

## IMPUGNABILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

*Iván Aróstica Maldonado*

Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Central

### INTRODUCCIÓN

Según el art. 45 del Código Civil configuran "fuerza mayor" los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, *a que no es posible resistir*.

Por ende, ¿cabría entonces predicar que el acto administrativo es *irresistible* por el afectado?, vale decir, ¿debería acatarlo en todo evento, sin posibilidad de poder recurrir, previamente, ante una magistratura con facultades para suspender y, en definitiva, desconocer ese acto e impedir así sus perniciosas consecuencias —casi siempre irreparables— si éste es contrario a Derecho?

Ya en el medievo nuestra tradición castellana acuñó un sabio principio frente a este problema, de signo diametralmente opuesto a la interrogante que precede: *se obedece, pero no se cumple*.

Si la orden del monarca era injusta, se la acataba, pero se suspendía su cumplimiento y se suplicaba al rey para que la enmendase<sup>1</sup>.

Por otra parte, es el caso recordar cuanto señalaba, en 1975, el DL 1.141: "Que es elemento institucional de todo Estado de Derecho la existencia de normas que aseguren un *efectivo control* sobre la actividad administrativa del Estado, desde el momento que la fiscalización procura obtener un sometimiento de la autoridad y de los órganos de la Ad-

ministración del Estado a la Constitución y a la ley" (cons. A). Más allá de lo concreto que legislaba, es lo cierto que allí se afirma que los actos administrativos (a/a) son susceptibles de control jurídico, puesto que han de someterse a derecho, y ello, obviamente, a través de las acciones y recursos que puede impedir el afectado a fin de resistirlos adecuadamente.

Es más, la Constitución de 1980 —que es absolutamente consecuente con sus orígenes<sup>2</sup>— en ninguna parte ha pretendido, ni remotamente, y ni siquiera por excepción o en "letras chicas", admitir a/a que gocen del curioso privilegio de poder soslayar su necesaria adecuación al ordenamiento jurídico, permitiendo que pervivan junto a él como normas obligatorias. Sólo las normas dictadas conforme a la Constitución "obligan" (art. 6º).

Tampoco hay a/a que puedan exhibir patente de inmunidad frente a la imprescindible fiscalización jurídica, sobre todo de parte del juez<sup>3</sup>. Por el con-

<sup>2</sup> V.gr. en *Metas y objetivos para la nueva Constitución Política de la República* (26-11-1973). Párrafo 10, "Poder Judicial": Es el juez el guardián de los derechos y libertades de la persona, teniendo por misión impedir que las garantías constitucionales carezcan de eficacia jurídica, no pudiéndole a ninguno negar la justicia por arbitrios procesales o secundarios a pretexto de que no existe una ley que determine el órgano o la forma de resolver una determinada materia.

<sup>3</sup> Ni siquiera es una excepción total el art. 41 Nº 3 inc. 3º CP (único, por lo demás, en todo su texto), ya que sólo impide al juez fiscalizar la calificación

<sup>1</sup> Véase en B. BRAVO L., *Derechos políticos y civiles en España, Portugal y América Hispánica. Apuntes para una historia por hacer*. Revista de Derecho Público (U. de Chile), Nº 39-40 (1986), pp. 73-112, especialmente notas 34-36 y 46.

trario, como asegura a todas las personas la igual *protección* de la ley en el ejercicio de sus derechos (art. 19, N° 3, CP), resulta que dichas personas, en tanto libres, siempre podrán reclamar o impugnar los a/a que consideren injustos al lesionar sus derechos fundamentales, máxime si éstos se imponen como un límite de actuar de la autoridad (arts. 1° inc. 4° y 5° inc. 2°, CP). Así lo reitera, por lo demás, la Ley 18.575, orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado (arts. 2° y 9°).

A mayor abundamiento, es la ley la que, en puntuales ocasiones, condiciona el reclamo del afectado al previo cumplimiento total o parcial del a/a —bajo la fórmula *solve et repete*— de donde se sigue que la regla general es que a aquel que no se exige acatar primero para impugnar después. Por lo demás, dicha fórmula excepcional, aunque inconstitucional desde que impide el libre acceso a la justicia, la mayoría de las veces no compromete gravemente la eficacia del control jurídico, puesto que, consagrada para casos de multas administrativas con *quantum* máximos legales, no ocasiona su atacamiento un daño que, de suyo, sea irreparable en un breve plazo.

En consecuencia, el derecho no le impone al hombre libre, a priori (como un irreversible que lo anula), los actos de la autoridad, ya no le cierra ni le veda la posibilidad de impugnarlos si con ellos resultan injustamente afectados sus derechos.

