



**UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
TESIS DE DERECHO**

**LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE LA NULIDAD DE
DERECHO PÚBLICO, RECURSO DE PROTECCIÓN Y
RECLAMOS DE ILEGALIDAD.**

Autor: Osvaldo Andrés Fuentes Peña.

Profesor guía: Juan Carlos Ferrada Bórquez

Tabla de contenidos.

Introducción.....	5
CAPITULO I: PROCESOS GENERALES Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES EN EL DERECHO CHILENO.....	6
1. Procesos generales de impugnación del acto administrativo.....	6
1.1.- Acción de Nulidad de Derecho Público.....	6
1.1.2.- Breve referencia histórica al surgimiento de la teoría de la Nulidad de Derecho Público.....	6
1.1.3.- Algunos aspectos relevantes de La Nulidad de Derecho Público.....	7
1.1.3.1.- El fundamento constitucional de la Nulidad de Derecho Público.....	8
1.1.3.2.- Tribunal competente y procedimiento aplicable.....	9
1.1.3.3.- Las causales de la Nulidad de Derecho Público.....	9
1.1.4.- El actual panorama de la nulidad en lo contencioso-administrativo.....	11
1.2.- Recurso de protección.....	12
1.2.1.- Origen del Recurso de Protección.....	12
1.2.2. Recurso de Protección como proceso general contencioso-administrativo.....	14
1.2.3. Situación actual del Recurso de Protección como contencioso administrativo..	14
2.- Reclamos o procedimientos especiales de ilegalidad en el derecho chileno.....	15
2.1 Cuestión previa.....	15
2.2. Contencioso Administrativos Especiales.....	16
2.3. Enumeración y clasificación general de los procedimientos especiales.....	17
2.3.1. Impugnación de acto administrativo y vías procesales.....	17
2.3.2. Los plazos para Impugnar el acto administrativo.....	18
2.3.3. Agotamiento previo de la vía administrativa.....	19
CAPITULO II: JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO COMPARADO.....	20
1.- Procesos de control de legalidad en el derecho francés.....	20
1.1.- Recursos o procesos generales.....	20
1.2.- Procedimientos especiales.....	22
1.3.- Relación entre los procesos o acciones generales y especiales.....	24
2.- Los procesos en el contencioso administrativo español.....	26
2.1.-Procesos generales.....	27
2.2.-Procesos especiales.....	29
2.3.-Relación jurídica entre los procesos generales y especiales.....	32
3.-Sistema contencioso Alemán.....	32
3.1.-Acciones generales de impugnación del acto administrativo.....	33
3.2.-Procesos especiales.....	36
CAPITULO III: RELACIÓN JURÍDICA ENTRE LOS PROCESOS GENERALES Y LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES EN EL DERECHO CHILENO.....	39
1.- Principio de especialidad.....	40
2.- Principio de objeto pedido.....	42
2.1 .-El principio de objeto pedido y la exclusión.....	44
3.Principio de concurrencia.....	44
IV. Conclusiones.....	46
Bibliografía.....	47

Abreviaturas.

CPR Constitución Política de la Republica

LBPA Ley de Base Procedimiento Administrativo

LJCA Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa

TC Tribunal Constitucional

LOTG Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

TCF Tribunal Constitucional Federal

VwGO Ley Jurisdicción Contenciosa Administrativa Alemana

Resumen

El objeto de este trabajo es determinar la relación jurídica que existe entre los distintos procesos administrativos en el derecho chileno. Analizando en el derecho comparado y la jurisprudencia, soluciones de carácter formal para establecer principios aplicables a la justicia administrativa. Con el objeto que la Administración someta su actuar al Estado de Derecho y el respeto a los derechos fundamentales. En este sentido el análisis se concentrara principalmente en la diversidad de procedimientos que ha dictado el legislador en diversas leyes y procesos constitucionalmente reconocido como son la Nulidad Derecho Público y el Recurso de protección.

Palabra claves

Procesos administrativos- Justicia Administrativa-Principio de especialidad.

Introducción.

Para que pueda existir un ordenamiento jurídico, es decir, un conjunto unitario y coherente de normas que rigen en un cierto momento dentro de un ámbito espacial determinado, es necesario que el legislador no sólo reconozca derechos subjetivos e intereses, además debe entregar las herramientas con las cuales los particulares o administrados puedan hacer valer sus derechos con un doble fin. Primero, la Administración enmarque su actuar conforme a derecho y segundo que haya una efectiva tutela de derechos.

En este contexto nuestra Constitución Política de la República ha establecido procesos contencioso administrativo para impugnar un acto de la Administración, y con ello dotar a los particulares de medios procesales idóneos para el resguardo de sus derechos. Así, por un lado, la Nulidad de Derecho Público se estableció como un mecanismo jurídico procesal que pretende establecer, la ineficacia de los actos estatales dictados en contravención al principio de juridicidad contemplado los artículos 6° y 7° de la Constitución.

Por otro lado el Recurso de Protección, como contenciosos administrativo, se ha transformado en la herramienta procesal preferida para impugnar un acto de la Administración, que transgrede los derechos fundamentales establecidos en el artículo 20 de la Constitución.

Además, el legislador para poder complementar este ordenamiento unitario y coherente, ha establecido en distintas leyes un conjunto muy amplio de acciones contencioso administrativas especiales, los denominados reclamos de ilegalidad.

En definitiva el legislador ha optado por la integración de un ordenamiento jurídico de carácter amplio al momento de establecer los mecanismos de impugnación de los actos u omisiones de los órganos de la Administración. Dejando de lado la uniformidad de los procesos y procedimientos¹, como herramientas eficaces para el resguardo de los derechos de los particulares.

¹ La distinción entre procesos y procedimientos, en términos teóricos, es la existencia de un órgano imparcial e independiente de la Administración al momento de la impugnación del acto, lo que los distingue de procedimientos. (González;2000:p.70)

A raíz del contexto descrito y de la necesidad de entregar soluciones acabadas, abordaremos la relación jurídica que existe entre los procesos generales –Nulidad de Derecho Público y Recurso de Protección- y los procedimientos especiales. En efecto el presente trabajo abordara en la primera parte los distintos medios que existen en derecho chileno, para luego avanzar al derecho comparado con el objeto de buscar como se relacionan los distintos medios de impugnación y finalmente para terminar con el análisis de la jurisprudencia, para dar conclusión a la relación jurídica entre los procesos generales y especiales en el derecho chileno.

CAPITULO I: PROCESOS GENERALES Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES **EN EL DERECHO CHILENO.**

1. Procesos generales de impugnación del acto administrativo.

1.1.- Acción de Nulidad de Derecho Público.

1.1.2.- Breve referencia histórica al surgimiento de la teoría de la Nulidad de Derecho Público.

La mayoría de la doctrina de la Nulidad de Derecho Público, concuerda que el antecedente histórico más lejano, se encuentra en la Constitución de 1823, denominada la Constitución de Egaña o moralista, cuya aplicación práctica fue de poco impacto, pero que dejo viva la idea de juridicidad, al disponer en su artículo 119 que *“ninguna reunión parcial de ciudadanos puede atribuirse la soberanía o derechos del pueblo, ni ejercer autoridad o función pública sin una delegación formal”*.

Esta misma idea fue recogida por la Constitución de 1833 en su artículo 160 en cuyo texto disponía *“ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo”*. La misma norma fue recogida posteriormente por la Constitución Política del Estado de 1925 en su artículo 4º y actualmente en el artículo 7º de la Constitución de 1980. (Jara,2004:p.15)

Sus antecedentes doctrinales más remotos los encontramos en lo escrito por Manuel Carrasco Albano, en su obra “*Comentarios sobre la Constitución de 1833*” en donde expresaba que la Constitución estableció que a las Fuerzas Armadas le correspondía un papel social relevante, como garantes de la democracia y cualquier acto en contraposición será nulo². En opinión del autor no es más que el principio de juridicidad contemplado en el artículo 7º de CPR. (Carrasco;1874:p.194)

En este panorama, de plena actividad doctrinal, la Nulidad de Derecho Público ha ido evolucionando en doctrina y jurisprudencia, llegando a su punto más alto con los autores Mario Bernachina, Eduardo Soto Kloss y Rolando Pantoja.

Sin embargo, la doctrina no ha sido el único camino para poder teorizar, sino que también con la entrada en vigor de la Constitución de 1980 y justamente con la reforma constitucional de 1989 de la Ley 18.825, que vino a resolver un tema que estaba pendiente, la constante elusión del control jurisdiccional de los tribunales ordinarios a la Administración, eliminando con ello la frase *contenciosos administrativos*, que era una excepción recurrente por el Consejo de Defensa del Estado para la eludir el control por la vía de la jurisdicción ordinaria. (Bermúdez,2009:p.105)

Además, por la necesidad social de vuelta a la democracia de resolver los actos ilegales y arbitrarios cometidos por la junta militar desde 1973, la jurisprudencia tuvo un papel fundamental, pues la gran cantidad de acciones favoreció al perfeccionamiento forense de la Nulidad de Derecho Público.

1.1.3.- Algunos aspectos relevantes de La Nulidad de Derecho Público

Entre los aspectos relevantes, encontramos las características procesales de la Nulidad de Derecho Público que han sido objeto de estudio de la doctrina más actualizada, que se ha preocupado de examinar los requisitos de forma de la acción. Para ello la doctrina parte de la base de como la nueva institucionalización de la nulidad o invalidación del acto,

² “Si la fuerza pública pudiera deliberar y obrar de propia autoridad, si se convirtiesen en guardias pretorianas que pretendiesen imponer su voluntad a los primeros mandatarios de la Nación, la Constitución sería un fantasma, el orden público una farsa y las garantías individuales que ella asegura, una mera sombra”.

desde punto de vista legislativo, ha generado un cambio desde punto de vista doctrinal y repercusión lógica he innegable en la jurisprudencia.

Así es como, se ha analizando lo que es la “validez sucesiva” del acto administrativo³ y como se ha renovado el “principio de conservación del acto administrativo ”⁴. Como ha cambiado el análisis de esta doctrina producto de la dictación de la Ley de Base de Procedimiento Administrativo (en adelante LBPA) y como ésta a hecho un cambio en la nulidad del acto. (Jara,2004:p.178-179)

1.1.3.1.- El fundamento constitucional de la Nulidad de Derecho Público.

La Nulidad de Derecho Público (artículos 6,7,19 N° 3, 38 inc. 2° y 76 CPR) podrá ser impetrada por los interesados ante los tribunales de justicia mediante una acción ordinaria.

Los fundamentos se encuentran el artículo 19 N° 3 y el artículo 7 de la carta política. El primero tiene dos aspectos, por una parte el reconocimiento de la Constitución de la efectiva tutela de los derechos de los particulares y el deber de los tribunales de resolver de manera inexcusable los asuntos sometidos a su conocimiento; el segundo la resolución de la cuestión sometida a los tribunales a través de un procedimiento legalmente tramitado (principio de legalidad).

Junto con ello, según la doctrina, esta norma se complementa con el artículo 7 de la Constitución, en su inciso 3°, que sanciona con la nulidad el acto que contraviene el principio de legalidad, lo cual ha hecho que la conjunción de ambas normas se establezca

³ En opinión de la doctrina, la validez sucesiva corresponde aquellos actos administrativos que en su origen contienen algún vicio, pero con posterioridad a su dictación adquieren validez. Produciendo una variación en relación a su validez, en opinión de la doctrina no sólo se refleja en su origen. Pues la adquiere en un aspecto importante en lo practico de su aplicación.

