferrada y Bordalí sostienen que “En este sentido, el procedimiento ordinario regulado en el Código de Procedimiento Civil parece ser un buen mecanismo procesal a utilizar ante el tribunal administrativo, siempre y cuando: a) se regule expresamente quiénes son los sujetos legitimados activa y pasivamente; b) se supriman los trámites de la réplica y la dúplica; c) se permita la presentación de cualquier medio probatorio tanto por las partes como por el juez; d) se valore la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica; e) se eliminen trámites como las observaciones a la prueba, medidas para mejor resolver y la citación a oír sentencia; f) se obligue al juez a dictar sentencia dentro de un plazo de 30 días contado desde el vencimiento del término probatorio”<sup>38</sup>. Han expuesto asimismo que si bien la tramitación conforme al juicio ordinario de mayor cuantía que parece bastante lógica “ha tenido también un impacto negativo en la mayor utilización de este procedimiento, ya que su tramitación es demasiado lenta y engorrosa para los ciudadanos. Lo anterior podría verse corregido por un uso más intenso de las medidas cautelares suspensivas y aún anticipativas inno-

<sup>34</sup> Zúñiga. *Ib Cit.* p. 117, Énfasis nuestros.

<sup>35</sup> Otero, M. “La nulidad procesal civil, penal y de derecho público”. Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile. 2011, p. 290.

<sup>36</sup> *Ibidem* (Énfasis nuestros).

<sup>37</sup> Cfr. Otero, M. *Ob. Cit.* p. 291.

<sup>38</sup> Bordalí, A. & Ferrada, J. “Escritos de Justicia Administrativa”, Segunda Edición, Editorial LegalPublishing, Santiago, 2009, pp.- 184 y 185.

minadas por los tribunales de justicia en la tramitación del juicio”<sup>39</sup>. Con todo, huelga señalar que en otro trabajo el profesor Bordalí descarta derechamente el juicio sumario, así lo dice: “No está de más señalar que cuando se habla de un proceso sumario con estas características no se está pensando en el proceso sumario de los artículos 680 y siguientes del CPC. Éste supone una etapa de cognición plena por lo que lo decidido tendrá plenos efectos de cosa juzgada material sin que se pueda volver a discutir sobre lo mismo en otro proceso de más lato conocimiento. Antes que al proceso sumario de los artículos 680 y siguientes de nuestro CPC me refiero al proceso sumario del tipo interdicto posesorio que regulan los artículos 549 y siguientes del mismo cuerpo legal”<sup>40</sup>.

18. Segundo argumento: la concordancia entre la normativa que regula el juicio sumario y las normas internacionales de derechos fundamentales reconocidas por el ordenamiento jurídico chileno: Por otra parte de la sola lectura del inciso primero del Art. 680 del Código de Procedimiento Civil puede establecerse cierta conexión con el Art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que asegura como derecho a las personas “*el derecho a un recurso directo, eficaz y sencillo*”. Esta norma podría ser perfectamente invocada como un referente para los litigios contra el Estado. Primero pues comúnmente se le asocia a los recursos de amparo, aunque es una exigencia más amplia como se ha entendido recientemente<sup>41</sup>. Así el Art. 680 citado dice que se aplicará este procedimiento “a los casos en que la acción deducida requiera, por su naturaleza, *tramitación rápida para que sea eficaz*” y por su parte, el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que: “1. Toda persona tiene derecho a un *recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo* ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. Por su parte, el art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que. “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados *podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales*”.

19. Sobre el punto nos comenta Courtis –aunque en relación a recursos en caso de violaciones a los derechos fundamentales- que la expresión “recurso sencillo y rápido o (...) cualquier otro recurso efectivo” no es un dechado de claridad. Puestos a asignarle algún sentido inteligible, uno podría reconstruir las relaciones entre “sencillez”, “rapidez” y “efectividad” de la siguiente manera: a) el ideal de la norma es, claro, que el recurso sea sencillo, rápido y efectivo. b) el artículo parece reconocer que puede haber “recursos efectivos” que, sin embargo, no sean “sencillos y rápidos”. Es dable suponer que se trata de recursos frente a situaciones de gran complejidad fáctica o

<sup>39</sup> Bordalí, A. & Ferrada, J. Ob Cit. p. 45.