De allí, entonces que, por ejemplo, para nuestros tribunales no es suficiente excusa para incumplir un contrato el invocar pura y simplemente un a/a que lo impedía, si el deudor, pudiendo, no lo impugnó en forma previa, ya que si estos actos no se ajustan a la ley "*autorizan al derecho de resistencia legítima para*

*oponerse a su ejecución*"<sup>4</sup>. En otras oportunidades incluso han negado protección a quien los acata sumisamente, y después, consumados sus efectos, pretende impetrar la correspondiente acción judicial<sup>5</sup>. Además, y como se verá, diversos textos legales específicos algunas veces ponen de cargo del mismo afectado y hacen pesar sobre él las consecuencias perjudiciales de un a/a del que no reclamó oportunamente a través de los pertinentes y legítimos recursos, pudiendo haberlo hecho.

El nuestro es un sistema que privilegia la *heterotutela*, que siempre pone en manos de los hombres libres el *derecho* para reclamar de los actos antijurídicos y que, en ocasiones incluso, considera esta posibilidad de reclamo como una verdadera *carga* para ellos.

Veamos ahora por qué esto es así y cómo es que se concreta en nuestro ordenamiento jurídico.

#### 1. *Naturaleza "reversible" de los actos administrativos*

1.1) Sabido es que para el hombre, al ser sujeto libre, ninguna ley o estructura jurídica que sea obra suya lo condiciona *necesariamente*. Sólo dentro de un determinismo fatalista de carácter pseudocientífico, ajeno a nuestra cultura, puede hablarse de procesos o normas humanas "*irreversibles*".

Por el contrario, el a/a es actividad desplegada por un órgano administrativo, imputable a una persona jurídica de derecho público, el que dinamiza, anima, pone en movimiento o actualiza por su intermedio una energía (potencia, en sentido aristotélico), que es la potestad de poder público otorgada por el dere-

júridica de los hechos-motivos de las medidas adoptadas en los Estados de Excepción Constitucional que allí se indica. No son, pues, a/a *enteramente* impugnables, sino únicamente *en uno de los aspectos de uno solo de sus elementos*, y sólo si el juez conoce de ellos a través de los recursos de protección o de amparo.

<sup>4</sup> *Beeche con Bórquez y Cía.*, Corte de Apelaciones de Santiago, 22-10-1924. Rev. Derecho y Jurisprudencia, t. 26 (1928), 2.1, 214-224.

<sup>5</sup> RP *Rinsche Núñez*, CAP. Valparaíso 13-7-1978, C. Suprema, 7.8, 1978, Fallos del Mes 237, 196-199. En igual sentido, RP *Selim Dabed y Cía.*, CAP. La Serena, 12-2-1987 (cons. 5), C. Suprema 7.5., 1987. RDJ, t. 84 (1987), 2-5, 177-122.

cho (art. 62 N° 2 CP) y sólo para producir efectos dentro del derecho (arts. 6° y 7° CP).

A diferencia, entonces, del acto humano —que emana de una voluntad libre— y de acuerdo a nuestro sistema de vinculación positiva, el a/a está *determinado o condicionado necesariamente* por el derecho. En otras palabras, como se trata de una actualización concreta subordinada o sometida totalmente a la potencia abstracta de la ley, el a/a no puede ser sino como el derecho quiere que sea.

El a/a no es una decisión emanada de un sujeto "libre". Si no se ajusta a dicho condicionamiento, no hay potestad válidamente ejercida; el a/a dictado en contravención a derecho sencillamente no existe, es nulo de pleno derecho (art. 7° inc. 3° CP) y, por ende, habilita para prescindir de él<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Los tribunales, obligados como están a decir lo justo, están por lo mismo habilitados para prescindir de los actos ilícitos de la Administración, pues siendo en tal caso nulos de pleno derecho, deben ser apartados y ningún efecto atribuirles, dejándolos sin aplicación. Para esta doctrina en el s. XIX, vid. Jorge HUNNEUS, *La Constitución ante el Congreso* (3 vols.), Impr. Cervantes (Stgo.), 1891, t. II, 384, y A. MONTT, *Dictámenes* (2 vols.). Impr. Nacional (Stgo.), 1895, t. II, 229, en el caso "Paulino Cádiz" (*resistencia* de un particular a acatar un a/a a su juicio ilegal, acudiendo, por ende, al juez).

Para el presente siglo, M. BERNASCHINA, *Bases jurisprudenciales para una teoría de las nulidades administrativas*, Boletín del Seminario de Derecho Público (U. de Chile), N° 45-48 (1949), 548-559, y hoy E. SOTO KLOSS, *Notas a un fallo de la Corte Suprema sobre recurso de protección*, Gaceta Jurídica 12 (1977), 19-25 ("más que nulidad, habría, en verdad, inexistencia: aquélla necesita de declaración judicial, ésta significa sólo un prescindir del acto en el caso concreto, como si no existiese"), y más recientemente en su *Sobre los orígenes del art. 160 de la Constitución de 1833, regla de oro del Derecho Público Chileno*, en Li-

1.2) A pesar de la anterior, no puede soslayarse que, en último término, el a/a es también acto humano, ya que es un dato evidente que la decisión siempre va a ser adoptada por un integrante de la persona jurídica administrativa, vale decir, por un funcionario público, que es un ser humano.