⁴ La conservación del acto administrativo tuvo su acogida legal expresa con la ley de base de procedimiento administrativo. Son tres las manifestaciones, la potestad de subsanación (art. 13 inciso final), irregularidades no invalidantes en que queda incluido todos aquellos vicios que son intrascendentes como los motivos de abstención del art. 12 de la LBPA o los de forma que sólo va afectar cuando caiga en un requisito esencial y por ultimo la invalidez parcial (art. 53 inciso 2° de la LBPA) cuando se cumpla con dos requisitos, que la invalidez afecte sólo a una parte del acto y que la parte no afectada por la invalidez sea valida.

como garantía básica del Estado de Derecho o el derecho de los particulares de vivir bajo el imperio de la ley. (Velásquez,2007:p.7)

Además está la facultad del juez debe resolver con la nulidad pública del acto cuando aparezca de manifiesto en el proceso. Producto del carácter imperativo de los artículos 6 y 7 de la CPR y el principio general en materia de nulidades absolutas contemplada en el artículo 1.683, en relación con el artículo 1.462, ambos del Código Civil, “*cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato que contraviene el derecho público chileno*”. (Jara,2004:p.177)

1.1.3.2.- Tribunal competente y procedimiento aplicable.

En cuanto al tribunal competente, luego de la modificación o reforma constitucional introducida por la ley 18.825 de 1989, se ha establecido que la acción de nulidad pública debe ser declarada por los tribunales ordinarios de justicia, de acuerdo con las reglas generales de competencia del Código Orgánico de Tribunales.

En relación al procedimiento aplicable, la mayoría de doctrina y la jurisprudencia ha considerado que el juicio ordinario de mayor cuantía es el adecuado, prescrito por el Código De Procedimiento Civil en el artículo 2 en donde se establece la supletoriedad de dicho procedimiento. (Jara,2004:p.216)

Sin embargo cuando la acción tiene por objeto no sólo la nulidad del acto, sino que además la pretensión de carácter patrimonial, al procedimiento ordinario de mayor cuantía, habría que aplicable las reglas del juicio de hacienda, contemplado en el artículo 748 y siguientes del Código Procedimiento Civil. La doctrina, en apoyo con la jurisprudencia, plantea la existencia de *procedimientos especiales* para la anulación **de un acto** administrativo no obsta a que el particular pueda impetrar la acción ordinaria de nulidad de derecho público. (Jara;2004:p.217)

1.1.3.3.- Las causales de la Nulidad de Derecho Público.

Las causales de Nulidad de Derecho Público son; ausencia de investidura regular del titular del órgano, la incompetencia del órgano, el vicio de forma y procedimiento,

violación de la ley o legalidad, la desviación de poder. (Jara,2004:p.226) Estas causales han sido elaboradas en la doctrina chilena y comparada, que recogidas por la jurisprudencia de la Exma. Corte Suprema han establecido cuando procede la Nulidad como máxima sanción del derecho público.

La doctrina ha planteado que no todo acto administrativo contrario a derecho puede llevar a la nulidad absoluta del acto. Además existen vicios que pueden causar la anulabilidad del acto. Por ejemplo en las causales del artículo 6 inciso final de la Constitución Política. Siendo casos de mera ilegalidad en que incurre un órgano el Estado, pero que no alcanzan a configurar la sanción más grave del derecho público, sino sujetándose a las sanciones que pueda establecer el legislador. (Jara, 2004:p.237)

Sin embargo hay una parte de la doctrina no esta de acuerdo en establecer causales de nulidad, reduciendo sólo en una única causal, interpretando exgéticamente el inciso final del artículo 7, esta sería “Todo acto en contravención a este artículo es *nulo*”.(Soto,1996:p.163)

La explicación de esta doctrina se basa en la inexistencia del acto nulo. Ya que la Constitución se refiere al acto nulo presente, pues el acto nulo no nace, no produce efecto alguno, no necesita de declaración judicial, ya que ésta no declara la nulidad sólo la constata. Conectamos esta única causal con la característica de imprescriptibilidad, ya que el tiempo no podría transformar la nada en algo. (Bocksang, 2006:p.91)

Sin embargo esto no parece acertado en razón de una doctrina más reciente, pues el acto administrativo, debe ser declarado nulo, pues la LBPA ha establecido la presunción de validez del acto, por lo que no basta con la declaración de nulidad que ha hecho la Constitución, sino que debe dirigirse a los tribunales de justicia e iniciar el procedimiento determinado por las leyes para romper con la presunción, por lo que hace indispensable la configuración de causales. (Valdivia, 2010:p.874)

1.1.4.- El actual panorama de la nulidad en lo contencioso-administrativo.

La doctrina desde un punto de vista crítico, aborda el tema del estado actual de la Nulidad de Derecho Público, en especial a lo que es objeto de este trabajo, que es, la presunción de legalidad del acto y su posible *control jurisdiccional*, enfocado principalmente al avance o retroceso que ha provocado la dictación de la LBPA y lo que ha dicho la jurisprudencia en relación con lo antes dicho.

Las acciones contencioso-administrativas pueden ser definidas como “*un conjunto de acciones jurisdiccionales puestas a disposición de los administrados, con el objeto de impugnar la actuación de la administración del Estado, conseguir la declaración de una derecho oponible a ésta o la condena de la misma parte para que realice una actuación o entregue una prestación*”. (Bermúdez,2010:p.259)

En el concepto se ha establecido de manera clara que existen acciones a disposición de los particulares, de las cuales, una de las más importante es la Nulidad de Derecho Público. Con todo, la doctrina ha formulado que la nulidad tiene un doble objetivo. Por un lado protege a los particulares de las arbitrariedades de la Administración y además sirve como medio de *control* para que ésta someta su actuar conforme al *Estado de derecho*. (Bermúdez;2010:p.260)

Sin embargo, esta acción o teoría de la nulidad pública, no se ha mantenido estática en el tiempo, ha dado un vuelco. El cambio de la nulidad ha sido producto de la dictación de la LBPA, en la cual se zanjaron las discusiones doctrinales al definir el acto administrativo, además establecido la presunción simplemente legal o *iuris tantum* de la legalidad del acto administrativo, artículo 3 inciso final.

Esta presunción puede ser desvirtuada a través de un procedimiento administrativo o a través de un *proceso contencioso-administrativo*. Lo que en definitiva resolvió la discusión doctrinaria del incumplimiento de los actos que se estimaban ilegales. En definitiva si el acto es ilegal deberá alegarse y con ello debe existir la dictación de una sentencia o la dictación de un acto revocando el ilegal. (Bermúdez,2010:p.108)

El artículo 7 de la Constitución establece en su inciso final que “*todo acto en contravención a este artículo es nulo*”, entendiendo una parte minoritaria de la doctrina que

cualquier vicio del acto que provoque su ilegalidad es *nulo*. Sin embargo la ley de 19.880, en opinión de la doctrina, a incorporado un principio no expresado que es la “*permanencia o conservación*” de los actos jurídicos administrativos, es decir, que la ley no extingue el acto por cualquier vicio, para ello deben concurrir requisitos.

Así por citar algún ejemplo el artículo 13 inc. 2 LBPA “*el vicio de procedimiento o de forma sólo afecta a la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genere perjuicio al interesado*”. Es decir, sólo cuando recaiga en un procedimiento esencial, establecido en el ordenamiento y provoque perjuicios, sólo en esos casos sería posible recurrir el acto a través de la nulidad, mientras la ley a favor de la Administración ha establecido una ilegalidad tolerada, pues aunque contraviene el ordenamiento jurídico o no provoca un perjuicio real y efectivo el acto no es nulo, sino anulable.

Con todo, la Nulidad Derecho Público como fue concebida, es decir para impugnar un acto nulo y que probablemente provoque perjuicios para los administrados, hoy en día no tiene tal cabida, pues el ámbito de aplicación de la nulidad pública está reducido y el panorama en la jurisprudencia sobre los puntos fundamentales como –legitimación, causales, efectos, prescripción- son puntos que están siendo nuevamente planteado por la jurisprudencia, con importaciones teóricas de derecho comparado que perfeccionan la doctrina, pero no dan la seguridad jurídica que necesita el administrado. (Bermúdez;2010:p.103-123)

1.2.- Recurso de protección.

1.2.1.- Origen del Recurso de Protección.

Una parte de la doctrina (Zúñiga,1996:p.8-9) concuerdan que el Recurso de Protección tiene como antecedentes en el derecho chileno, los primeros textos constitucionales y, por consiguiente, no sólo empezó a formarse desde las actas constitucionales surgidas luego del golpe militar, sin embargo ha sostenido otra parte de la doctrina mayoritaria que responde a circunstancias jurídico-políticas de la época del gobierno socialista de Salvador Allende. (Bordalí;2006:p.208)

El antecedente más directo del actual Recurso de Protección es el proyecto de reforma constitucional, específicamente en el artículo 2 de la Acta Constitucional N° 3 de los derechos y deberes constitucionales de 1976 (DL 1552/1976). En aquella Acta, el objeto era crear un mecanismo que sirviera de tutela de urgencia, rápido y eficaz entendiéndose sin perjuicios de los procedimientos especiales que establecía el ordenamiento jurídico.

Junto con ello, en opinión doctrinal, el Recurso de Protección tenía como principal objeto, tutelar derechos de los ciudadanos frente a los actos de la administración que venían aconteciendo desde 1970, en donde la socialización de los medios de producción amenazaba a la población más acaudalada en su derecho de propiedad.(Bordalí,2006:p.208) Aunque el artículo 10 de la constitución de 1925 estaban reconocidos los derechos patrimoniales y las libertades políticas, no existía un mecanismo procesal adecuado o idóneo para hacerlos valer en caso de vulneración -dejemos de lado el recurso de amparo que ya estaba consagrado para la libertad personal y seguridad individual-.

Además en la época existía una pugna jurisdiccional por lo dispuesto en el Art. 87 de la Constitución, pues la acción que se interpondría contra los actos de la administración, eran rechazados por los tribunales ordinarios por dicha disposición, ya que era interpretada de manera restrictiva. La cual disponía lo siguiente, *“habrá tribunales administrativos, formados por miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no este entregados a otros tribunales o por la constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley”*. Lo que en definitiva se traducía en la excepción incompetencia de los tribunales de justicia para resolver los asuntos contenciosos administrativos.

Frente a este panorama, era necesario un mecanismo de control de la administración y de tutela de derechos con el objeto de recuperar el Estado de Derecho.

Es así como el Recurso de Protección en su origen esta concebido como un mecanismo contencioso administrativo ordinario y proceso de urgencia de tutela de derechos fundamentales. (Ferrada;2010:p.187)

1.2.2. Recurso de Protección como proceso general contencioso-administrativo.

El Recurso de Protección se ha transformado hoy en día en un proceso reconocido constitucionalmente en contencioso administrativo ordinario general, pues a falta de una jurisdicción especial administrativa, éste ha obtenido buenas aceptaciones en la impugnación de los actos de la Administración que vulneren derechos fundamentales, lo que se relaciona con su concepción directa del Recurso de Protección.

Aunque es uno de los principales contenciosos administrativo no es el único (junto con la Nulidad Derecho Público y procedimientos especiales) aunque no es propiamente un contenciosos administrativo, en la práctica jurídica es de gran utilidad, ya que es un proceso breve, concentrado, rápido y muy utilizado.

