

## LEYES PRO ESTADO E INDEFENSIÓN: LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ANTE LA CONSTITUCIÓN CHILENA, HOY\*

*Iván Aróstica Maldonado\*\**

### I

El derecho a reclamo contra los actos de la Administración enfrenta no pocas situaciones de indefensión. El Diccionario Español Jurídico define “indefensión” como aquella “situación en que se coloca a quien se impide o se limita indebidamente la defensa de su derecho en un procedimiento administrativo o judicial, anulando o restringiendo, total o parcialmente, sus oportunidades de defensa”. El Tribunal Constitucional, por su parte, pronunciándose acerca de la indefensión imputable al legislador, ha señalado que la ley no puede privar a nadie de su derecho a impugnar un acto administrativo desfavorable, ni tampoco puede perturbar su legítimo ejercicio, anteponiéndole obstáculos que no puedan considerarse como requisitos de procesabilidad o de admisibilidad pertinentes (STC Rol N° 7587-19, considerando 11°).

Situaciones de indefensión que, como veremos, se patentizan en aquellos litigios “contencioso-administrativos” (de nulidad o tutela) donde se reclaman por los afectados actos desfavorables de la autoridad, emitidos en función de policía o control<sup>1</sup>.

Si ya a nadie se le niega o impide reclamar contra los actos de la autoridad, al menos no explícitamente, hay síntomas sin embargo de que el ejercicio legítimo de este derecho sufre limitaciones o restricciones de consideración. Los balances de gestión y cuentas públicas del Consejo de Defensa del Estado, en los últimos años, dan cuenta de una efectividad superlativa de este organismo, al alcanzar tasas de éxitos en más del 90%

---

\*\*Lección inaugural del curso “Justicia administrativa” impartido en el LLM UC Magíster en Derecho de la P. Universidad Católica de Chile, año 2020.

\*\*Profesor de Derecho Administrativo Universidad del Desarrollo, Universidad Católica de Chile.

<sup>1</sup>La cuestión es diametralmente distinta cuando se demanda al Estado el otorgamiento de una prestación social o el reconocimiento de alguna nueva igualdad, donde incluso se habla de un “activismo judicial” progresista, a raíz de que ciertos jueces que se sienten liberados de “la tiranía de la ley”.

de las causas contencioso-administrativas entabladas contra entidades públicas. Ratifican que es altamente difícil vencer al Estado en juicio, los índices constantes que exhiben los tribunales tributarios y aduaneros, donde aparece que un alto porcentaje de rechazos –cercano al 70%– se correlaciona directamente con la disminución en el número de nuevas acciones intentadas por los contribuyentes<sup>2</sup>.

Las consecuencias de estas sentencias negativas no solo recaen sobre los disuadidos y perdidosos. Desde la Antigüedad se sabe que la injusticia sobre uno cubre de bruma toda la ciudad y trae el mal para las costumbres del pueblo en general (Hesíodo, *Trabajos y días*, 220). El mismo Von Ihering, en su clásica obra *La lucha por el derecho* (1872) ante la pregunta “¿por qué luchar, no será mejor ceder?”, llamaba a no desalentar a quien pide que se le reconozca lo suyo, por poco que sea, toda vez que la destrucción del derecho sobreviene cuando se predica la fuga ante la injusticia, mientras que “el derecho no existe sino luchando contra esta”; resistir la injusticia –decía– es un deber del individuo consigo mismo y un deber para con la sociedad<sup>3</sup>. De allí que estas sentencias desestimatorias rebasan su efecto individual y se tornan en un problema colectivo cuando el país viene sufriendo sucesivas recaídas en su percepción como Estado de Derecho. Así, por caso, cuando a la par de reprobarse un incremento en los poderes de la burocracia, se observa una disminución en el puntaje de “efectividad judicial”, a raíz del supuesto “favoritismo en las decisiones para funcionarios del gobierno”<sup>4</sup>.

Si esta indefensión compromete el Estado de Derecho, con una autoridad que actualmente abarca espacios cada vez mayores e irradia más enérgicamente su influjo, sin control judicial, acaso la corrupción o la consumación de un proyecto totalitario, con el apoyo de la gente que se ha vuelto cada vez más dependiente del Estado, estén a la vuelta de la esquina y sean otras consecuencias procedentes de lo mismo.