De ahí, pues, que bajo ninguna circunstancia puede decirse que la decisión contenida en el a/a sea *infalible*, de donde resulta que los gobernados tienen el derecho, y a veces incluso la carga, esto es, el deber de accionar los mecanismos legítimos para que se enmiende o rectifique el error cometido por la autoridad.

Decía el Fiscal de la Corte Suprema don Ambrosio Montt, hace 100 años: "Estos ajentes son susceptibles de errores i de estravios; ya de los que de ordinario padecen las autoridades investidas de poderes activos, amenudo inclinadas a darles mayor ensanche i amplitud, ya de los que causa el anhelo vehemente del acierto i del buen desempeño de su cargo; i bien puede acontecer i sucede efectivamente con frecuencia que los funcionarios del ejecutivo, intendentes o gobernadores, se forman un concepto exajerado de las facultades de policía superior que les confieren las leyes, dictan providencias a las veces arbitrarias, intervienen en contenciones de propiedad privada i se arrogan jurisdicción i competencia peculiares de los jueces i tribunales. Tales excesos, mas o menos escusables, provienen comunmente de la noción inexacta i perniciosa, pero tenazmente imbuida en el espíritu de muchos funcionarios, que los actos administrativos no están sujetos sino al criterio i revision del gobierno i no pueden ser entabados ni paralizados en su ejecución

---

bro Homenaje al Prof. A. de Avila Martel (en prensas).

Vid. recientemente, r. inaplicabilidad *Del Valle Donoso*, 24-6-1988, rol 11.303 (RDJ, t. 85 N° 2 (1988), 2.5, en prensas), en donde la CS advierte que si un decreto es ilegal, cualquier tribunal puede dejar de aplicarlo por tal vicio (cons. 9).

por autos i decretos de la justicia ordinaria”<sup>7</sup>.

Por ende, en todas las hipótesis de antijuridicidad —y salvo los casos de intangibilidad para la Administración— sus decisiones, al ser una especie de comportamiento humano, pueden ser tanto paralizadas o detenidas en sus efectos, como también modificadas o extinguidas<sup>8</sup>.

## 2. Los recursos en el ordenamiento jurídico chileno

Frente al acto antijurídico de la Administración, un verdadero Estado de Derecho y quienes por él velan no pueden permanecer impasibles ni excusarse en arbitrios procesales secundarios que permitan su supervivencia. Por otro lado, los afectados no están obligados a soportar sus consecuencias como si el ordenamiento jurídico les reservara sólo el “recurso de conformidad”. Por el contrario, ha de prefigurar mecanismos o procedimientos que posibiliten marginar o aportar a dicho acto por estar en contradicción incompatible con el derecho.

Como una de las vías expeditas a tal efecto, nuestro sistema ha establecido que la víctima de tales actuaciones puede siempre impugnarlos a través de diferentes *recursos*, tendientes a que esas decisiones *retomen su curso*, para ajustarlos y conformarlos a derecho. Es por medio del recurso que la Administración *re-encausa* su actividad dentro de la ley, único ambiente posible —único hábitat— donde pueden pervivir sus actos administrativos.

Nuestro derecho no está huérfano ni desprovisto de estos mecanismos de enmienda, puesto que establece tanto recursos administrativos como acciones judiciales.

<sup>7</sup> *Ob. cit.*, *Conflicto de competencia entre las autoridades judiciales i gubernativas de Mulchen en la Provincia de Bio-Bio* (5-9-1889), 244

<sup>8</sup> En esa perspectiva, vid. E. SOTO KLOSS, *El decreto de insistencia ¿es conforme al ordenamiento constitucional?* RDP 15 (1974), 58-80, en nota 41.

### 2.1 Los recursos como un derecho consagrado en la Constitución

Desde el punto de vista de los particulares, es precisamente la existencia de estos recursos lo que faculta para decir —sin caer en absurdos— que sus derechos constitucionalmente reconocidos están al mismo tiempo efectiva y realmente asegurados y garantidos. Como bien indicaba el Acta Constitucional N° 3 (1976), en una idea hoy retomada por la CP al iniciar y al terminar su art. 19, “Que por muy perfecta que sea una declaración de derechos, éstos resultan ilusorios si no se consagran los recursos necesarios para su debida protección” (cons. 10).

Es sobre la base de esta idea de acentuar las garantías —más que limitarse a estériles declamaciones líricas de interminables derechos, pero carentes de su correspondiente tutela— que la CP haya, a su vez, reconocido que dicha protección configura un *derecho* para el afectado, ya al referirse al derecho a la acción (art. 19 N° 3), ya al hacerlo con el derecho de petición (art. 19 N° 14).