Sin embargo tiene la restricción, como causal debe invocarse la vulneración de un derecho fundamental, aunque en la práctica se ha superado con la interpretación que se ha hecho al Art. 19 N° 24, con la expresión: “bienes incorporales”, llamado por la doctrina como la “propietarización” de los derechos, permitiendo dar tutela urgente ha posiciones subjetivas que no tienen relación con los derechos fundamentales.(Bordalí,2006:p. 208)

Además la interpretación extensa que han hecho los tribunales del derecho de propiedad, que se ha transformado en una especie de cláusula general de protección de derechos de cualquier naturaleza, intereses legítimos y protector de meras expectativas. (Ferrada;2003:p.145) Una parte de la doctrina lo justifica por la ausencia de los tribunales contenciosos administrativos, en que se resuelvan los asuntos suscitados entre la administración y el particular, pues cuando esto surge, se necesita que el asunto sea resuelto de manera rápida y eficaz.

1.2.3. Situación actual del Recurso de Protección como contencioso administrativo.

Con todo, aunque esto pudiera parecer de muy buena proyección práctica, no es así. El abultado número de Recursos de Protección (árbol que no deja ver el bosque) que se presentaron para impugnar los actos de autoridad, han de deformar o desnaturalizar el mecanismo. (Argandoña,2002:p.193)

Pues los ciudadanos dejaron de lado los procedimientos especiales que contempla la legislación, ya que estos, en muchos casos, representan una muy dura tarea para los operadores jurídicos, pues tienen que romper con la presunción de legalidad del acto administrativo, muchos son de única instancia y los plazos para impugnar son muy cortos, cuyo objeto es la firmeza del acto.(Aróstica;2008:p.95)

Sin embargo esta deformación se ha soslayado con los requisitos de admisibilidad (Nogueira,2007:p.32) que ha impuesto la Excma. Corte Suprema, con el objeto que el asunto sea resuelto en los procedimientos especiales o por uno general de lato conocimiento como sería la Nulidad de Derecho Público.

En este sentido la Excma. Corte Suprema ha modificado el Autoacordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, publicado en el diario oficial de 27 de junio de 1992, el cual fue modificado el 8 de junio del 2007. Esta reforma según la doctrina, tuvo el propósito de parar el aumento de la interposición de Recursos de Protección, ya que algunos de ellos eran claramente improcedentes.

Sin embargo el examen de admisibilidad no tiene criterios uniformes, por lo que ha quedado entregado a cada Corte de Apelaciones. Lo que ha determinado que el Recurso de Protección como contencioso administrativo general haya decaído en la práctica por su difícil superación del examen de admisibilidad (Nogueira;2007:p.33) y por la notable inseguridad jurídica que existe en cuanto a la admisibilidad, pues cuando el recurso es rechazado, es por medio de una sentencia interlocutoria de difícil acceso, lo que no permite obtener uniformidad de la jurisprudencia. (Bermúdez;2010:p.112)

2.- Reclamos o procedimientos especiales de ilegalidad en el derecho chileno.

2.1 Cuestión previa.

Los reclamos o procedimientos especiales de ilegalidad son todos aquellos medios de impugnación de carácter especial, a través de los cuales se ejerce una acción ante un órgano imparcial e independiente de la Administración, por parte del particular o

administrado, con el objeto de controlar la legalidad del acto administrativo y obtener la tutela efectiva de derechos e intereses.

En concordancia con lo anterior cabe destacar que el artículo 3 inc. 8° de la LBPA establece que el acto administrativo cuenta con una presunción de legalidad o validez, en este sentido, para que el administrado deba destruir la presunción y además impedir la ejecutoriedad del acto, deberá ser a través de la impugnación del mismo. Es así como la legislación ha impuesto una carga al administrado, de carácter procedimental al establecer que el particular para evitar la ejecución del acto, es necesario su impugnación. De no ser así la Administración cuenta con un título para llevar a cabo su decisión, pues es la única manera que tendría el particular para evitar la eficacia inmediata del acto, denominado por la doctrina como *autotutela declativa*. (García,1996:p.493).

2.2. Contencioso Administrativos Especiales.

Como ya habíamos adelantado la legislación chilena ha establecido varias vías procesales para impugnar un acto administrativo. En un reciente informe elaborado por la Exma. Corte Suprema, se entrega un listado de 134 procesos o procedimientos, dividiéndolos en 99 procedimientos ordinarios, 15 laborales, 9 tributarios y 11 especiales especialísimos.

Es así como el legislador chileno ha ido configurando un variado sistema contencioso administrativo, con el objeto de controlar la actividad de la Administración, atendiendo a ciertas particularidades, como los derechos involucrados, la importancia o gravedad de la actividad administrativa y el órgano emisor del acto administrativo. (Ferrada,2010:p.11)

En este sentido, el ámbito de regulación que el legislador a sido preferentemente el de los sectores económicos de mayor importancia o de mayor relieve social, en que el impacto de la Administración pública tiene significado preponderante en los actores del sector privado. Por lo que se han regulado medios de impugnación del acto administrativos, con proceso y un tribunal especial, con el objeto que cautelen de mejor forma los derechos o intereses involucrados y que un sector de la doctrina ha llamado como *justicia administrativa especializada*. (Ferrada,2010:p.12)

2.3. Enumeración y clasificación general de los procedimientos especiales.

2.3.1. Impugnación de acto administrativo y vías procesales.

Para analizar la impugnación del acto administrativo, partimos de la base que la LBPA ha definido el acto administrativo y ha hecho aplicable los medios de impugnación de la misma, aquellos actos emanados de la autoridad, esta ley no agota las vías administrativas y jurisdiccionales de destrucción de validez de aquellos. Mientras la ley entrega a los particulares los recursos de reposición, jerárquico y extraordinario de revisión, las leyes (Leyes De Quórum Calificados, Reglamentos, Decretos con Fuerza de Ley, Decretos Leyes) han establecido medios de impugnación distintos para la categoría de actos que corresponda. Como por ejemplo la Ley 18.302, sobre Seguridad Nuclear en su artículo 16 dispone contra resoluciones que impongan “sanciones” existe un procedimiento que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago. En cambio el D.L. 3.538 de Superintendencia de Valores Y Seguros en el artículo 30 hay un procedimiento especial para las “multas” que conoce el juez de letra en lo civil.

Con todo, no sólo no hay uniformidad en cuanto al procedimiento y acto impugnado, sino que además del tribunal que conoce del reclamo que puede ser la Corte Suprema, Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante, Juez Civil o los tribunales especiales.

Junto con ello hay leyes que entregan a distintos tribunales el conocimiento del reclamo según la *materia o el acto impugnado*, como ocurre con el D.L. 3.538 de Superintendencia de Valores y Seguros, en éste sólo cuerpo legal existen múltiples reclamos y diferentes tribunales competentes, por ejemplo en el artículo 30 para las “multas” conoce el juez civil en juicio sumario y en su artículo 46 para las normas generales, instrucciones y demás resoluciones u omisiones de la misma Superintendencia, se pueden impugnar ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Con todo existen tribunales especiales, como son los juzgados laborales, tribunal de la contratación pública, tribunal de defensa de la libre competencia, tribunales tributarios y aduaneros creados recientemente.

2.3.2. Los plazos para Impugnar el acto administrativo.

Un tema importante para la impugnación de los actos arbitrarios o ilegales, es el computo de los plazos para la impugnación. El artículo 54 de la LBPA entrega la opción al particular de poder optar por la vía administrativa o vía judicial. Nuestro legislador ha sido innovador en esta materia, pues la relación que pueda existir con el Recurso de Protección se podría elegir una u otra vía⁵. Contrario a lo que pasa en España (Art. 25.1 y 69 de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) donde para accionar el juicio de amparo es necesario que se agote previamente la vía administrativa ordinaria, cuestión que ha sido criticada por nuestra doctrina y comparada.

Siguiendo con el reclamo, si el particular elige la vía administrativa (jerárquico y reposición) el artículo 54 dispone que se interrumpirá los plazos, pues para proseguir con la vía judicial deberá esperar a que se resuelva la vía administrativa (requisito de admisibilidad de la acción judicial). Y si elige la vía judicial no podrá volver a la vía administrativa, hay preclusión del derecho, pues el asunto ya fue conocido por los tribunales de justicia.

Hay que poner atención, el artículo 54 dice interrupción y no suspensión, lo que se traduce que el reclamante una vez que se haya resuelto o transcurrido el plazo (Art. 65 silencio negativo) del recurso administrativo podrá utilizar de manera íntegra el plazo para la interposición de la acción judicial y no lo que reste del plazo (Bermúdez, 2010: p. 138). La Excm. Corte Suprema ha interpretado de esta manera el Art. 54.⁶

⁵ La Excm. Corte Suprema ha aplicado el Art. 54 de LBPA en relación con el recurso de protección. Pues a este último le aplicó al computar los plazos como contencioso administrativo ordinario y no como proceso excepcional de protección de derechos fundamentales de los ciudadanos. Véase en comentario de Ferrada Bórquez, J.C., <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v19n2/art12.pdf>

⁶ Sentencia de la Excm. Corte Suprema “María Correa y Cía. Ltda. con Secretario Regional Ministerial de Salud de la Región de la Región Metropolitana”, rol 7412/2008, de 30 de junio de 2010.

2.3.3. Agotamiento previo de la vía administrativa.

El agotamiento previo de la vía administrativa, es un presupuesto procesal, establecido por el legislador, cuyo objeto es subordinar la apertura de la vía judicial a una etapa de conocimiento del reclamo por la propia Administración. Esta figura encuentra su acogida en varias leyes, como es en el reclamo de ilegalidad municipal (Art. 141 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades), el reclamo de ilegalidad regional (Art. 108 de la Ley Orgánica Constitucional de Gobiernos Regionales), el reclamo contra el acto que imponga sanciones administrativas por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (Art. 18 y ss. de la Ley N° 18.410 de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles), sobre las resoluciones de la Comisión Nacional de Medio Ambiente que nieguen lugar a una declaración de impacto ambiental (Art. 20 de la ley 19.300), entre otros.

Esta institución en el derecho administrativo es criticada por algún sector de la doctrina, por no cumplir con el Art. 5 de la carta fundamental, al establecer que el Estado debe respetar y promover los derechos consagrados en la Constitución, vulnerando el Art. 19 N° 3 de la efectiva tutela judicial, ya que interrumpiría de manera arbitraria y sin sentido éste derecho. (Aróstica,2008:p.98)

El particular debe dirigirse ante un órgano de la administración para plantear la ilegalidad del acto y a menos que el propio órgano reconozca que estaba en un error, difícilmente la Administración invalidará o revocará el acto. Es decir la Administración ya dio su primer pronunciamiento cuando dictó el acto. (Aróstica,2008:p.96)

Sin embargo una doctrina más moderada esta de acuerdo que ciertos casos este agotamiento de la vía administrativa previa es justificable, pero por razones más prácticas, pues tienen por objeto que los tribunales de justicia no se vean atochados de trabajo. Además no sería inconstitucional, pues el Tribunal Constitucional lo ha declarado así, ya que las leyes, en que se establece el agotamiento previo de la vía administrativa pasaron por el control preventivo del Tribunal Constitucional y no fueron declarados inconstitucionales, es decir serían inconstitucionales por interpretación pero no formalmente. (Ferrada,2010:p.7). Esta configuración de la vía administrativa previa como requisito procesal de admisión de acción de carácter judicial, se ha establecido de forma

coherente en algunas leyes, otorgándole el carácter de instancia judicial para todos los efectos legales.⁷

CAPITULO II: JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO COMPARADO

1.- Procesos de control de legalidad en el derecho francés.