Obviamente estos efectos ameritan descubrir sus causas, tras un examen pormenorizado de cada expediente en particular, regido por el método inductivo. Mas, un estudio que supere lo ideográfico, requiere identificar y conceptualizar las variables que puedan explicar esta “indefensión”

---

<sup>2</sup>Entre otras muestras consultadas, v. El Mercurio Legal N° 19 (agosto 2018) 16-21.

<sup>3</sup>Por lo mismo que interrogaba que “si el pueblo debe recurrir a las armas cuando se trata de una legua cuadrada sin ocuparse de su valor, ¿por qué el campesino de que hemos hablado no deberá hacer lo propio?” (pág. 74); añadiendo más adelante que “todo hombre tiene el deber de pisotear, cuando llega la ocasión, la cabeza de esa víbora que se llama la arbitrariedad y la ilegalidad” (pág. 101): Rudolph von Ihering, *La lucha por el derecho* (1985) Civitas (Madrid) *passim* 71 y ss.

<sup>4</sup>Temas Públicos (Libertad y Desarrollo) N° 1388-1 (1.3.2019) 5 (comentario hecho a propósito del Índice de Libertad Económica 2018 de The Heritage Foundation). Un caso testigo puede verse en nuestro *El servicio público telefónico: pasado y presente*, revista *Ius Publicum* (Universidad Santo Tomás) N° 5 (2000) 67-88.

desde una óptica sistemática, más allá del mérito de cada proceso singular. Es decir, descontados los reclamos que no llegan a tribunales por esas escasas perspectivas de éxito, la necesidad de explicaciones acerca del fenómeno negativo que se suscita una vez planteado el reclamo, demanda listar y connotar aquellas causas que se abran a horizontes de comprensión más allá de lo parcial o fragmentario; como serían –en una enumeración hipotética y no taxativa– la eventual baja calidad de los requerimientos o la existencia de alicientes a la litigación banal; la falta de especialización de los jueces o los incentivos al rechazo; hasta llegar a identificar factores tales como la presencia de algún sesgo judicial o la aplicación de unas leyes pro autoridad.

Siendo esta última variable la que nos proponemos enseguida poner de manifiesto y depurar: dado que los tribunales deben fallar con arreglo a la ley, serían entonces esas leyes proteicas en poderes para el Estado, que –sin tasa ni medida– se prestan para abusos y que resultan decisivas en la resolución del asunto, las que están encubriendo a este con un manto de inmunidad en sede judicial.

Es esta una faceta ignorada por los constitucionalistas, incluso cuando discurren sobre el tránsito del Estado legal al Estado constitucional de Derecho<sup>5</sup>. Como si se tratara de una evolución aséptica por motivos puramente doctrinarios, silencian que este cambio se produjo por un motivo trascendente al término de la Segunda Guerra Mundial, como reacción ante aquellas leyes administrativas abiertas al exceso o abuso del poder y que –amén de democráticas– dieron pábulo a la indefensión y luego pavimentaron el camino al totalitarismo en varios países de Europa occidental. De suerte que fue la intención original de que las constituciones sucesivas (como la Ley Fundamental de Bonn de 1949) hospedaran una concepción iusnaturalista del Estado de Derecho –que impidiera al legislador (por sí o por interpósita autoridad) cometer arbitrariedades o lesiones a las libertades esenciales– aquello que explica dicha evolución y repercute –o debiera repercutir– en el tema de lo contencioso-administrativo. Donde se plasmara aquello de que el Derecho administrativo es el Derecho constitucional concretado.

Es lo que asimismo los administrativistas aferrados al paradigma de la legalidad omiten, cuando al asimilar las causas contencioso-administrativo con simples reclamos de ilegalidad, no reparan en que esto implica reconducir la cuestión hacia otra sede, ya que su éxito dependerá de cuanto ocurra en lo contencioso-legislativo, a que aquellos pudieran dar lugar. Anclados en la mentalidad francesa que hizo del culto a la ley una asunción sacramental, sin percatarse que dicha ley es engendrada por

---

<sup>5</sup>Entre varios, Manuel García Pelayo, "Estado legal y Estado constitucional de Derecho. El Tribunal Constitucional español", en *Revista de Derecho Constitucional* (El Salvador) N° 2 (enero/marzo 1992) 9-32.

la misma autoridad, a su medida, entonces no debería extrañarnos que sus actos suelen declararse inmaculadamente ajustados a tal legalidad estatal. Por manera que sin una visión de conjunto que permita entender que la nulidad del acto administrativo depende muchas veces de la nulidad de la ley en que se basa, que existe una estrecha relación entre lo contencioso-administrativo y lo contencioso-legislativo, no será posible evaluar el rodaje real de la justicia administrativa en Chile<sup>6</sup>.