### 2.2 Los recursos como una carga que pesa sobre el particular

A pesar de lo anterior, o sea no obstante que la impugnabilidad de los a/a es un derecho para la víctima de ellos, al que podría renunciarse aparentemente sin mayores consecuencias (art. 12 C. Civil), no debe olvidarse que, en ciertos casos, tanto la legislación como la jurisprudencia judicial y contralora han establecido que se trata de una verdadera *carga* para aquéllos, puesto que su no ejercicio, en determinadas circunstancias y en su precisa oportunidad, acarrea consecuencias jurídicas en su contra.

a) En nuestra legislación encontramos varios ejemplos: el funcionario que cumple con una orden ilegal sin haberla antes “representado” (léase, sin pedir su reconsideración<sup>9</sup>) es tan responsable co-

<sup>9</sup> Por la presunción de legitimidad que Contraloría General de la República le ha imprimido a los a/a cursados por ella, dentro de la Administración (*dictá-*

mo el superior jerárquico que la impartió (arts. 151 DFL 338 de 1960 y 64 Ley 10.336). En el caso de impuestos ya pagados, provenientes de una liquidación o giro no reclamados oportunamente por el particular, éste sólo puede pedir su devolución si el pago se originó en un error manifiesto de la autoridad tributaria (art. 126 N° 2 C. Tributario). Los casos en que se exige el agotamiento previo de la vía administrativa son otro ejemplo, ya que si el reclamante no ejerce antes los recursos administrativos no procede a posteriori la acción jurisdiccional (v.gr., art. 82 Ley 18.695, contencioso municipal).

b) Otro tanto ha dicho la jurisprudencia judicial: carece de interés actual para impetrar el recurso de protección —y por tanto éste no prosperó— el empleado particular que se limitó a hacer presente la ilegalidad de una orden de Contraloría General de la República, por serle inoponible atendida su situación laboral, pero que de hecho la cumplió antes de acudir al juez (*Rinsche Núñez*). Otro: Si el recurrente conoció debidamente el a/a que estima agravante, sobre el cual guardó silencio en cuanto a su ineficacia por incompetencia u otro vicio, tal silencio se estima como una aquiescencia a lo ordenado y no puede con posterioridad atacarlo a través del recurso de protección (*Selim Dabed*). El contratante obligado con un tercero debe resistir legítimamente la orden ilegal de la Administración, que le impedia poder cumplir sus compromisos, antes de excusarse por fuerza mayor (*Beeche con Bórquez*<sup>10</sup>).

*menes* 1.589, de 1957; 23.190, de 1961; 21.558, de 1965; 92.080, de 1971; 8.099, de 1973; 11.191, de 1976, etc.), el funcionario público ve restringidos los medios de impugnación a este recurso gracioso y al reclamo ante la misma CGR.

Deben tenerse presentes, en este ámbito, los casos en que la CP y las leyes le obligan, por otro lado, a no acatar determinados a/a (p. ej., arts. 35 inc. 1º CP y 17 DFL 7.912, de 1927, ley orgánica de ministerios).

<sup>10</sup> Los tres fallos del texto, cit. en notas 4 y 5 supra.

c) No ha sido distinta la jurisprudencia administrativa: carecen del derecho a remuneración los empleados públicos impedidos de desempeñar su cargo, a raíz de una orden irregular de la que tuvieron conocimiento, si no han reclamado formal, oportuna, constante y específicamente de ella (*dictámenes* 69.567 de 1974; 28.689 y 67.403 de 1975; 7.136 de 1976, 4.289 y 68.941 de 1978; 30.606 de 1979; 14.190 de 1981; 16.060 de 1985; 5.856 de 1987, y 33.912 de 1988), añadiendo que sólo se da la fuerza mayor si concurren copulativamente los requisitos de existir una orden ilegítima de la autoridad y que el afectado haya solicitado oportunamente la remoción de ese impedimento por todos los medios a su alcance (*dictamen* 4.186 de 1987), principio que se aplica, incluso, a terceros ligados contractualmente con la Administración (*dictamen* 6.780 de 1988).

Por otra parte, si el particular se limita sólo a no acatar la orden de la Administración, pero sin impugnarla, podrá ser llevado ante el juez por la autoridad administrativa, oportunidad en que también podrá oponer como excepción la nulidad de aquella decisión.

Obviamente, si el afectado resiste, desconoce o desobedece una orden que en definitiva es declarada ajustada a derecho por el juez (conociendo de ella a raíz de la acción del particular o de la denuncia de la autoridad), y como su actitud supone del ejercicio de una libertad, se generarán en su contra las responsabilidades del caso (p. ej., art. 496, N° 1 C. Penal).

### 2.3 *Los recursos administrativos y las acciones judiciales en la Ley 18.575*

El art. 2º de la Ley 18.575 señala: "Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes".

A su turno, el art. 9º agrega: "Los actos administrativos serán impugnables

“mediante los recursos que establezca la ley. Se podrá siempre interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo y, cuando proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar”.