1.1.- Recursos o procesos generales.

1.1.1.- Contencioso de anulación o por exceso de poder. (*pour excés de pouvoir*).

Esta acción o recurso es una de las más representativas del contencioso administrativo francés. Como es denominado en el derecho comparado, el recurso por exceso de poder es la solicitud que realiza el administrado en busca de romper con la validez de acto administrativo y por consiguiente declarar su ilegalidad. (Vedel,1945:p.463) Es un recurso objetivo, pues no está en juego un derecho subjetivo del administrado, sino que es la ilegalidad del acto. Es de *derecho común*, pues es también aplicable cuando no este previsto de manera directa o en ausencia de algún procedimiento especial. (Barnes,1993:p.309) Es la mayor y más exigente garantía en contra de la ilegalidad de la administración, que puede ir en contra de cualquier acto.

Sus principales características son tres; primero puede ser intentado por cualquier persona; segundo tiene un efecto general, es decir *erga omnes*; y tercero, este recurso tiene que estar fundado en una regla de carácter objetivo, se trataría de un proceso a un *acto* y no a una parte. (Vedel,1945:p.464)

1.1.2.- La acción contencioso de plena jurisdicción.

El recurso contencioso de plena jurisdicción tiene por finalidad que se declare un derecho a favor de un particular. En opinión de la doctrina, es un recurso que permite al

⁷ Ver, entre otros, el procedimiento dispuesto para la impugnación del acto emanado del Consejo Nacional de Televisión (art. 27 de la Ley N° 18838, que es impugnante ante la Corte de Apelaciones de Santiago; o el de la impugnación del acto sancionatorio dispuesto por el Ministro de Transporte y Telecomunicaciones ante la misma Corte (Art. 36 A de la Ley General de Telecomunicaciones).

juez ir más allá de la legalidad y posible anulación del acto, pues es la administración puede ser condenada a indemnizaciones y perjuicios, adoptar medidas conforme a derecho. (Barnes,1993:p.311) Es más amplio, puede tener lugar por parte del juez administrativo cualquier decisión útil, como puede ser la anulación de un contrato, de una elección. (Vedel,1945:p.382)

En el procedimiento de plena jurisdicción se puede verificar las circunstancias de hecho y los fundamentos de derecho. En la práctica judicial es el más utilizado y las materias más invocadas son de cumplimiento de contratos y materias que se relacionan con la responsabilidad extracontractual. (Barnes,1993:p.311)

Al contrario de la acción por exceso de poder, ésta es una acción subjetiva ya que es un juicio entre partes destinada a la declaración de un derecho. Tiene efecto relativo a las partes, que participaron en el juicio, aunque la condena a la administración puede consistir en la anulación del acto, pero sólo tendría efectos particulares la anulación, no es la anulación directa del acto. (Bermúdez,2010:p.261)

1.1.3.- La acción contencioso de interpretación y de apreciación de legalidad (o de validez)

El contencioso de interpretación y de apreciación de legalidad (o de validez) es una acción que tiene por objeto que el juez declare la forma como debe entenderse una norma o un acto administrativo.

Es así como el juez se limita a la declaración de legalidad, significado o alcance de un acto o aplicación en el ordenamiento jurídico. Aunque la acción puede parecer híbrida porque por un lado es interpretar, es decir la determinación o alcance del sentido de la norma o el acto. Y por otro lado la legalidad que es determinar el valor jurídico. Pues en definitiva se trata de interpretar la norma. Para que pueda ser procedente esta acción es necesario que la norma tenga un alcance difuso y que haya una controversia sobre el *real sentido* de la norma o el acto. (Bermúdez,2010:p.262)

1.1.4.- La acción contencioso de represión.

El contencioso de represión es un procedimiento mediante el cual la Administración le impone una multa o sanción al administrado, mediante la intermediación de la justicia administrativa. Como una parte de la doctrina ha sostenido que en definitiva lo que es objeto de control por parte de ésta acción, es el fundamento del “acto administrativo negativo”, es decir la sanción administrativa tiene que quedar siempre bajo el control del juez. (Bermúdez,2010:p.263)

1.2.- Procedimientos especiales.

1.2.1 Procedimientos de urgencia en el Derecho Francés: Los Référé.

Los procedimientos de urgencia en el derecho francés, los Référé o juicio de urgencia, responden a la legítima necesidad de los ciudadanos de obtener una solución eficaz y además a la necesidad de los tribunales de justicia de reestablecer el Estado de Derecho cuando es atrincherado.

En principio el juez administrativo no tenía la posibilidad de entregar una solución rápida al conflicto, en este sentido existía una suspensión de la ejecución del acto mediante cual se solicitaba la anulación y la suspensión de la ejecución (*sursis á exécution*), cuya conocimiento y fallo tardaba aproximadamente entre tres a seis meses. (Leferrière,2011:p.194) Para solucionar este vacío la ley del 30 de junio del 2000 crea los *Référé administratifs* o recurso de urgencia, que entro en vigencia el 1º de enero 2001, actualmente integrada en el Código de Justicia Administrativa. Aunque en la justicia civil ya venía aplicándose hace bastante tiempo, cuya cuna data desde 1806 con el Código Procesal francés, generalizándolo en todo el territorio, con objeto de poder resolver rápidamente los asuntos sin autoridad de cosa juzgada. (Gómez:p.66)

El Référé es un procedimiento especial mediante el cual se solicita al juez que dentro de un plazo muy breve, tome las medidas provisionales que considere pertinentes para prevenir un perjuicio inminente o su agravación, justificadas por una situación de urgencia.⁸

⁸ concepto confeccionado con elementos de R. Chapus y del glosario de la página web del Consejo de Estado <http://www.conseil-etat.fr/cde/fr/glossaire/>

Este tipo de procedimiento especial permite una clasificación, su principal diferencia la encontramos en relación al contenido legal y reglamentario. En el primero, de contenido legal, sólo pueden tramitarse si existe una situación de urgencia que justifique su proceder y los segundo, de contenido reglamentario no es necesario la urgencia.

Référé suspensión, este tiene por objeto suspender la ejecución de una decisión administrativa o alguno de sus efectos, cuando exista un *seria duda* sobre la legalidad de la decisión (L 521-1 CJA). Además puede suspender el acto administrativo. Para ello el juez debe analizar o evaluar el perjuicio, comparando dos ámbitos de aquel, que son las consecuencias de la ejecución de la decisión administrativa y la injerencia del acto en el demandante. En definitiva lo que el juez debe analizar es si, la decisión perjudica el interés público, a la situación personal del demandante o a los intereses que él defiende. (Laferrière,2011:p.196)

Encontramos también el *Référé liberté*, que es un procedimiento especial de urgencia, frente a la vulneración de la libertades fundamentales que ejerza un persona jurídica de derecho público o una persona privada encargada de un servicio público. En este caso el juez se debe pronunciar en un plazo de 48 horas (L 521-2 CJA). En el *Référé suspensión y liberté*, los procedimientos se justifican por la urgencia del pronunciamiento judicial.

Además de los anteriores, el Código de Justicia Administrativa regula el *référé conservativo*, cuyo objeto es obtener un pronunciamiento judicial para que la administración de orden de hacer o de no hacer, pero no tiene la posibilidad de paralizar el acto administrativo (L 521-3 del CJA).

Luego tenemos los *Référé* de carácter ordinario que a diferencia de los anteriores pueden ser interpuestos con o sin urgencia, como son los; el *référé-constatación* (L 531-1 del CJA), *référé-instrucción* (R 532-1 del CJA) y el *référé-provisión*(R 541-1 CJA) .

1.2.2.- Otros procedimientos especiales.

Estos procedimientos están entregados a los *tribunales de excepción* (Chapus, 2004:p.99-100) cuyo objeto es el conocimientos de las acciones que tiene un carácter técnico y más especializado. Como todo orden jurisdiccional todo juez especializado tiene

competencia en la medida que la ley se la ha conferido. Sin embargo resulta interesante la solución alcanzada en derecho francés, cuando un juez resulta no ser competente, en este caso se debe desistir de oficio y llevar el asunto al juez que resulte competente. (Cambero, 2006:p.8)

Con todo podemos nombrar algunos de los procedimientos contemplados en la legislación francesa como, por ejemplo, jurisdicciones contenciosa general de la seguridad social, las cámaras regionales de cuentas sobre materia presupuestaria, el contencioso electoral, el contencioso fiscal, contencioso de edificio de en ruinas. (Chapus, 2004:p.100)

Estos procesos especiales, sometidos a tribunales especiales, tiene como fundamento la necesidad de la Administración de entregar una solución eficaz al caso concreto sometido a su jurisdicción. Son litigios de conocimiento técnico, frente a la incapacidad de los tribunales administrativos de entregar o de resolver cuestiones que son resueltas en base a un tecnicismo, que sólo profesionales y jueces especializados pueden dar. Como el Tribunal de los casos de seguridad social (Tribunal des affaires de sécurité sociale), las cámaras regionales de cuentas (Les chambres régionales des comptes), entre otros.

1.3.- Relación entre los procesos o acciones generales y especiales.

En cuanto a la relación entre los generales y especiales, estos no pueden ser interpuestas conjuntamente, pues el sistema contencioso francés busca el resguardo de la naturaleza de las acciones y mantener así la competencia de los tribunales. (Vedel,1945:p,485)

La relación de los référé con las acciones generales es curiosa, pues para que proceda un référé suspensión es necesario que este sea interpuesto de manera subsidiaria o accesoria, ya que en lo principal debe haberse querido anular el acto que esta produciendo la ilegalidad. Sus efectos en cuanto al acto (suspensión) quedan supeditados a la dictación de la sentencia de la acción general o de anulación. (Laferrière,2011:p. 194)

En cuanto a los procedimientos especiales, éstos responden al principio de especialidad de la Administración y buscan que la solución alcanzada sea eficaz, una

solución de carácter técnico. No se pueden confundir en ninguno de los casos entre las acciones generales y especiales, ya que cada uno los litigios tiene determinado por ley el proceso y que además producen autoridad de cosa juzgada.

Aunque en opinión de la doctrina la determinación de la competencia de los tribunales especiales es un tema no resuelto y que produce complicaciones.

En este sentido la determinación de la aplicación del procedimiento aplicable para cada caso responde a la necesidad de la materia que es objeto del litigio. No existe un criterio único para repartir de manera adecuada las acciones y la competencia de los tribunales especiales u ordinarios. (Caamaño,2006:p.8)

En este sentido se ha determinado por la doctrina el criterio de especialidad, en definitiva el juez administrativo va conocer de los asuntos en que no sea competente un juez administrativo especial con procedimiento especial. Es decir que el juez conoce de todos los asuntos que en donde este involucrada una persona de derecho público o un privado que esté a cargo de un servicio público. En casos especiales el procedimiento va ser determinado en primera línea por el legislador. En caso que no establecer qué tribunal es competente corresponde la decisión al Tribunal de la competencia que tiene por objeto decir que tribunal es el encargado de resolver el asunto y por ende que procedimiento es que el corresponde. (Caamaño,2006:p.9)

1.3.1 Aplicación conjunta. Desestimación de la acción por existencia de recurso paralelo.

Las acciones generales no pueden ser interpuestas conjuntamente. Para ello existe en el derecho francés, la desestimación de la acción por existencia de recurso paralelo. Así, en el caso del recurso por exceso de poder se tiene como requisito de admisibilidad que no exista una acción con la que se pueda llegar al mismo resultado.(Valdivia,2010:p.870)

Esto responde la necesidad histórica del derecho francés, en lo concerniente al reparto de competencias, ya que sin la existencia de esta excepción, los conflictos entre la Administración no hubieran recaído en el juez natural (consejos de prefectura, jueces de

atribución) y todos hubieren sido conocidos por el Consejo de Estado, en virtud del recurso por exceso de poder. (Vedel, 1945: p.480)

El recurso debe ser jurisdiccional y no administrativo, cuando el legislador ha establecido la interposición de recurso administrativo como previo que es una modalidad procesal expresa y que no constituye una excepción al conocimiento judicial.