<sup>40</sup> Bordalí, A. Cita en nota 11, P. 213.

<sup>41</sup> V.gr. Jurisdicción Militar, Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 29 de noviembre de 2009, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

probatoria, o de situaciones que requieran un remedio complejo. En estos casos, el sacrificio de la rapidez y sencillez se correlaciona con las necesidades de la efectividad. Aunque la jurisprudencia del Sistema Interamericano no ha explorado demasiado este problema, tentativamente se podría pensar que el compromiso entre “rapidez y sencillez” y “efectividad” requiere al menos, en estos casos, la no consumación de un daño al derecho de que se trate y la perspectiva de un remedio suficiente en relación con la violación denunciada<sup>42</sup>.

20. No debe olvidarse que las normas anteriores solo pueden tener por objeto hacer valer el principio del debido proceso legal y el derecho a la acción o tutela judicial efectiva que preconiza claramente nuestra Constitución Política en el Artículo 19 numeral 3°. Nogueira cita también el Art. 25 de la Convención Americana<sup>43</sup>. Luego expone el contenido del derecho a ser juzgado sin “dilaciones indebidas” y a una sentencia en un “plazo razonable” (si bien al explicar las garantías procesales que integran el derecho a un debido proceso penal)<sup>44</sup>, indicando que “*este derecho no constitucionaliza los plazos determinados por las normas legales de carácter general sino que consiste en el derecho que tiene toda persona a que su causa se resuelva dentro de un plazo razonable* aun cuando constituye un concepto indeterminado que debe ser dotado de contenidos concreto, atendiendo la situación del caso para decidir de allí la irrazonabilidad y el carácter excesivo del retardo, causado por órganos de la Administración de Justicia a través de los tiempos en que no se realiza actividad utilizable a los fines del juicio”. Precizando que “Lo que vulnera el derecho no es la dilación sino la indebida, cuando no dependen de la voluntad del justiciable o de la de sus mandatarios (citando a Almagro Nosete)”<sup>45</sup>. Por último, lo que debe considerar para dar cumplimiento a dicha norma consiste en una serie de factores, tales como la causa y complejidad, duración de procesos, la conducta de la autoridad, los medios disponibles, factores que deben considerarse para la dilación indebida<sup>46</sup>. La referencia al Art. 25 no es aislada ni privativa del derecho constitucional o constitucional interamericano. El profesor Aróstica la invoca también para que se conozca de los reclamos y para que la Administración cumpla las resoluciones judiciales el Art. 2 N 3 del Pacto de la ONU y el Art. 25 del Pacto de San José.

21. Debiera propiciarse, pues, una interpretación de estos pactos de tal manera que no solo se refieran a las acciones cautelares sino que además a las acciones que tengan por objeto la salvaguardia del principio de juridicidad, como lo es, precisamente, la Nulidad de Derecho Público.

## **22. Segundo argumento, la redacción del Art. 53 de la Ley 19880 al consagrar la invalidación:** El art. 53 de la Ley 19880 sobre procedimientos administrativos

<sup>42</sup> Courtis, C. “El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos”. En Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, ISSN 1870-8390, N°. 5, 2006. p. 36.

<sup>43</sup> Nogueira, H. “El *debido proceso* en la *Constitución* y el sistema interamericano” Ed. Librotencia. Santiago. 2007. p. 75

<sup>44</sup> Lo que no puede sino ser considerado en contenciosos anulatorios como el del art. 7 de la Constitución.