### 2.3.1 *Los recursos administrativos*

Estos recursos son aquellos que se interponen, tramitan y resuelven ante y por la propia Administración. No se trata, por ende, del ejercicio de potestades jurisdiccionales por parte de la Administración —de los cuales está inhihida (art. 73 CP)—, sino consecuencia de su deber de velar porque sus actos se adecuen a derecho, volviendo sobre ellos si es preciso a tal fin y para no persistir en sus errores. Dan ellos origen a un procedimiento administrativo, con todas las consecuencias garantísticas que ello implica, incoado a petición de parte interesada (lato sensu, salvo que la ley en casos específicos requiera una exigencia especial), y se resuelven por una decisión que no reviste la calidad de acto jurisdiccional, sino de a/a terminal.

El de reconsideración o gracioso ante la misma autoridad que dictó el a/a procede “siempre”, sin excepción, al contrario de lo que sucede con el recurso jerárquico ante su superior. En efecto, si bien éste no tiene límites en cuanto a que permite acceder hasta el propio Presidente de la República, resulta improcedente cuando se quiere reclamar, ante las autoridades de la Administración centralizada, contra un a/a de un órgano inferior pero con potestades desconcentradas para emitirlo (art. 31 inc. 1º Ley 18.575), o librado por un órgano de una persona jurídica descentralizada (art. 26 inc. 3º), toda vez que en ambos casos no existe un vínculo jerárquico que ligue a estos entes con aquéllas, pero sin perjuicio de que a su interior —por estar dentro de un régimen jerarquizado y disciplinado (arts. 7º y 10 Ley 18.575)— proceda siempre el recurso jerárquico.

De todos modos, de ser admisible cualquiera de estos dos recursos, la Administración dispone de las más amplias posibilidades para resolver. Puede confir-

mar el a/a reclamado, suspenderlo, modificarlo o dejarlo sin efecto, emitiendo, si es posible, un acto de reemplazo. Obviamente, esta amplitud de posibilidades se encuentra limitada frente a todos los a/a que para la Administración son intangibles o intocables, particularmente cuando de la decisión impugnada se han generado derechos en favor de terceros de buen fe, que los han incorporado a sus respectivos patrimonios (arts. 1º inc. 4º; 5º inc. 2º y 19 Nº 24 CP).

En cuanto a su relación con las acciones jurisdiccionales cabe agregar que los recursos administrativos no obstan ni impiden la posibilidad que tiene el particular afectado para accionar ante los tribunales de justicia, con posterioridad a su decisión interna por la Administración, y ni siquiera su sola prefiguración normativa le obliga a hacer valer y agotar previamente uno o ambos recursos antes de acudir a los tribunales, ya que el art. 9º de la Ley 18.575 precisa que los recursos de reposición y jerárquico son “sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar”<sup>11</sup>, salvo los ca-

<sup>11</sup> Cfr. los reclamos de ilegalidad municipal en que la CAP. Stgo. ha admitido la “excepción del recurso paralelo” para desechar la acción judicial, *imponiéndole* al particular la vía administrativa: Nieto Espinoza, 12-4-1983, rol 1.600-82, y Macaya Montero, 20-7-1987, rol 2.149-86 C, en GJ 85 (1987), 44-45. Véase la posición opuesta (y correcta) en RP Sanguinetti González, CAp. Valpso. 7-6-1984 (cons. 2-3), CS 28-6-1984, Fallos del Mes 307, 260-263, y en la jurisprudencia de CGR (*dictámenes* 19.831 y 29.293, de 1984; 13.000, de 1985, y 11.901, de 1986). En la doctrina, vid. P. PERRY A., *Control de acto administrativo. Recursos administrativos. Recurso contencioso-administrativo*, Rev. de Derecho (U. Cat. de Valpso.) IV (1980), 251-252.

Para el origen de esta “excepción” es el derecho francés (creada para descongestionar la labor del Consejo de Estado, que es un órgano administrativo), sus limitaciones (el recurso paralelo ha de ser jurisdiccional) y los problemas que ha generado hasta llegar a su actual decadencia, G. VEDEL, *Derecho administra-*

sos en que las leyes exigen precisamente hacerlos valer y agotarlos antes de abrir la vía judicial.

Una situación un tanto distinta se produce cuando el particular intenta primero la vía administrativa, y estando ésta aún sin resolución, se interpone la acción jurisdiccional, pues en tal caso la Administración debe abstenerse de seguir conociendo del asunto, el que por devenir contencioso es de resorte exclusivo de los tribunales<sup>12</sup>.