Los típicos casos son en la impugnación de un acto del Servicio de Impuesto Interno francés, jurisdicción del contencioso general de la seguridad social, en la cámaras regionales de cuenta, en estos casos cuando el asunto se pretende ser conocido por el recurso por exceso de poder, el Consejo de Estado opone la excepción de desestimación de la acción por existir un recurso paralelo.

2.- Los procesos en el contencioso administrativo español.

El contencioso administrativo español esta regulado en la ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (ley 29/1998 en adelante LJCA). En esta ley podemos encontrar la clasificación de los procesos en ordinarios o generales y los procedimientos especiales. Junto con ello, ha regulado el proceso administrativo de protección de derecho fundamentales.

La doctrina ha clasificado los procesos existentes en ordinarios y especiales. Luego de clasificarlos, se han preocupado de la procedencia de las acciones al momento de someter a la Administración al control jurisdiccional, en consideración al contenido específico de las pretensiones. (González, 2001: p. 459)

Todas las normas de la LJCA, son aplicables al proceso general u ordinario. Sin embargo, también son aplicables las normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación a la competencia de los órganos de jurisdicción administrativa. Aunque la doctrina comparada no nombra al proceso general como tal, le da el tratamiento como si lo fuera, por aplicación en aquellos casos en que no exista un proceso especial, resulta idóneo el proceso ordinario o general. (González,2001: p. 459)

2.1.-Procesos generales.

En la jurisdicción contencioso administrativa existe en principio sólo un proceso general, regulado en el título IV de la LJCA bajo el nombre de Procedimiento Contencioso-administrativo. Sin embargo la doctrina también ha dicho que corresponde denominar como proceso ordinario al procedimiento abreviado, que también está pensado para hipótesis de carácter general, pero sometido a reglas especiales como la sumariedad. (González,2001: p. 460)

Este proceso general, tiene por objeto la declaración de un derecho por parte de un órgano jurisdiccional, ante una determinada actuación o inactividad de la Administración pública por existir disconformidad con el ordenamiento jurídico. (2001: p, 463) En consideración a las acciones que se pueden incoar por medio del proceso general examinaremos las dos principales. La nulidad de pleno derecho y la anulabilidad.

2.1.1 Acción de nulidad de pleno derecho.

La nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta (Bocanegra,2005:p.175) de los actos administrativos se encuentra regulada en el artículo 62 de la Ley 30/1992, en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Esta nulidad es la máxima sanción para la invalidez de los actos administrativos. Los supuestos para la nulidad de pleno derecho son las más graves del derecho público, pues constituyen infracciones notorias al ordenamiento jurídico.

2.1.2 Acción de anulabilidad.

La anulabilidad o nulidad relativa, se encuentra regulada en el artículo 63 de la Ley 30/1992, la cual constituye la regla general. En opinión de la doctrina, el fundamento para que la anulabilidad o nulidad relativa constituya la regla general, es que la administración tiene a su cargo los derechos sociales de la personas y por lo tanto cada acto administrativo

no puede entorpecerse siempre que un administrado reclame la ilegalidad, pues esta cumpliendo con los intereses generales y no sólo particulares, lo cual hace excepción a la regla en la teoría general de nulidad. (bocanegra,2005:p.183)

2.1.3.- Reglas procesales de las acciones.

Para que las acciones sean conocidas por medio del proceso general u ordinario es necesario que cumpla con requisitos de admisibilidad (de forma), pues el tribunal se debe pronunciar sobre aquello antes de empezar a discutir sobre el fondo del asunto.

Los requisitos de admisibilidad se encuentran en el artículo 51 de LJCA, en donde se establece que el tribunal de oficio puede rechazar la acción en virtud de: *falta de jurisdicción o competencia, legitimación del demandante, actividad no susceptible de impugnación y estar fuera de plazo.*

Sin embargo la doctrina ha desarrollado los *requisitos objetivos*, en relación a la actividad administrativa impugnada. En este sentido, para que las acciones sean admisibles por medio del *proceso general* es necesario: a) que exista una disposición, acto, inactividad o actuación en relación a la pretensión deducida, b) que la pretensión sea en contra de un acto de derecho administrativo, con la excepción en el caso de responsabilidad patrimonial, c) que correspondan a actos definitivos o de mero trámite, que no sean susceptible de recurso ordinario o especial en vía administrativa, d) que no se hubiera formulado la misma pretensión en otro proceso, ya decidido por sentencia firme (cosa juzgada) o pendiente de resolución (litispendencia). (González,2001:p. 470)

En relación con la nulidad de pleno derecho, existe un problema, pues en un principio la jurisprudencia estaba conteste en que las cuestiones de nulidad de pleno derecho debían de fallarse primero que las cuestiones de admisibilidad. Sin embargo la doctrina ha dicho que las cuestiones de nulidad de pleno derecho son cuestiones de fondo y que no pueden pronunciarse antes que si la acción resulta ser admisible y cumpla con los requisitos procesales. (González,2001:p.467)

2.2.-Procesos especiales.

En materia contencioso administrativa existe una variada legislación que consagra regímenes especiales de impugnación de los actos en razón a las materias. Así, por ejemplo, podemos encontrar en materia de contratos del sector público, tenemos en la ley 30/2007, Libro IV, denominado régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos.

En materia ferroviaria tenemos un procedimiento especial regulado en el artículo 96 sobre el procedimiento de impugnación y las medidas provisionales de la Ley 39/2003. Y el procedimiento especial de responsabilidad medio ambiental, regulado en el artículo 41 de la Ley 26/2007. Además la ley LJCA regula los procedimientos especiales sobre cuestión de legalidad, sobre casos de suspensión administrativa previa a acuerdos y el procedimiento de protección de derechos fundamentales que trataremos a continuación.

2.2.1. Procedimientos de urgencia en el derecho español. El Recurso de Amparo

El Recurso de Amparo español es el procedimiento de urgencia por excelencia, el cual tiene dos tipos de regulaciones. Su primera regulación y también como procedencia se encuentra en el artículo 114.1 de LJCA 29/1998. La segunda regulación en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

La existencia de dos procesos de amparo, se puede colegir de la disposición constitucional, en la cual encontramos, uno ordinario y otro extraordinario. En el artículo 53.2 prescribe “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad”. (González,2001:p.537)

Según orden de procedencia se ha establecido que los amparos se configuran de la siguiente forma. En primer lugar corresponde el conocimiento del amparo ordinario a los tribunales de los contencioso-administrativo u ordinarios. Estos son los primeros garantes de los derechos fundamentales, así lo ha señalado el Tribunal Constitucional al exponer que

la instancia ordinaria es la primera línea de defensa de los administrados frente a la administración en las vulneraciones de los derechos y libertades fundamentales. (Sentencia TC 134/1995)

Es justamente a esta preferencia a la que se refiere la Constitución Española, pues preferentemente los encargados de conocer del amparo son los tribunales ordinarios. Según el precepto constitucional el mecanismo de urgencia debe estar basado en acción que deben conocer los tribunales de lo contencioso-administrativo, lo cual constituye un requisito *sine qua non* para que luego proceda el conocimiento del amparo ante el TC. Es decir hay que agotar las instancias y recursos, lo cual es un requisito procesal para dicha procedencia.

Con todo en opinión de la doctrina el agotamiento de la vías procesales ordinarias exige un planteamiento expreso y directo ante justicia ordinaria, ya sea por medio de un procedimiento especial, ordinario o común de impugnación de los actos administrativos.

En cuanto al amparo de carácter extraordinario se basa en los principios de procedencia y sumariedad, como los dispone el artículo 53.2 CE. Para que pueda el administrado interponer el amparo y sea conocido por el TC, es necesario que cumpla con dos requisitos de carácter procesal. En primer lugar, según el artículo 44 LOTC es necesario plantear el proceso ante el tribunal de la jurisdicción ordinaria, tan pronto como hubiere lugar a ello la cuestión relativa a la supuesta vulneración de los derechos constitucionales que la motiven.

Segundo requisito es el agotamiento de la vía judicial previa y los recursos procedentes, es decir que debe iniciar el procedimiento ordinario y además agotar todas las oportunidades para que los tribunales puedan corregir sus errores.

En opinión de la doctrina española más autorizada es la denominación del amparo ante el TC con un carácter eminentemente subsidiario. Lo que permite que se puedan articular los procesos ordinarios, sus recursos y el amparo constitucional. (Diez picazo,1994:p.13).

2.2.2.- Otros procesos especiales

En materia contenciosa administrativa el legislador español a optado por el principio de especialidad ajustada a la materia objeto del juicio o controversia. En el caso donde se han vulnerados derechos, que pudieran corresponder asuntos de índole económica, en donde la interferencia del Estado o de la Administración, podría vulnerar derechos o intereses de los particulares.

En este sentido, por ejemplo, en materia de contratación pública, el legislador a entregado procesos con un pronunciamiento especializado, la Ley 30/2007 regula una revisión especial de la decisiones en materia contractual y establece medios alternativos de solución de conflictos. Comprendiendo por medio de este procedimiento materias especiales de pronunciamiento, como son, los contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministros, etc. También ocupan como criterio la cuantía de los servicios comprendidos. Es competente un tribunal especial u órgano especializado que actuara con plena independencia funcional, denominado Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Otro ejemplo es el proceso especial contemplado en la Ley 26/2007 relativo a la responsabilidad medio ambiental. Aunque la ley regula aspectos que le son propios, como por ejemplo, la iniciación del procedimiento, los interesados, acceso a la información y las medidas provisionales, etc. Existen aspectos que hay una remisión expresa a la LJCA, como el caso de los limites de la medidas provisionales, la apelación de la resolución, entre otras.

Sin embargo esta ley, a pesar de tener un carácter especial al lado de la LJCA, en relación a la materia tiene el carácter de ley básica de protección de medio ambiente (disposición final primera) puesto que las comunidades autónomas pueden dictar disposiciones adicionales en lo relativo a su organización, como lo establece la CE.

2.3.-Relación jurídica entre los procesos generales y especiales.

La relación jurídica entre los procesos especiales, responde a dos principios. En primer lugar el administrado debe establecer si existe un procedimiento especial que para la impugnación del acto. Así la proceso especial en materia de contratación, lo dice expresamente al disponer en la disposición octava final, los procedimientos se regirán en primer termino por la que dispone la ley, en todo lo demás se regirán por la LJCA, teniendo así, esta ultima el carácter de subsidiaria.

En caso de no existir un procedimiento especial, el proceso aplicable es el proceso general regulado por la LJCA. En segundo lugar, si según el objeto pedido o más precisamente si la actividad o inactividad de la Administración, vulnere derechos fundamentales de las personas, es procedente el procedimiento especial de amparo, regulado en la LJCA.