Explicando George Vedel el recurso por exceso de poder en Francia, como garantía de la legalidad, en este sentido apunta que “la experiencia prueba, p. ej. que la proclamación de la superioridad de la Constitución sobre la ley ordinaria solo tiene alcance cuando, bajo una forma u otra, está asegurado un control de la constitucionalidad de las leyes abierto a todos”, acorde con lo que “debiera ser un Estado de Derecho”<sup>7</sup>.

Efectivamente, asumiendo que en los negocios contencioso-administrativos solo cabe ventilar cuestiones de “ilegalidad”, donde únicamente puede contrastarse el acto reclamado con la ley administrativa del caso<sup>8</sup>, incluso si en dicha expresión se comprendiera su eventual “inconstitucionalidad”, aun así, el caso habría de remitirse a la justicia constitucional. Habida cuenta que en este evento el juez del caso, si bien podría anular el acto reclamado por vicio de “inconstitucionalidad directa”, no podría hacerlo si lo afecta un vicio de “inconstitucionalidad indirecta”, vale decir, cuando el acto se basa en una ley (el acto es legal) pero se cuestiona la constitucionalidad de esta última (la ley sería inconstitucional)<sup>9</sup>.

Téngase en cuenta, sobre este último aspecto, que en Chile no existe una norma similar al artículo 20.3 de la Constitución alemana, en cuya virtud el poder legislativo está sometido al orden constitucional, y los poderes ejecutivo y judicial “a la ley y al Derecho”<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup>Desde que las universidades chilenas empezaran a otorgar el grado académico de doctor, el año 2002, se han producido más de un centenar de tesis, ninguna de las cuales aborda nuestro tema. Un recuento, en *El Mercurio Legal* N° 18 (mayo 2018), 14-20.

<sup>7</sup>George Vedel, *Derecho Administrativo* (1980) Aguilar Ediciones (Madrid) 464. Recién la ley de revisión constitucional N° 724 de 23.7.2008 ha dado al Tribunal de Casación y al Consejo de Estado la posibilidad de someter al *Conseil Constitutionnel* la cuestión de inconstitucionalidad contra las leyes ya dictadas, consideradas en violación de los derechos y libertades contenidos en la Constitución.

<sup>8</sup>Aludimos a “la ley administrativa del caso”, en ausencia de estudios que den cuenta de la aplicación en dichos contenciosos de los principios generales contenidos en el Título I de la Ley N° 18.575, orgánica constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado.

<sup>9</sup>Iván Aróstica M., “La Constitución en riesgo. Sobre la ‘inconstitucionalidad indirecta’ de los actos de la Administración”, en revista *Ius Publicum* (Universidad Santo Tomás) N° 3 (1999), 57-72.

<sup>10</sup>Análogamente el artículo 103.1 de la Constitución española, dispone que la Administración debe actuar con sometimiento pleno “a la ley y al Derecho”. Empero, mientras en Alemania “los jueces se atreven más a sentenciar contra el Gobierno y se sienten menos atados, por paralizantes interpretaciones del estricto tenor literal de las normas”, en España “si una persona tiene una pretensión basada en la Constitución pero no en las leyes, reglamentos y

Y si la justicia administrativa se satisface en último término con la intervención del Tribunal Constitucional, corresponde poner de relieve un último aspecto problemático de la cuestión. Cual es que la invalidación de una ley administrativa por inconstitucionalidad, puede conllevar un conflicto institucional entre el Tribunal Constitucional y –por otra parte– el Ejecutivo y el Congreso Nacional, comoquiera que la Democracia se basa en la supremacía de la ley, expresión de la voluntad soberana. La sentencia famosa recaída en el caso *Marbury v. Madison* (1803), y el consiguiente desencuentro entre la Suprema Corte liderada por el juez Marshall y el presidente norteamericano Thomas Jefferson, es todo un hito en esta materia. Lo mismo que sucedió cuando esa Corte se enfrentó al mandatario demócrata Franklin D. Roosevelt, oponiéndose al colectivismo que traía consigo la implementación del *New Deal* en la década de 1930. La STC Rol N° 4012-17, en que se objetó una parte de la Ley N° 21.081 (13.9.2018), por potenciar más allá de lo constitucionalmente admisible al Servicio Nacional del Consumidor, nos servirá como ejemplo paradigmático en este curso de la maestría.