### 2.3.2 Las acciones judiciales

Como se ha señalado, basta una somera lectura a la CP para advertir que en ella no existen a/a injusticiables o fuera de la órbita de fiscalización de los tribunales. Todas las decisiones de la Administración son revisables en sede judicial y en todos sus aspectos, ya que la misma CP ha tenido que consagrar una única excepción muy limitada (la del art. 43 N° 3 inc. 3°) al principio que, a contrario sensu, esta última confirma: la universalidad del control de los a/a por nuestros jueces<sup>13</sup>.

Carece la Administración de fueros constitucionalmente admitidos, pues esa situación de privilegio la colocaría en in-

terdicción flagrante con la garantía de igualdad ante la ley (art. 19 N° 2).

No podía ser de otro modo y la Ley 18.575 así lo reitera con amplitud: "Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes" (art. 2°).

La misma idea se encuentra, entre muchos otros, en RP *Bolsa de Comercio de Santiago* "Que, desde luego, corresponde de desechar la alegación del Sr. Ministro de Educación, contenida en su informe de fs. 34, en el sentido que no resulta procedente el recurso de protección respecto de un Decreto Supremo, por cuanto mediante tal recurso puede impugnarse cualquier acto que, en opinión del recurrente, tenga el carácter de arbitrario o ilegal y perturbe o amenace el ejercicio legítimo de un derecho garantido por la Carta Fundamental, incluyendo dentro del concepto de 'acto' un Decreto Supremo, que no constituye sino un acto administrativo en virtud del cual se concreta una norma legal a un caso particular y que no puede escapar al control judicial, ello no obstante, por cierto, la presunción de legitimidad, que de él emana" (cons. 9)<sup>14</sup>.

Es más, la impugnabilidad de todo a/a, por reconocimiento de la propia CP (art. 19 N°s. 3 y 14), deviene derecho

*tivo*, Bibl. Jurídica Aguilar, Madrid, España (1980), 480-484.

No debe olvidarse, sin embargo, que si el afectado decide impetrar primero los recursos administrativos, esto no implica la suspensión de los plazos de caducidad que puedan existir para acudir al juez, salvo, como decíamos, que la propia ley exija el agotamiento previo de la vía administrativa (al impedido no le corre plazo).

<sup>12</sup> En sentido semejante, *Supermercados Unimarc Ltda.*, CS, 27-3-1987, FM 340, 25-27.

<sup>13</sup> La ley, pero adecuada acá a la CP (art. 88), ha previsto a/a "exentos", pero no inmunes ante el juez, sino sólo para la fiscalización preventiva de juridicidad que realiza CGR por medio del trámite de toma de razón (art. 10 inc. 5°, Ley 10.336). Otra excepción que confirma la regla.

<sup>14</sup> CAp. Stgo., 7-10-1981, rol 78-81. En cuanto a la última afirmación del fallo, insinuada en otros casos por ese tribunal (RP *Almazábar Ortiz*, 27-6-1985, cons. 4, GJ 72 (1986), 54-56; RP *Bustos Contreras*, 14-10-1985 (cons. 5, CS 7-11-1985, FM 324, 763-769), cabe recordar que nunca la doctrina ha aceptado extender la pretensión "presunción de legitimidad" en contra de los particulares —como en alguna ocasión ha querido imponer CGR (*dictamen* 82.374, de 1966)— ni menos frente a los tribunales, ya que a lo más podría operar sólo dentro de la Administración (vid. *dictámenes* cit. en nota 9), tal como ya lo sostenía Arturo ALESSANDRI R., en *Legalidad del decreto de requisición del uso y goce del Matadero Municipal de Santiago*, RDJ, t. 41 N° 9-10 (1944), 1ª parte, 133-145 (especialmente 140 ss.).

para la víctima de ellos, de tal suerte que no pueden ser privados de esa posibilidad por arbitrios procesales secundarios de orden legal o meramente reglamentario que tornen ilusorio ese derecho a reclamo (art. 19 N° 26).

No obstante, se insinúan en ocasiones o se afirman en otras restricciones o limitaciones a la posibilidad y/o amplitud del control jurídico jurisdiccional, y que llegan hasta impedir el ejercicio mismo del derecho a la acción.

Pasemos revista a estas supuestas "excepciones" o "limitaciones".

*Primera:* se dice que la acción jurisdiccional no procede siempre sino en cuanto "haya lugar" a ella, en la medida en que así lo hubiere establecido la legislación.

Empero, es patente que siempre hay lugar a la acción, conforme al art. 19 N°s. 3 y 26 CP, sin que el juez pueda excusarse de su deber ni aun por falta de ley procesal relativa al negocio o litigio a que se dé origen, con arreglo al art. 73 inc. 2° CP.

Como es asunto de reconocimiento constitucional, no viene dado este derecho a reclamo por el legislador, y no siendo él quien lo concede no podría tampoco jamás negarlo; se trata de un asunto indisponible para él, correspondiéndole únicamente regular su ejercicio a través de los procedimientos idóneos (art. 60 CP) —cuya inexistencia de todos modos no limita al juez (art. 73 inc. 2° CP)—, pero sin llegar a desnaturalizarlo (art. 19 N° 26 CP).