Sin embargo una vez agotado las vías ordinarias y especiales, seria posible la impugnación a través del proceso general de amparo de conocimiento ante el Tribunal Constitucional, por su carácter de subsidiario. (González, 2001:p.,459)

Sin embargo la doctrina administrativa junto con la jurisprudencia esta conteste en que la compatibilidad de los procesos general y proceso especial de protección de derechos fundamentales quedan a disposición del administrado la posibilidad de poder plantearlo en la sede de su opción. Es decir que seria posible que administrado busque la nulidad del acto que vulnera derechos fundamentales a través del proceso general, renunciando a las ventajas el proceso especial inspirado en el principio de sumariedad. (Hinojosa, 2007:p.411)

3.-Sistema contencioso Alemán.

En el derecho alemán existen tres clases de jurisdicciones. Civil, laboral y administrativa. La segunda y la tercera responden a la necesidad de la jurisdicción de entregar una respuesta especializada del conflicto. La jurisdicción administrativa esta dividida en contenciosa administrativa, laboral y social. (Bocanegra,2003:p.38)

La justicia administrativa esta regulada en la Ley de Justicia Administrativa de 1960 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Esta ley responde al principio de libertad, pues tiene por objeto la consagración de las libertades individuales en contra de las arbitrariedades de los Estados Federales.

La jurisdicción contenciosa-administrativa conoce de todos los asuntos público que no sean de naturaleza constitucional y que no estén atribuidos por la ley federal a otro orden jurisdiccional. (Barnes,1993:p.66)

Esta ley contiene varias acciones y procesos generales de impugnación del acto administrativo con diferentes requisitos de admisibilidad, que dependerán del contenido de la pretensión. Pero también encontramos procesos especiales que se regirán por la materia del acto impugnado para que sea una vía especial la que resuelva el asunto en cuestión.

3.1.-Acciones generales de impugnación del acto administrativo.

3.1.1.- Acción impugnatoria o de anulación (Anfechtungsklage)

La acción de impugnación o de anulación es aquella que pretende la nulidad de un acto administrativo que produce un gravamen (42.1 VwGO). Resulta importante destacar quienes pueden alegar la nulidad, son todas aquellas personas que se encuentre en una situación jurídica de vulneración de derechos por parte de la Administración y que además resulten agraviados producto del acto administrativo (Barnes;1993:p, 72). Entendiendo que pueden lesionarse “cualquiera de los derechos públicos subjetivos, es decir, todos los intereses individuales que el ordenamiento jurídico estime dignos de protección”.

Además puede dirigirse aquél que se encuentre en la calidad de tercero interesado, esto es, todo aquél que se encuentre afectado por un acto que no reconoce destinatario directo. (1993:p, 72)

A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés, el sistema alemán no incluye en esta acción en contra de un acto normativo de carácter general (reglamento), para ello contiene un procedimiento especial de represión de normas, cuyo efecto es la anulación para toda la sociedad, es decir un efecto *erga omnes*. (Aberastury,2009:p.8)

Esta acción en principio puede tener por objeto la nulidad del acto, pero también es posible que se pidan medidas diferentes como el impedimento de una actividad empresarial, la aprobación del planeamiento de una carretera, etc.

3.1.2.- Acción de imposición o de condena a dictar un acto (verpflichtungsklage)

La demanda de condena a dictar un acto, es aquella acción que tiene por finalidad condenar a la administración a que dicte un acto administrativo. Ya sea, por la negativa de la administración a dictar un acto, como también la que se interpone por la inactividad de la administración. (42.1 VwGO)

La acción de condena tiene dos aspectos, la acción contra denegación de un acto positivo o la acción contra inactividad de la autoridad administrativa que no ha dictado un acto en respuesta de una solicitud. Si la denegación u omisión del acto administrativo es ilícita y ello ha lesionado los derechos del demandante, el tribunal condenara a una obligación de hacer a la autoridad. (Aberastury,2009:p.12)

Las personas que pueden interponer la acción y eventualmente conseguir un pronunciamiento favorable a sus pretensiones son todas aquellas que invoquen lesión en sus derechos como consecuencia negación o omisión de dictar el acto.

3.1.3. Acción o demanda general de prestación (allgemeine leistungsklage)

La acción general de prestación se encuentra en varias partes de la ley (VwGO) por lo que su regulación no esta bien detallada. Esta acción es procedente cuando el administrado no pretende la producción de un acto administrativo, sino una prestación cualquiera de la Administración. Además es posible que solicitud se funde en que administración no realiza un prestación en el futuro.(Barnes;1993:p,86)

3.1.4. Acción declarativa (Feststellungsklage)

La acción declarativa (artículo 43.1 VwGO) es pertinente cuando no hay certeza sobre la existencia o inexistencia de una relación jurídica. Así por ejemplo algún organismo alemán le niega la nacionalidad algún ciudadano alemán, será necesaria esta acción. Esta acción se utiliza bajo dos supuestos. Primero, contra actos administrativos en que procederla la acción declarativa de nulidad y segundo, como acción impugnatoria cuando se haya ejecutado el acto administrativo anulado que se llamara acción declarativa de prosecución. (Branes,1993:p.88)

esta acción tiene el carácter de subsidiaria, pues no es procedente cuando sea posible incoar otras acciones. Sin embargo no sería subsidiaria si se plantea como acción declarativa de nulidad o acción declarativa de prosecución.(1993:p,90)

3.1.5.- Proceso contencioso-administrativo para el control de normas (Das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren).

Los procesos contencioso-administrativo para el control de las normas es uno de los procesos más interesantes, pues resaltan el imperativo carácter de las norma político-administrativas en consonancia con el Estado de Derecho.

Este proceso tiene por objeto que cualquier tribunal que tenga competencia para juzgar, tiene también competencia para juzgar la legalidad y constitucionalidad de las normas que resulten ser aplicadas en los procesos de su conocimiento (artículo 47 VwGO). Así es por ejemplo, una norma de rango legal resulte ser inconstitucional, el tribunal puede limitarse a no aplicar la norma y enviar los antecedentes al Tribunal Constitucional Federal. Con todo si la norma es de rango infralegal el tribunal declarara directamente su inconstitucionalidad. En ambos casos la norma sólo va tener efecto para las partes intervinientes del caso.(Barnes;1993:p, 92)

3.2.-Procesos especiales.

3.2.1-El Recurso de Amparo alemán, proceso de urgencia y las medidas cautelares.

En el derecho alemán las facultades de los tribunales de justicia administrativa y los procedimientos de urgencia no están confundidos, ya sea por competencia para el conocimiento de los amparos o por el agotamiento previo de los de la vías contenciosas.

Según la Ley Fundamental de la Republica Federal Alemana quien tiene competencia para conocer los juicios de amparo en contra de la administración es la Corte Constitucional Federal. Estos pueden ser interpuestos por “cualquier” persona que se crea lesionada por el poder público en uno de sus derechos fundamentales. Sin embargo los procedimientos de derechos fundamentales por regla general sean creado por sus principales características procesales, es decir son rápidos, expeditos y eficaces, con ello se tiene sentido la interposición de un amparo o recurso cuando la vulneración es grave y necesita un pronunciamiento rápido.

Sin embargo en derecho alemán se produce una interrupción automática del acto administrativo, ya sea por la vía del recurso previo ante la Administración o por la vía contencioso-administrativa. Cabe recordar que ésta es uno de los pocos países en donde existe la suspensión automática. Con esta institución se busca que la Administración se encuentre en un cierto pie de igualdad ante el reclamante. Junto con ello el juez que conoce del litigio puede optar por dictar una medida cautelar cuando exista un peligro que por cambio de la situación existente se frustre o se dificulte esencialmente la realización del derecho del demandante (art. 123 de VwGO).

Según el artículo 93 existen dos tipos de recursos, el que puede ser interpuesto por cualquier persona y el que puede ser presentado por municipios o por asociaciones de municipio, es decir por personas naturales y personas jurídicas.

En relación con los actos de los poderes públicos, según el artículo 93 apartado 1, núm.1-a de la Ley Fundamental Alemana, el recurso de amparo puede ser presentado por cualquiera que alegue encontrarse lesionado por parte del poder público.

En cuanto a sus requisitos procesales, resalta el principio de la subsidiariedad, según el parágrafo 90, apartado 1, de la Ley del Tribunal Constitucional Federal contiene una importante norma al establecer que “ cuando la lesión pueda ser reparada por la vía jurídica normal, el recurso de amparo no puede ser interpuesto sino después de haberse agotado dicha vía jurídica”(Von Munich,1979:276) lo que significa que en Alemania para poder ir en contra de la Administración por la vía del recurso de amparo, es necesario agotar la vía administrativa o la instancia contencioso-administrativa, en donde se deben agotar todos los medios procesales de dicha instancia.

Sin embargo esta regla admite excepciones, El TCF puede “decidir de inmediato sobre un recurso de amparo interpuesto antes del agotamiento de la vía jurídica, cuando ese recurso sea de interés general o cuando, de no hacerlo así, se le irrogase al recurrente un perjuicio grave e inevitable”(parágrafo. 90, apartado 2 de la Ley del Tribunal Constitucional). El propósito de instaurar el agotamiento previo de la vía jurídica ordinaria es evitar la carga de trabajo del TCF, a lo cual responde a los principios de economía procesal.

3.2.2. Otros procesos especiales.

La justicia administrativa alemana ha creado procesos de impugnación especiales en razón la importancia técnica y social que reviste la ejecución de un acto administrativo que podría causar daño. Así por ejemplo en materia ambiental existe la impugnación objetiva del acto por ser contrario a derecho, regulado en el artículo 61 de la Ley Federal de Protección de la Naturaleza (bundesnaturschutzgesetz), Ley sobre régimen del soldado (gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten-Soldatengesetz).

3.3. Relación jurídica entre procesos generales y especiales.

La relación que existe entre los procesos generales y especiales esta determinado por el objeto pedido, la especialidad de la acción y la urgencia de la pretensión. En primer lugar las acciones generales se configuran según la opción del administrado o particular

cuando impugna un acto. Podría impugnar la actividad de la Administración a través de una acción impugnatoria o de anulación o través de una acción de demanda general de prestación. Sin embargo una vez impuesta la una o la otra no es posible que el administrado pueda volver a impugnar el acto por otra acción. (Barnes;1993:p, 70, 82, 85,92)

No obstante hay una excepción o regla especial de procedimiento en el caso de la acción declarativa, más concretamente con la acción declarativa de nulidad, aquí en necesario que el actor para pueda pedir la anulación del acto ya ejecutado debe haber interpuesto con anterioridad la acción impugnatoria o de anulación. Por lo que acción declarativa tiene un carácter *subsidiario*.(Barnes;1993:p,89)

En relación a los *procesos especiales*, en estos rigen el principio de especialidad. En este sentido el administrado deberá impugnar por la *vía especial* y regirse por aquel procedimiento, sin posibilidad de poder impugnar a través de un proceso general. (Aberastury;2009;p,37). Lo dicho por la doctrina tiene expresa consagración en la ley de justicia administrativa, en el artículo 40 apartado 1 en que dispone “*la vía judicial contencioso administrativo esta abierta para todos los litigios de derecho público que no son de naturaleza constitucional, en la medida en que estos litigios no estén expresamente atribuidos por la ley federal a otra jurisdicción*”. En este sentido la doctrina este en que tanto la organización general y también especial, esta regulada en virtud del principio de especialidad, cuyo objeto es obtener una protección judicial eficaz.(Arnd Uhle y Marc Lerhr,2007:p.90)

Aunque no es de nuestro estudio lo orgánico, cabe hacer presente la manera como conocen los magistrados. Estos conocen de manera colegiada, sin embargo, cuando un asunto administrativo llega a conocimiento del tribunal se le asigna la causa al magistrado que es experto en la materia para que lo resuelva, esto debe cumplir con el requisito de ser de materia especial y no ser de relevancia pública, es lo que la doctrina a denominado jurisdicción delegada. (Bocanegra,2003:p.39)

En definitiva el modelo alemán se configura con tribunales administrativos de instancia o primer grado, colegiados con competencia especial delegada en un juez experto o profesional del tribunal, el tribunal superior administrativo del Land que corresponde a la segunda instancia y el tribunal Supremo (Tribunal Federal Administrativo) cuya función

más eficiente, en opinión de la doctrina, se destaca la uniformidad de las jurisprudencia. (Bocanegra,2003:p,41)

En relación a la protección de los derechos fundamentales, la ley del Tribunal Constitucional Alemán, establece el principio de subsidiariedad del recurso de amparo. En el artículo 90 se establece que mientras la vulneración de un derecho fundamental pueda ser resuelto por una vía normal, tendrá que agotarse aquella para que conozca el Tribunal Constitucional. Además se deben agotar todas las instancias judiciales.(Ivo Mûch,1976:p.276) Sin embargo la regla general admite una excepción, cuando el asunto sometido sea de interés general o perjuicio grave o eminente si se deriva el asunto a la vía jurídica ordinaria, conocerá directamente el Tribunal Constitucional Federal.