<sup>45</sup> Nogueira, H. Ob. Cit. pp.100 & 101, (Cursivas en el original)

<sup>46</sup> Cfr. Nogueira, H. Ob. Cit. p. 102.

señala que las reclamaciones en contra de los actos invalidatorios se tramitarán en forma breve y sumaria (inc. final), norma que demuestra la factibilidad normativa de la tramitación sumaria. La invalidación es –como sabemos– un recurso administrativo por contradictoriedad a derecho. Tiene por ende la misma finalidad que la nulidad de derecho público y es subsumible por ende en alguna de estas categorías, investidura, competencia y procedimiento (Art. 7 inc. 1). Con todo, esta norma es objeto de críticas: Soto Kloss cuestiona el hecho de que la reclamación se tramite de forma sumaria pues impediría una correcta posibilidad de hacer valer un debido proceso. Dice que esta norma está afectando derechamente atribuciones de la jurisdicción, y además, reduciendo el ejercicio de un derecho fundamental como es el derecho a la acción y todas sus consecuencias (artículo 19 N°3) prosiguiendo que choca con el artículo 10 de la ley orgánica constitucional 18.575, reduciendo sus efectos y limitando su alcance, desde que establece textualmente que los actos administrativos son impugnables no solo administrativamente, sino también por “las acciones jurisdiccionales a que haya lugar”, y conforme al procedimiento que se establezca, por lo cual v.gr. si se recurre a través de una acción de nulidad de derecho público, que es una acción constitucional, su procedimiento será el ordinario y no breve y sumario, o si se recurre ante un acto administrativo invalidatorio municipal, será el procedimiento que la ley orgánica constitucional de municipalidades, ley 18.695, establece en su artículo 141, que no es breve y sumario, y así etc.<sup>47</sup>

23. El asunto estriba en que al menos en el juicio sumario sí se puede rendir prueba y ser tasada, situación que tiene mayor dificultad práctica y normativa en el recurso de protección y lo que hace facilitar el rechazo de los mismos y la indefensión del ciudadano. En este sentido este redactor quiere ser enfático, no está en contra del uso del Recurso de Protección, sino que lo que se busca es una solución jurisprudencial que permita que –en casos de rechazo o simplemente no interposición del mismo– se pueda tener otra vía efectiva para la defensa de los derechos de los ciudadanos. De hecho la ley permite que si se inicia un juicio como ordinario, podrá continuar con arreglo al procedimiento sumario, si aparece la necesidad de aplicarlo (Art. 681 inc. 2 C.P.C) y no solo eso, permite que en rebeldía del demandado, se reciba la causa a prueba y si se solicita con fundamento plausible se accederá provisionalmente a lo pedido en la demanda (Art. 684 inc. 1 del C.P.C.) Los incidentes se tramitan en la misma audiencia en conjunto con la cuestión principal, sin paralizar el curso de esta (Art. 690 del C.P.C.). Es decir, el Fisco no podría dilatar más a través de sus defensores jurídicos<sup>48</sup>.

**24. Tercer argumento, existe una variedad de contencioso administrativos especiales que se sujetan a las reglas del juicio sumario:** Un pequeño examen que se haga

<sup>47</sup> Soto Kloss, E. “La Ley 19880, sobre procedimientos administrativos, ¿“Aleluya” o “Miserere”? En Ley 19880 sobre procedimientos administrativos. Conferencias Santo Tomás de Aquino, Anrdros Impresores, Santiago. 2003. pp.96 y 97

<sup>48</sup> Debe indicarse que a propuesta del H. Senador señor Díez, se agregó a este precepto un inciso tercero, nuevo, que permite impugnar el acto invalidatorio ante el tribunal ordinario, en procedimiento breve y sumario.”Nuevo Primer Informe de la Comisión de Gobierno”. En Historia de la Ley 19880, p. 90.

sobre el ordenamiento jurídico permite ver que muchas reclamaciones se tramitan bajo las reglas del juicio sumario. Veamos:

- a) El artículo 30 del D.L. N° 3538, de 1980, que crea la Superintendencia de Valores y Seguros indica que la reclamación contra multas impuestas por la Superintendencia de Valores y Seguros será conocida por el Juez de Letras en lo Civil que corresponda y se resolverá en juicio sumario.
- b) El artículo 21 de la Ley N° 4.808, sobre Registro Civil. Expone que la reclamación contra resolución del Director General del Registro Civil por errores cometidos en partidas rectificadas administrativamente, en la substanciación del reclamo se aplicarán las reglas del juicio sumario.
- c) El artículo 171 del Código Sanitario, al tratar la reclamación contra sanciones aplicadas por el Director General del Servicio Nacional de Salud, el reclamo se tramita en forma breve y sumaria, se aplican las reglas generales del juicio sumario. Procediendo el recurso de apelación en ambos efectos, salvo que concedida en esta forma hayan de eludirse sus resultados.
- d) Los artículos 20 a 23 de la Ley N° 18.362, que crea el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas por el Estado. Contemplan una reclamación en caso Ministro de Agricultura que declara caducada o revoca una concesión. Corte de Apelaciones, de acuerdo a las reglas del juicio sumario (Art. 22).
- e) El artículo 45 del D.L. N° 3.557, que establece disposiciones sobre Protección Agrícola. Al tratar las reclamaciones interpuestas contra el Servicio Agrícola y Ganadero por resoluciones que dicte, se substanciarán de acuerdo al procedimiento sumario.
- f) El artículo 50 de la Ley N° 15.840, Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, trata sobre la reclamación por medidas adoptadas por la Dirección de Vialidad, dispone dicha norma que éstas se tramitarán breve y sumariamente. Asimismo el artículo 52, al tramitar la reclamación contra resoluciones del Director de Vialidad que impongan multas. dispone que aquella se substanciará en conformidad con las reglas del Título XI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil.(Es decir, Juicio Sumario)
- g) El artículo 9 del Decreto Ley 2186 (Ley Orgánica de Expropiaciones) que expone como causal de reclamo por ilegalidad “por ser improcedente en razón de la inexpropiabilidad, aún temporal, del bien afectado, o fundado en la falta de ley que la autorice o en la no concurrencia de la causa legal invocada en el acto expropiatorio” Las reclamaciones por infracción a lo dispuesto en el Art. 9 se someterán a las reglas del juicio sumario (inc. Penúltimo). Como se sabe, el reclamo de ilegalidad del acto expropiatorio “busca dejar sin efecto el acto expropiatorio como acto administrativo, fundado en su ilegalidad, ya sea por cuanto existe alguna norma que impida la expropiación del bien o porque la causal legal invocada en el acto expropiatorio no concurre en el caso específico” (...) “Aun cuando excede los límites del presente trabajo, resulta interesante dejar establecida la comparación entre el ejercicio de la presente acción y la de nulidad de derecho público deducida en contra de un acto expropiatorio. *Prima*

*facie* no se divisan cuáles serían las diferencias de fondo entre una acción y otra, pues ambas tienen por objeto denunciar la ilegalidad del acto y obtener, con ello, su anulación o enervamiento por parte de la autoridad judicial<sup>49</sup>.

h) En materia municipal, debe señalarse que cuando se da lugar al reclamo de ilegalidad la indemnización de perjuicios se tramita conforme a las reglas del juicio sumario (Art. 151 Letra i) de la Ley Orgánica Constitucional 18.695 de Municipalidades) Referido a esta acción, Aróstica la ha tratado como una de las “ciertas acciones especiales de nulidad de derecho público”<sup>50</sup>. Urbano Marín incluso llega a decir que la única regulación expresa de la nulidad de derecho público es la que estableció la ley 11.860 de 1955 que es un reclamo de ilegalidad municipal y que ha continuado hasta hoy<sup>51</sup>.

i) Por último y solo para poner ejemplos más relevantes en la regulación económica, los artículos 34 y 55 a que se refiere la Ley 19995 sobre Casinos que se tramitan sumariamente tanto en la Superintendencia como el Tribunal Ordinario Civil, (Arts. 34 y 55), la Ley 18902 en sus artículos 13 y 17 para los reclamos en contra de la Superintendencia de Servicios Sanitarios. La ley 19.300 sobre Bases Generales del Medioambiente, que en sus artículos 20, 50 y 64 para reclamar contra los actos dictados en aplicación de las normas sobre medioambiente. Todas las normas anteriores no hacen sino concluir que la tramitación sumaria pareciera ser una regla de tramitación en los contenciosos administrativos, y la nulidad de derecho público no tendría por qué escapar de dicha naturaleza.