*Segunda:* se afirma que no tiene lugar la acción judicial cuando la ley ha establecido que una determinada materia ha de ser resuelta por la misma Administración "sin ulterior recurso"; en otras palabras, cuando el legislador ha señalado que el reclamo del particular contra un a/a ha de dirimirse mediante otra decisión de la Administración, la cual "no será susceptible de recurso alguno"<sup>15</sup>.

Lo cierto es que tales fórmulas restrictivas no pueden, en caso alguno, afec-

tar la posibilidad de impugnación mediante las acciones jurisdiccionales, porque ello implicaría dejar al afectado en una indefensión que no consiente la Constitución (art. 19 N° 3), al paso que importaría transformar a la Administración en juez y parte de una disputa de naturaleza jurisdiccional, lo que le está vedado por la inhabilidad absoluta que a ese respecto consulta la misma Carta Fundamental (art. 73 inc. 1°).

Como una ley no puede inhibir las competencias que la CP le acuerda a los tribunales —dejándolos en una situación de inexcusabilidad inaceptable (art. 73 inc. 2°)— ni desconocer los derechos que se reconoce a los particulares (art. 19 N° 26), en esas circunstancias dichas cláusulas sólo pueden estar referidas a los recursos de la vía administrativa, imposibilitando el recurso jerárquico, pero sin afectar lo más mínimo la posibilidad siempre latente de apertura jurisdiccional.

*Tercera:* se ha sostenido que tampoco sería procedente la impugnación judicial cuando el a/a agravante proviene del ejercicio de una potestad conferida a su autor para que decida "según su juicio exclusivo".

No obstante, dicha cláusula, empleada en ciertos casos por el legislador, no puede tampoco restringir la jurisdicción ni el derecho a la acción, puesto que no teniendo por destinatarios ni al juez ni al particular afectado es evidente que sólo está llamada a surtir efectos dentro del ámbito organizativo de la propia Administración.

Lo anterior —que se trata de una fórmula para que opere *dentro* de la Administración, para efectos de orden económico interno— se ve avalado por la misma casuística en que se emplea: en las leyes orgánicas ordinarias de los respectivos Servicios Públicos (art. 62 N° 2 CP), y por ende, no destinadas a producir consecuencias con respecto a las atribuciones que por ley orgánica constitucional corresponden a los tribunales de justicia (art. 74 CP). Es más, la práctica chilena es que generalmente aquellas leyes orgánicas de los servicios del Sector Público estén contenidas en decretos con fuerza de ley, los que por mandato categórico de la CP no pueden recaer

<sup>15</sup> Vid. E. Soro Kloss, *La fórmula "y en su contra no procederá alguno" y el Estado de Derecho*, GJ 27 (1979), 2-14.

sobre materias comprendidas en las garantías constitucionales ni comprender facultades que afecten las atribuciones del Poder Judicial (art. 61 incs. 2º-3º).

Así, en los casos de atribuciones conferidas a un órgano bajo la fórmula legal "si lo estima adecuado", "según su juicio exclusivo" u otra análoga, podrá ello significar que su ejercicio no es susceptible de delegación; o que no cabe a la autoridad aceptar directivas superiores del orden administrativo que impliquen una renuncia de su competencia; o que no procede el recurso jerárquico, por tratarse de una potestad desconcentrada funcionalmente (art. 31 inc. 2º, Ley 18.575); o que no se requiere consultar la opinión de otro órgano o autoridad para dictar el a/a; o que —simplemente— se pretende evitar la duplicación o interferencia de funciones entre distintos órganos administrativos concurrentes a un caso (art. 5º inc. 2º, Ley 18.575).

*Cuarta:* por último, otra pretendida excepción al principio de la revisión judicial de los a/a es aquella que proviene de invocar la naturaleza autónoma del órgano que los emite. El juez no podría controlar, a petición de parte, los a/a de órganos "autónomos".

Los reparos a las anteriores "restricciones" son igualmente válidos aquí, pero conviene citar un par de casos en que esta postura ha sido expresamente rechazada por nuestros tribunales superiores a propósito de actos dictados por autoridades de universidades estatales.

Se ha dicho en RP., *Morales Henríquez*: "Que la Universidad está "dotada de autonomía académica, "administrativa y económica, a virtud de lo dispuesto en el artículo "5º del Acta Nº 3, mas en el ejercicio de esta gestión puede afectar "derechos de terceros que están "garantidos por las leyes y aun por "la Constitución, en cuyo evento "se produce un conflicto, y ese negocio, por mandato expreso del "ordenamiento jurídico vigente, corresponde juzgarlo a los tribunales "de justicia, acorde a la norma "prevista en el artículo 5º del Código Orgánico, que entrega a los "tribunales ordinarios el conoci-

"miento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el "orden temporal dentro del territorio de la República, cualquiera "que sea su naturaleza o la calidad "de las personas que en ellos intervengan, con las solas excepciones "que dicho precepto señala, y entre las cuales no se encuentra "aquella, por manera que no puede "discutirse que esta Corte carezca "de jurisdicción"<sup>16</sup>.