En relación con las demás vías procesales una vez fallado el recurso de amparo, produce cosa juzgada y no puede volver a ser conocido el asunto por vía ordinaria o general. (Ivo Mûch ,1976:p.277)

CAPITULO III: RELACIÓN JURÍDICA ENTRE LOS PROCESOS GENERALES Y LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES EN EL DERECHO CHILENO.

Siguiendo con el trabajo investigativo, nos enfocaremos en este Capitulo, en formular una definición precisa y clara de los principios básicos que instruyen el contencioso administrativo chileno, en especial a la relación jurídica que existe entre los procesos generales y los procedimientos especiales. Para ello, ocuparemos una revisión sistemática y actualizada de lo dicho por la Jurisprudencia y las soluciones alcanzadas tanto en el derecho chileno y derecho comparado.

El análisis se concentrara en la explicación objetiva de un conjunto de principios, a saber de especialidad, objeto pedido y concurrencia, que la jurisprudencia y doctrina a utilizado para alcanzar la posible solución a la relación jurídica entre los procesos generales y los especiales. Esto nos permitirá ordenar sistemáticamente el conjunto de acciones que contempla nuestro ordenamiento jurídico y la manera como se relacionan entre si.

1.- Principio de especialidad.

El principio de especialidad, en relación a los procesos administrativo, es aquel mediante el cual existe exclusión de proceso general en virtud de la materia regulada en el acto administrativo, derivando la impugnación a un conocimiento técnico y resuelto a través de un instrumento procesal especial dispuesto por la ley.

Para lograr la solución técnica o de conocimiento más avanzado, se ha procurado por parte de la jurisprudencia que la impugnación de un acto sea resuelto a través del procedimiento especial que contempla la legislación, debemos tener en cuenta que el legislador a entregado al administrado más de 134 procedimientos especiales.

Los criterios que permiten afirmar la existencia de este principio de basan en la vigencia de una ley especial que contempla un procedimiento aplicable a conflictos suscitados en aplicación de dicha ley, por la incapacidad del proceso general de poder llegar a una solución eficaz en relación a la materia.

La jurisprudencia ha aplicado en distintas oportunidades el principio de especialidad al momento de impugnación del acto administrativo. En la sentencia “CBS Outdoor Chile S.A. con I. Municipalidad de Providencia”, de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago del 28 de diciembre del 2010, nombra expresamente el principio de especialidad. La sentencia trata sobre un reclamo de ilegalidad, que podría haber sido conocido por el Alcalde en virtud de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades o por el Tribunal de la Contratación Pública en virtud del artículo 24 de la Ley 19.886. La Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, razona que quien debe conocer es el Tribunal de la Contratación Pública, por el *principio de especialidad* sobre la materia, rechazando el reclamo de ilegalidad por dicha razón. En términos más acabados, la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, establece como proceso aplicable el regulado en la Ley de Contratación Pública, pero el factor preponderante, no es la existencia de un proceso especial, sino que la existencia de un tribunal especial. En este sentido la exclusión se razona en virtud del procedimiento, pero en definitiva es por la existencia del Tribunal de la Contratación Pública.

Este criterio de especialidad ha sido confirmado por la Exma. Corte Suprema en la sentencia “Mora con Comité de Administración del Parque Forestal del 17 de julio de 2010” el máximo tribunal confirma la sentencia de la Itma. Corte de apelaciones de Temuco, al rechazar el Recurso de Protección por vulneración del artículo 19 N° 2 de la CPR. El tribunal llega a la conclusión que no es procedente el Recurso de Protección por la existencia de un procedimiento especial, regulado en el artículo 33 de la ley 19.287, en donde entrega competencia a los Juzgados de Policía Local sobre las contiendas que se promuevan entre los copropietarios o entres éstos y la administración.

En el mismo sentido se ha interpretado la procedencia del Recurso de Protección cuando trata de materias de carácter fundamental, pero que a juicio de la Corte Suprema, existe un procedimiento y tribunal competente para conocer sobre las vulneraciones que sufra el trabajador en el ejercicio de sus derechos. En materia laboral la Sentencia “Construcciones Eléctricas Ltda con Director de la Región Metropolitana del Fondo Nacional de Salud” de 10 de junio de 2008, se establece por la Exma. Corte Suprema que son los tribunales laborales, en virtud del artículo 420 del Código del Trabajo, los competentes para conocer de las cuestiones o controversias suscitadas entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales. Es decir, que por razón de la materia el Recurso de protección resulta improcedente, pues existe un tribunal competente, un procedimiento especial destinado para el efecto y normas especiales que regulan el objeto pedido en la causa.

La implementación de este principio es una solución tomada del derecho francés, en donde la acción ante el juez administrativo por medio del recurso por exceso de poder, es desestimada, por medio de excepción, por existir un procedimiento que permita llegar a la misma solución y no ocupar la acción general sino el proceso especial. En definitiva, si es pertinente impugnar una acto por medio de un procedimiento especial, no sería procedente la impugnación por medio de una acción general. (Valdivia,2010:p.870)

Sin embargo esta solución no está bien estructurada en la Jurisprudencia, ya que en reitera oportunidades se ha rechazado la procedencia de la vía especial, pues el rango jerárquico de las normas lo hace incompatible. Los procesos generales están consagrados a nivel constitucional y los especiales a nivel legal, permitiendo que los procesos

generales(Recurso de protección⁹ y Nulidad de Derecho Público¹⁰) puedan ser interpuestos por los administrado.(Aróstica;2008;p,86)

2.- Principio de objeto pedido.

El principio de objeto pedido, es aquel según el cual, el órgano jurisdiccional resuelve el conflicto entre un particular y la Administración, en razón del objeto invocado en la causa.

De esta manera la jurisprudencia ha logrado llegar a una solución con respecto a la procedencia de los acciones de carácter general contemplados en la Constitución (Nulidad Derecho Público y Recurso de Protección) y procedimientos especiales. La no existencia de este principio produciría que las soluciones alcanzadas por los órganos jurisdiccionales sean ineficientes, obtenido como resultado sentencias contradictorias.

En este sentido, se ha rechazando el Recurso de Protección por no ser un procedimiento mediante cual se pueda producir pruebas pertinentes y además por no ser un proceso mediante el cual se declaren derechos a favor de un particular, sino que tiene como naturaleza la cautela de los derechos fundamentales. El Recurso de Protección como proceso de impugnación, en relación a los demás procedimientos especiales funciona con un criterio de exclusión por el objeto pedido, pues éste es procedente sólo en la medida que el acto ilegal o arbitrario prive, perturbe o amenace algún *derecho fundamental* consagrado en el artículo 20 Constitución. Este criterio ha sido confirmado por la Exma. Corte Suprema en reiteradas oportunidades, ver entre otras las sentencias, “Cáceres con Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda”, Corte de Apelaciones de San Miguel, confirmada por la Corte suprema, de 4 de agosto del 2010; “Chelme con Espinoza” sentencia de la Corte Suprema de 24 de junio de 2010, en esta sentencia se deja sentado nuevamente la

⁹ Chaparro Salinas con Contralor General de la Republica y Director de Obras de Santiago, Corte Suprema 16 de mayo de 1986; Libberona Doddis con Municipalidad de San Antonio, Corte Suprema 16 de diciembre de 1986; y manufacturas Formudata con Inspección del trabajo Coste suprema 17 de diciembre de 2002.

¹⁰ Borwn Rodrigues con Municipalidad Peumo, Corte Suprema 5 de octubre de 1999; y Shell Chile con Municipalidad de Santiago, 11 de marzo del 2003.

idea que el Recurso de protección tiene naturaleza cautelar y que no puede ser objeto del recurso la ejecución de obligaciones contractuales, pues constituyen objeto del proceso pertinente.

De la misma forma operaria Nulidad de Derecho Público y Recurso de Protección, pues no operaria en este caso el principio de especialidad, sino más precisamente el del objeto pedido, ya que aunque ambos se basan en la ilegalidad de la Administración, en definitiva en el amparo hay un derecho fundamental comprometido y en la nulidad no existe tal derecho.

Aunque una parte de la doctrina sostiene que Nulidad de derecho Público es procedente incluso cuando se vulnera derechos fundamentales, ya que se altera el Estado de Derecho y afecta a derechos patrimoniales de los particulares, sobre todo cuando se vulnera los derechos fundamentales de propiedad y debido proceso. (Velásquez,2007:p.37) ver en este sentido la sentencia “Eyzaguirre Cid, Germán con Fisco de Chile” Corte de apelaciones de Santiago, 21 de diciembre del 2005, rol 1453-2002.

El Recurso de protección, funciona en la practica judicial como contencioso administrativo, por lo que seria posible plantear que cuando los órganos jurisdiccionales acogen un Recurso, serian competentes para que éstos pudieran determinar la indemnización de perjuicios y por consiguiente la declaración de un derecho.

Sin embargo la Jurisprudencia ha sido clara al excluir dicha posibilidad, en aquellos casos, el conflicto por objeto pedido, no puede ser ventilado en sede de protección, sino en un procedimiento de lato conocimiento como seria la Nulidad de Derecho Público. Ver en este sentido “Clonexpress Computación Limitada Y otros con Director de obras Municipales de Viña del Mar y otros”, fundándose la sentencia en que, el Recurso de Protección, el constituyente no lo consagró en términos exclusivos, en la declaración de derechos, sino como herramienta fundamental para el amparo de los derechos fundamentales, es decir con carácter cautelar.

2.1 .-El principio de objeto pedido y la exclusión.

Principio de objeto pedido ha permitido llegar a soluciones de procedencia en relación a los procedimientos generales y los especiales. En relación al objeto pedido el Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo de Recurso de Protección, para que proceda a tramitación es necesario la mención expresa de un derecho fundamental. Lo que se traduce que el Recurso de Protección sea utilizado proceso general contencioso administrativo, pero reservando su naturaleza eminentemente cautelar y no como proceso de anulación y declaración de derecho a favor de un particular.

Junto con ello la jurisprudencia en reiteradas oportunidades ha establecido que el recurso de protección es una herramienta de carácter cautelar y que este proceso general no obsta a la interposición de otras acciones que contemple el ordenamiento jurídico y que sólo produciría cosa juzgada formal.