Ahora bien, conceptualizaremos esa “ley pro autoridad” como toda aquella causante de predominio estatal, en tanto que, dictada por el legislador en consonancia con la Administración, dota a esta con poderes prácticamente ilimitados e incontrolados. Es decir, aunque la ley contemple formalmente un reclamo judicial, en los hechos cualquier contencioso redundará inoficioso, toda vez que esa misma ley le permite a la autoridad actuar ante situaciones descritas en forma asaz vaga o ambigua o con márgenes de decisión tan anchos, que hacen prácticamente imposible a un juez referir la comisión de alguna “ilegalidad”.

Sanciones administrativas sin parámetros objetivos para moderarlas en su justa dimensión, ante supuestos indeterminados que son tan disuasivos como inhibidores de comportamientos positivos. Conceptos vagos que no permiten precisar cuándo se ha de pagar un impuesto y cuándo no, o en qué circunstancias concretas puede verse afectada una persona por limitaciones estatales a su propiedad. Pérdida de derechos adquiridos por revocaciones basadas en leyes llenas de ambigüedad. Adjudicación de cargos, beneficios o contratos sin otra explicación que la de haberse ejercido una discrecionalidad legal. Cambio sobreviniente e intempestivo de leyes administrativas, que alimentan la zozobra y no la seguridad. Leyes a medio hacer y cuyos vacíos se cubren con interpretaciones administrativas, no más claras ni fijas, lo que estimula el creacionismo. Privilegios procesales y sustanciales al Estado para litigar.

---

jurisprudencia, es fácil que, en la práctica, no encuentra amparo en los tribunales, negándose así, *de facto*, el sagrado principio de la normatividad directa o aplicabilidad inmediata de la Constitución española”: Antonio-Carlos Pereira Menaut, *Sistema político y constitucional de Alemania. Una Introducción* (2003) Andavira Editora (Santiago de Compostela) 46.

Situaciones, todas estas, que se graficarán en leyes representativas y sentencias de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional.

## II

En virtud de lo anterior, un análisis a fondo debe orientarse a revelar cómo ciertas situaciones de indefensión, en que suelen hallarse los justiciables frente a la Administración, son producto de las propias leyes que reglan la actividad de esta; por lo tanto, nuestra exploración el estudio busca responder las siguientes tres interrogantes derivadas de ello:

- La ley administrativa, ¿en qué sentido y por qué ha pasado de ser garantía contra la dominación de la autoridad a instrumento de subsumisión estatal?
- Si los jueces del fondo deben aplicar las leyes administrativas de este último carácter, ¿qué solución aporta al respecto el Tribunal Constitucional, si es que las declara inconformes con la Carta Fundamental?
- La anulación de dichas leyes en esta última instancia, ¿cuáles conflictos puede generar entre el Tribunal Constitucional y el Congreso Nacional?

1. ¿Y por qué centrar este estudio en Chile? Pues porque a todos estos respectos el país presenta peculiaridades dignas de considerar. Por de pronto, porque el derecho a reclamo contra los actos administrativos recién encuentra una vía de tutela expedita y eficaz al establecerse el recurso de protección, el año 1976, y luego el año 1989 al abrirse la posibilidad de que los tribunales del Poder Judicial pudieran anular actos de la autoridad, lo que hace de lo “contencioso administrativo” todavía una materia en transición, pasando de una absoluta indefensión *ex ante* a una relativa situación de indefensión *ex post*.

Más reciente aún es el desarrollo del “contencioso legislativo”, que puede derivarse de lo anterior, puesto que solo a partir del año 2005 se habilitó al Tribunal Constitucional para anular una ley cuya aplicación en el ámbito judicial pudiera resultar inconforme con la Carta Fundamental. Sustrayéndole así la competencia análoga que tuvo la Corte Suprema desde 1925, pero cuyo excesivo formalismo y deferencia para con el legislador no permitió que esta acción constitucional contra los actos del legislador rindiera los frutos esperados.

De suerte que la cuestión de marras empieza a revelarse, en toda su magnitud, cuando el Tribunal Constitucional comienza a fallar en este tipo de asuntos conforme a una Constitución que, no por nada, se inspira en la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

2. Por otra parte, según se puede apreciar, las interrogantes planteadas parten de la premisa que el juez de la causa tiene la obligación ineludible

de aplicar las leyes susodichas<sup>11</sup>. Esto supuesto, se abren tres cuestiones anejas que, sin tener que ser abordadas aquí, dado que su propia identidad aconseja un estudio separado de cada una de ellas, deben en todo caso tenerse presente.