Y en RP *Rojas Bascur*: "Así, pues, "la autonomía funcionaria en general, o universitaria en particular, "está limitada por la facultad que "tiene el Poder Judicial de conocer "de todos los asuntos de orden "temporal que se susciten en el territorio de la República, salvo los "expresamente exceptuados"<sup>17</sup>, lo que no ocurre respecto de las autoridades administrativas pertenecientes a personas jurídicas descentralizadas, usualmente calificadas de autónomas (art. 28 inc. 3º, Ley 18.575).

### 3. Conclusiones

A modo de conclusión, ha de sostenerse que el panorama actual en nuestro derecho con respecto a la impugnabilidad de los a/a es, en líneas generales, el siguiente:

3.1) El acto administrativo no es, de suyo, una decisión a la cual no sea posible resistir por el afectado, puesto que el ordenamiento jurídico chileno contempla siempre la posibilidad de reclamo —ante la Administración o ante el juez— como vía legítima para canalizar esa resistencia a lo ilegal o arbitrario de que puedan adolecer.

<sup>16</sup> CAP. Valpso., 2-1-1981 (cons. 1), rol 138-80; CS 2-7-1981, rol 14.779, RDJ, t. 78 (1981), 2.5, 93 nota. Dice lo mismo *Espinoza Espinoza* en sus consid. 5º, 6º y 7º, RDJ, t. 78 (1981), 2.5, 92-113.

<sup>17</sup> CS 25-11-1980 (cons. 5 lt. d), RDJ, t. 77 (1980), 2.1, 109-111.

3.2) Esta posibilidad de reclamo aparece prefigurada en nuestro sistema como un "derecho" para el afectado, reconocido constitucionalmente, de tal suerte que no es factible a ninguna otra autoridad (administrador, legislador o juez) desconocerlo ni imponerle condiciones o requisitos que lo hagan ilusorio, lo desnaturalicen o impidan su libre ejercicio.

Este derecho es renunciabile al caso concreto, en el sentido de que si el afectado cumple sin más la decisión, generalmente se entiende haberle dado su aquiescencia, aunque a posteriori lo impugne (salvo que se haya legislado el *solve et repete*).

Si puede y le es factible razonablemente desconocer y desobedecer un a/a que estima ilícito para, en seguida, impugnarlo, y de equivocarse en su resistencia habrá de ser responsable por ello (por incumplir el a/a, no por el hecho de impugnarlo). De limitarse a incumplir la orden administrativa, pero sin recurrirlo, habrá de ser llevado ante el juez por la propia Administración, oportunidad en que le cabe impugnarla como excepción.

3.3) El ejercicio de ese derecho en vía administrativa crea un vínculo jurídico entre el recurrente y la autoridad ante la cual se recurre y del que nace para esta última la obligación de atender y decidir el asunto —por medio de un procedimiento administrativo—, salvo los casos en que la ley regule el *silencio administrativo* para este evento.

Si dicho reclamo se somete a la decisión de un juez, éste siempre tiene el deber de conocer y resolver el litigio, puesto que a su respecto le está vedada la posibilidad del *non liquet*.

3.4) La gama de posibilidades de reclamo o resistencia jurídica de que dispone el particular es amplísima.

En efecto: a) se contemplan en nuestro ordenamiento dos recursos de tipo administrativo: el de reconsideración y el jerárquico, los que no es obligatorio interponer para abrir a posteriori la vía jurisdiccional, excepto cuando la ley exija el *agotamiento previo de la vía administrativa*.

b) Obviamente, la mera circunstancia de existir estos recursos administrativos en la ley no obsta ni impide el ejercicio del mismo derecho a reclamo por medio de las acciones judiciales, ya que en nuestro sistema de heterotutela no cabe alegar la *excepción del recurso administrativo paralelo*.

Estas acciones jurisdiccionales son de una enorme variedad —a elección del afectado si concurren varias posibilidades<sup>18</sup>—, reconocidas o reguladas ya en la misma Constitución (p. ej., arts. 7º-19 Nº 3; 12; 19 Nº 24; 20 y 21), ya en un sinnúmero de textos legales específicos respecto de actos administrativos determinados (desde acciones propietarias o posesorias, pasando por las de certeza, hasta las "contencioso-administrativas" especiales).

El juez, conociendo de cualquiera de estas acciones, siempre puede constatar la nulidad de que pueden acolecter dichos actos y prescindir de ellos si son contrarios a derecho.

<sup>18</sup> Para la jurisprudencia en tal sentido, véase últimamente la nota (Prof. E. Soto Kloss), en RLDJ, t. 84 Nº 2 (1987), 2.5, 144.