Es decir que el particular aunque puede ocupar el Recurso de Protección de manera subsidiaria, podría volver a la vía especial cuando éste sea rechazado o impugnar el acto por medio de la Nulidad Derecho Público. Ver en este sentido, entre otras, las sentencias de la Exma. Corte Suprema “Moll Sotomayor Luis con Intendente de la Región de Coquimbo” del 03 de enero del 2008 y “Servicios industriales de la marina Perú con Silva Rojas Loreto Subsecretaria de Obras Públicas del MOP” del 6 de enero del 2011.

3.Principio de concurrencia.

El principio de concurrencia, es aquel principio que permite la reunión de acciones de impugnación del acto administrativo, sin excluir la unas a las otras. Es decir, si existe ilegalidad por parte de la Administración, es posible que el particular ejerza todas las acciones que contempla el ordenamiento jurídico. Pudiendo impugnar por medio de los procesos generales y procedimientos especiales, sin que los generales excluyan a los especiales y viceversa.

La jurisprudencia ha utilizado este principio para solucionar o dar respuesta a la *teoría del abuso sistemático de los recursos administrativos*. Esta teoría plantea que hay un

abuso sistemático cuando se impugna un acto de la Administración, con evidente falta de fundamento y cuyo propósito es *alterar* el orden jurídico de la contraparte. Es decir, impugno el acto por todos los medios procesales (generales y especiales) para obtener que la contraparte sea vulnerada en el legítimo ejercicio de un derecho previamente otorgado por la Administración.

La jurisprudencia ha rechazado en más de una oportunidad esta teoría confirmando el *principio de concurrencia*. Así lo ha dicho la Exma. Corte Suprema en las sentencias “Laboratorios Recalcine S.A. con Laboratorio Novartis S.A.” del 30 de Julio del 2007 y “Compañía de telecomunicaciones de Chile S.A. con Termex Servicios Empresariales S.A.” del 13 de julio del 2009. En ambas sentencias los conflictos son conocidos por distintos órganos administrativos y judiciales, e incluso en el primero en sede criminal, además en ambas sentencias se busca el contenido jurídico de la teoría del abuso de las acciones judiciales, diciendo que dicha interposición constituirían barreras a la entrada para comercializar un producto, cuya autorización ya había sido aprobada por medio de un acto administrativo.

La Exma. Corte Suprema en ambos casos rechaza el argumento del abuso sistemático de las acciones administrativas y judiciales, pues en los demandantes o reclamantes, sólo ejercieron su derecho a la acción, contemplado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución.

Estableciendo que el principio de concurrencia está relacionado con el derecho a la acción que tanto la Constitución Política de la República y la legislación contemplan, es decir el derecho a iniciar un procedimiento de *lato conocimiento* como la Nulidad de Derecho Público, de carácter cautelar como Recurso de Protección y los procedimientos especiales contemplados en las leyes.

IV. Conclusiones

De lo expuesto en las páginas precedentes, se pueden extraer algunas conclusiones:

1. La Constitución Política de la Republica contempla dos procesos contencioso administrativos de carácter general como son, la Nulidad Derecho Público y el Recurso de Protección. Además el legislador en el ultimo tiempo ha regulado en diversas leyes un conjunto amplio de procedimientos especiales con el objeto de controlar la actividad administrativa.
2. El ordenamiento jurídico se ha visto robustecido, por la opción del legislador de establecer un variado y complejo conjunto de procesos administrativos, para que el administrado impugne el acto arbitrario o ilegal. Lo que en buena medida contribuye a que los particulares opten por la no impugnación.
3. Para solucionar los problemas de congruencia y uniformidad de los procesos administrativos, la jurisprudencia ha utilizado los principios de especialidad, objeto pedido y congruencia.
4. La heterogeneidad de los procesos especiales, produce que estos se relacionen por un principio de especialidad. El asunto debe ser conocido por el órgano competente designado por la ley para conocer del asunto en virtud de la especialidad de la materia conocida en la causa, por medio de un procedimiento especial que contemple la ley.
5. El principio de objeto pedido junto con la reforma del Auto acordado sobre tramitación y fallo del Recurso de Protección a permitido que el proceso de amparo mantenga su naturaleza cautelar y que no produzca efecto declarativos de derecho, correspondiendo en aquellos casos a un pronunciamiento de lato conocimiento como seria la Nulidad de Derecho Público. En este sentido, la doctrina y jurisprudencia están contestes en que los procesos generales, son medios supletorios o alternativos, que siempre se encuentran a disposición del particular, ya que su consagración esta a nivel constitucional y los especiales a nivel legal.
6. El principio de concurrencia esconde detrás el derecho de acción contemplado en la Constitución, lo que ha provocado que las procesos de carácter general y especiales, sean

compatibles, lo que ha traído problemas al momento de determinar cuál de las acciones es la que corresponde cuando se vulnera un derecho o un interés.

Bibliografía.

Aberastury, Pedro (Coordinador) (2009): *Ley de justicia administrativa Alemana*, Análisis Comparado y traducción , Abelodo Perrot, Argentina.

Aróstica, Iván, (2008): “Los contenciosos administrativos especiales en la legislación chilena” en *Ius Publicum*, no. 20, Santiago, pp. 85-103

Arrau, Fernando (2003): “La nulidad de derecho público en el ámbito de los procedimientos de derecho administrativo” en *Biblioteca del Congreso Nacional - departamento de estudios, extensión y publicaciones*, Santiago de Chile.

Barnes, Vázquez, Javier (Coordinador) (1993): *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Civitas, España.

Bermúdez Soto, Jorge,(2009): “El principio de legalidad y la nulidad de derecho público en la constitución política. Fundamentos para la aplicación de una solución de derecho común”, en *revista de derecho*, Universidad austral de Chile, Valdivia, pp.273-285.

Bermúdez, Jorge(2010): *Derecho administrativo general*, en Abeledo Perrot, Chile.

Bermúdez Soto, Jorge, (2010): Estado Actual del Control de Legalidad de los Actos Administrativos. ¿Qué queda de la Nulidad de Derecho Público?, en *Revista de derecho*, Vol. 23, no. 1, pp.103-123.

Bocanegra Sierra, Raúl (2005): *Teoría del acto administrativo*, 3ª edición, Madrid, España.

Bordalí Salamanca, Andrés (2006) “El Recurso de Protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica” en *revista de derecho*, pp.205-228.

Bocksang, Gabriel (2005) “De la imprescriptibilidad de la Nulidad de Derecho Público”, en *Ius Publicum*, N° 16, pp. 87-104.

Carrasco, Manuel (1874) *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833* en Imprenta de la Librería del Mercurio.

Código administrativo general, (2006): “Sinopsis de las acciones contencioso administrativas”, 2ª edición, Santiago, Chile.

Diez Picazo, Luis.” Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo” en Revista Española de Derecho Constitucional, N° 40, 1994, Madrid, pp.9-37.

Ferrada Bórquez, J.C,(2006): “Sentencia sobre interpretación del art. 54 LBPA que establece la interrupción de los plazos judiciales mientras se resuelven recursos administrativos interpuestos previamente(Corte Suprema)” <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v19n2/art12.pdf> 14 de julio del 2011.

Ferrada, J.C., Bordali, A., Cazor K. (2010): “El amparo constitucional contra los actos de la administración del Estado en Iberoamérica: un análisis comparado con el recurso de protección chileno” en *Revista Ius Et Praxis*, año 10, N° 2, pp.169-195.

Ferrada Bórquez, Juan Carlos (2009): *Estudios de justicia administrativa*, LegalPublishing, Chile.

Ferrada Bórquez, Juan Carlos (2010): “Los procesos administrativos en el derecho chileno” en *el sistema de justicia administrativa en el derecho chileno: ¿control de legalidad al acto administrativo o tutela de derechos y/o Intereses legítimos?*, pp. 1-23

González, Jesús (2001): *Manual Derecho Procesal administrativo*, 3ª edición, Civitas, Madrid.

García De Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás- Ramón (2006): *Curso de Derecho Administrativo*, volumen II, 10ª edición, Thomson-Civitas, España.

Hinojosa Martínez, Eduardo,(2007), *Seguridad jurídica, legitimación y cosa juzgada*, Consejo General del Poder Judicial, España.

Jara Schunettler, Jaime (2004): *la nulidad de derecho público ante la doctrina y jurisprudencia*, Editorial Libromar, Santiago.

Laferrière, François Julien,(2011) *El juez administrativo y la urgencia*, en <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2445/12.pdf>, 20 de agosto del 2011.

Nogueira Alcalá, H., (2007) “El recurso de protección en el contexto del amparo de los derechos fundamentales latinoamericano e interamericano”, en *Ius Et Praxis*, N° 13, pp. 75-134.

Pierry Arrau, pedro,(1977):“Recurso de protección y contencioso administrativo”, en *Trabajo presentado en el Seminario de Profesores: de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, pp. 153-173.

Soto Kloss, Eduardo, (1996) *Derecho Administrativo, bases fundamentales*, Tomo II, el, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Squella Narducci, Agustín, (2000) *Introducción al derecho*, Editorial jurídica de Chile, Santiago.

Velásquez Soto, Marcelo(2007) “La protección de los derechos fundamentales por medio de la Nulidad de Derecho Público”, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad Austral de Chile.

Von Munich, Ingo (1976): “El recurso de amparo constitucional como instrumento jurídico y político en la Republica Federal Alemana”, en *Judicial politics in west Germany, a Study of federeal Consttutional Court*, Beverly Hills, Londres, pp.269-289.

Zúñiga, Francisco (1996) “Recurso de Protección algunas notas sobre sus antecedentes históricos en el siglo XIX” en *Gaceta Jurídica*, Nº 198, pp.61-88.

Sentencias.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, “CBS Outdoor Chile S.A. con I. Municipalidad de Providencia”, rol 2.981-2010 de 28 de diciembre del 2010,

Sentencia de la Corte Suprema, “Construcciones Eléctricas Ltda con Director de la Región Metropolitana del Fondo Nacional de Salud” rol 1.613-2008 de 10 de junio de 2008.

Sentencia de la Corte Suprema, “Clonexpress Computación Limitada Y otros con Director de obras Municipales de Viña del Mar y otros”, rol 561-2007, de 12 de agosto de 2008.

Sentencia de la Corte Suprema, “Moll Sotomayor Luis con Intendente de la Región de Coquimbo”, rol 77-2008, de 03 de enero de 2008

Sentencia de la Corte Suprema, “Servicios industriales de la marina Perú con Silva Rojas Loreto Subsecretaria de Obras Públicas del MOP”, rol 7.531-2010, de 6 de enero de 2011.

Sentencia de la Corte Suprema, “Laboratorios Recalcine S.A. con Laboratorio Novartis S.A.”, rol 6.667-2007, de 30 de Julio de 2007

Sentencia de la Corte Suprema, “Compañía de telecomunicaciones de Chile S.A. con Telmex Servicios Empresariales S.A.”, rol 1.966-2009, de 13 de octubre de 2009.

Sentencia de la Corte Suprema, “Mora con Comité de Administración del Parque Forestal” , rol 5.515-2010, del 17 de julio de 2010.

Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel, confirmada por la Corte Cuprema, de “Cáceres con Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda”, rol 5.089-2010, 4 de agosto del 2010..

Sentencia de la Corte Suprema “Chelme con Espinoza” de 24 de junio de 2010, rol 3778-2010,