**25. Cuarto argumento, los deberes del representante judicial del Fisco sobre la materia:** Como se sabe, el D.F.L. N° 1, de 28 de Julio de 1993 es la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, Esa ley le asigna la defensa del Fisco en todos los juicios y actos no contenciosos de cualquier naturaleza (Art. 3 número 1). Le compete también de acuerdo al numeral 7 La defensa en los recursos de protección que se interpongan en contra del Estado, los gobiernos regionales, las municipalidades, los servicios públicos centralizados, las instituciones o servicios descentralizados territorial o funcionalmente y las entidades de derecho privado en que el Estado o sus instituciones tengan aportes o participación mayoritarios o igualitarios. Esto último con acuerdo del Consejo.

26. La norma más relevante es -a no dudarlo- el Art. 26 de dicha ley. En efecto, el Departamento de Defensa Estatal está obligado a interponer los recursos ordinarios en contra de las resoluciones desfavorables que recaigan en los asuntos a su cargo a menos de recibir instrucciones superiores en contrario (Inc. final) En simple, litigar contra el Fisco significa una extensa pelea, máxime aun cuando no están sujetos a las cauciones y consignaciones a que se refiere la Ley de Enjuiciamiento y otras normas procesales (Art. 63). ¡Extenso y eterno juicio nos garantiza el Fisco, por expresa obligación legal!

<sup>49</sup> Peña, C. “Algunas consideraciones acerca de las acciones de reclamación por expropiación”. En Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, Año 2, número 1, Santiago, Agosto de 2001, p. 36

<sup>50</sup> Aróstica. Ob. Cit. en nota 46. p. 134.

<sup>51</sup> Marín, U. Ob Cit. en nota 32. p. 147.

**27. Conclusiones:** Nuestra propuesta es, a no dudarlo, una de tipo “garantista”: El garantismo consiste en la técnica de tutela de derechos fundamentales, siendo una garantía “toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiéndose por “derecho subjetivo” toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones)”<sup>52</sup>. Creemos que por los valores que preconiza la Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico por aplicación del Art. 6º, la primacía de la persona humana sobre toda otra forma de sociedad artificial (Art. 1 inc. 4) y la defensa de sus derechos que son límite a la soberanía y que compete a toda autoridad respetar y promover (incluyendo al Poder Judicial ) (Art. 5 inc. 2) especialmente el acceso a la Justicia y el debido proceso legal (Art. 19 número 3) es que el garantismo puede ser concebido como una técnica de protección no solo en el ámbito penal, sino que en el ámbito administrativo. En terminología de Ferrajoli existen garantías primarias, que se refieren a las obligaciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados, las secundarias se refieren a la aplicación de la sanción o declaración de nulidad al verificar actos ilícitos y no válidos que violen los derechos subjetivos<sup>53</sup>. Como sabemos el primer paso de garantismo se dio en el estado legislativo de derecho y era en torno a las garantías penales<sup>54</sup>, en base a los ideales de la Ilustración y que consisten en la aplicación del principio de legalidad en materia penal (hechos, delitos y pena) propios de un derecho penal liberal y mínimo, todo esto con una interesante peculiaridad: “En el estado legislativo de derecho, carente de constitución o dotado de constituciones flexibles, la garantía de los derechos fundamentales, incluidos los de libertad, queda confiada únicamente a la política legislativa, que podría reducirla o suprimirla legítimamente. Existía, claro es, ordenamientos garantistas y ordenamientos antigarantistas. Pero la legitimidad de los primeros y la ilegitimidad de los segundos sólo podía valorarse en el plano ético-político de la justicia y no en el plano jurídico de la legalidad (...) Esta omnipotencia de la legislación, y a través de ella de la mayoría política, cesa en el Estado constitucional de derecho, fundado sobre esa verdadera invención de nuestro siglo que es la rigidez constitucional, en virtud de la cual las leyes ordinarias, al parecer situadas en un nivel subordinado respecto de las normas constitucionales, no pueden derogarlas so pena de su invalidación como consecuencia del correspondiente juicio de inconstitucionalidad”<sup>55</sup>.