El primer tema es la imposibilidad en que se encuentra el juez del fondo para inaplicar la ley aduciendo su inconstitucionalidad, comoquiera que en un sistema de control concentrado como el chileno, una declaración de esa índole le incumbe exclusivamente al Tribunal Constitucional. Tal imposibilidad, se ha dicho, rige incluso cuando la ley de que se trata es anterior a la Constitución, dado que en esta hipótesis no procede acudir a las reglas sobre derogación sobreviniente<sup>12</sup>.

El segundo tema es la inviabilidad de que el juez de la causa vaya a armonizar la ley con las normas constitucionales, toda vez que es el irrespeto de aquella –y no su armonización con estas– lo único que lo pone en peligro de que sus sentencias sean anuladas por la Corte Suprema a través del recurso de casación<sup>13</sup>.

El tercer tema es si la implementación de dichas leyes menoscabaría el derecho a una tutela judicial efectiva, recogido en múltiples tratados internacionales ratificados por Chile, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 25.1), y el efecto derogatorio que podría imponer una eventual sentencia en este sentido de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. O una sentencia condenatoria de alguna otra instancia arbitral internacional por afectarse ese u otros derechos de inversionistas extranjeros<sup>14</sup>.

Se trata de tres problemáticas que, aunque confluyentes en el tema que nos ocupa, deben ser tratadas independientemente en su propia di-

---

<sup>11</sup>Al indicar los requisitos generales de toda sentencia, el Código de Procedimiento Civil chileno impone “La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo” (artículo 170 N° 5).

<sup>12</sup>Conclusiones de las II Jornadas de Reflexión Interna del Tribunal Constitucional (4.11.2017). Nótese que la Constitución chilena no posee una norma semejante a la Disposición Derogatoria 3. de su homóloga española de 1978, la cual expresamente señala que –entre otras– “Asimismo, quedan derogadas cuantas disposiciones se opongán a lo establecido en esta Constitución”.

Sobre el cambio constitucional ocurrido en la materia, téngase en cuenta que el derecho a la acción y especialmente frente a los actos de la Administración, aparece reflejado recién en la Constitución de 1980 reformada el año 1989 (artículos 19 N° 3 y 38 inciso segundo), sin que el texto precedente de 1925 haya consagrado un derecho semejante.

<sup>13</sup>Sobre este tópico, Alejandro Romero Seguel, “El recurso de casación en el fondo como medio para denunciar la infracción de la Constitución”, en *Revista Chilena de Derecho* (Universidad Católica de Chile) vol. 32 N° 3 (2005) 495-500; Raúl Tavolari, en “Comentario a SCS” 30.10.2002, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 99 (2002) 2ª. parte secc. primera, 274-278, y Carlo del Río Ferretti, “Motivo de casación en el fondo civil en Chile. Problemas y perspectivas de reforma”, en *Revista Ius et Praxis* (Universidad de Talca) año 21 N° 2 (2015) 161-198. Véase también nuestra minoría en STC 5952-19.

<sup>14</sup>Véase el Laudo *Masdar Solar & Wind Cooperatif vs. Reino de España*, dictado por el CIADI el 16.5.2018 (CIADI ARB/14/1), el primero de varios más.

námica y complejidad, sin que se resienta significativamente un curso de maestría como el presente.

### III

Consecuentemente con lo acotado, una aproximación cabal al tema buscará precisar cómo algunas situaciones de indefensión en que suelen caer los justiciables frente a la Administración, encuentran explicación en la aplicación judicial de las mismas leyes que avalan por anticipado cualquier acción de esta. La confrontación de estas leyes con la Constitución mostrará una de las soluciones al problema, aunque no sin dificultades.

Lo que, reiteramos, Dios mediante, nos permitirá:

- Explicar el paso en la funcionalidad de la ley administrativa, de garantía contra la dominación de la autoridad a mecanismo de hegemonía estatal.
- Evaluar la incompatibilidad de estas últimas leyes con la Carta Fundamental y la solución que, a su respecto, habría de dar el Tribunal Constitucional.
- Especificar que la invalidez de la ley por el Tribunal Constitucional envuelve un posible deterioro institucional en su relación con el Ejecutivo y el Congreso Nacional.

Santiago, noviembre de 2020