**28. No debe olvidarse acá que existe un mandato constitucional conferido a la Ley Orgánica Constitucional para la “Pronta y cumplida Administración de Justicia” (Art. 77 C.P.R.).** Silva Bascuñán nos dice que “Es difícil encontrar otros vocablos, como los de “pronta y cumplida” que sinteticen con más acierto las cualidades que ha de revestir indiscutiblemente la Administración de Justicia, si pretende satisfacer su objetivo esencial y de lo que ella se espera.”Cumplido” es lo “lleno, cabal, acabado, perfecto”. El Constituyente pretende que se llegue a promocionar un servicio

<sup>52</sup> . Por otras las obras de este autor, Ferrajoli, L. “Democracia y Garantismo”. Editorial Trotta, Madrid.2008. p. 63.

<sup>53</sup> Cfr. Ferrajoli, L. Ob. Cit. p. 64.

<sup>54</sup> Cfr. Ferrajoli, L. Ob. Cit.p. 67.

<sup>55</sup> Ferrajoli, L. Ob Cit. p. 65.



rápido y eficaz, verdaderamente imparcial y objetivo, provisto de todos los medios para proporcionarlo”<sup>56</sup>.

29. Lo que nos mueve, en suma, no es sino hacer realidad el mandato constitucional sobre la primacía de la persona humana, y el deber de los órganos estatales de respetar y promover sus derechos. Es burdamente contrario a los principios constitucionales que existan juicios contra la Administración que duren entre 7 y 10 años, que muchos de esos litigantes sean pobres y carezcan de los medios para luchar contra el Fisco, que tiene grandes defensas y suculentos sueldos al servicio de defenderlo (sea interponiendo excepciones aunque no haya motivo, apelando por todo, en fin). El desafío de los iuspublicistas es construir dentro de las normas y no llamar al legislador, pues es casi perder el tiempo. La palabra queda dada, entonces, al Poder Judicial.

### **Bibliografía.**

- ARÓSTICA, Iván. “Los contenciosos administrativos especiales en la legislación chilena. Una visión crítica a la luz de la Constitución” En *Ius Publicum*. Revista de Derecho. Universidad Santo Tomás, N° 20, 2008.
- BORDALÍ, Andrés. “El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica”. En *Revista de Derecho*. Universidad Austral, Vol. XIX N° 2, Diciembre de 2006.
- CARMONA, Carlos. “El contencioso administrativo entre 1990 y 2003” en Ferrada, J. (Editor) “Justicia Administrativa” Segunda Edición, Editorial LexisNexis. Santiago, 2007,
- FERRADA, Juan Carlos y CAZOR, Kamel. El recurso de Protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos. Una respuesta inapropiada a un problema Jurídico complejo”. En *Revista de Derecho*, Universidad Austral, Vol. XIV, Julio 2003.
- FERRADA, Juan Carlos. “Los procesos administrativos en el Derecho Chileno” En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXVI, Valparaíso, 2011.
- MARÍN, Urbano. “Algunos aspectos de la nulidad de derecho público. Aproximación práctica al tema”, en Onfray, A. (Editor) “Seminarios de Derecho Procesal”. Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 17. Universidad Diego Portales, Santiago, 2004.
- NOGUEIRA, Humberto. “El *debido proceso* en la *Constitución* y el sistema interamericano” Ed. Librotencia. Santiago. 2007.
- OTERO, Miguel. “La nulidad procesal civil, penal y de derecho público”. Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile. 2011.

<sup>56</sup> Silva, A. “Tratado de Derecho Constitucional”. Tomo VIII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 2002. p. 127.



PFEFFER, Emilio. "Naturaleza, características y fines del Recurso de Protección" en Nogueira, H. (Editor) Acciones constitucionales de Amparo y Protección: realidad y prospectiva en Chile y América Latina, Ed. Universidad de Talca, Chile, 2000

PIERRY, Pedro. "Conferencia inaugural: Lo contencioso administrativo y el recurso de protección". En Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, N° 14 (1991-1992).

SILVA, Alejandro. "Tratado de Derecho Constitucional". Tomo VIII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 2002.

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

SOTO, Eduardo. "La Ley 19880, sobre procedimientos administrativos, ¿"Aleluya" o "Miserere"? En Ley 19880 sobre procedimientos administrativos. Conferencias Santo Tomás de Aquino, Anrdros Impresores, Santiago. 2003.

ZÚÑIGA, Francisco. "Recurso de Protección y contencioso administrativo". En Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 202, Año LXV, Julio-Diciembre de 1997.