

ediciones
DER

El derecho administrativo chileno

Crónicas desde la jurisprudencia

Luis Cordero Vega

Br
Breviarios

EL DERECHO ADMINISTRATIVO CHILENO
CRÓNICAS DESDE LA JURISPRUDENCIA

© Luis Cordero Vega

2020 DER EDICIONES LIMITADA

Manuel Barros Borgoño 110, oficina 504, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile
info@dereediciones.com

www.dereediciones.com

Registro de Propiedad Intelectual N° 2020-A-5877

ISBN 978-956-9959-85-1

Primera edición, agosto de 2020 DER Ediciones Limitada

Tiraje: 400 ejemplares

Impresores: Editora e Imprenta Maval SpA

Impreso en Chile / Printed in Chile

ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.

El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.

*Las leyes no son lo que dice su letra,
ni son lo que dice su historia.
Las leyes son lo que dice su aplicación.*

VALENTÍN LETELIER MADARIAGA
Dictamen, 22 de septiembre de 1896

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	V
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: CLAVES PARA ENTENDER NUESTRO ACTUAL DERECHO ADMINISTRATIVO	7
1. LAS TENSIONES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO	9
2. LA IMPORTANCIA DE LA ÚLTIMA DÉCADA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO CHILENO: LA ÉPOCA DE ORO	13
3. EL ROL ORDENADOR DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA	17
4. LA IMPORTANCIA DE LOS JUECES DE LA CORTE SUPREMA EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CHILENO	21
4.1. El contexto.....	21
4.2. El remezón de los años 80. La importancia de los casos de responsabilidad del Estado para los jueces supremos generalistas	24
4.3. La reforma de los años 90 y el inicio de los jueces supremos especialistas.....	27
4.4. La proyección	34

5. DIÁLOGOS JURISPRUDENCIALES	36
6. EL CONTROL DE LA INTERPRETACIÓN ADMINISTRATIVA.....	40

CAPÍTULO II: LA MODELACIÓN JUDICIAL DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS..... 47

1. JURISDICCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN: UNA TRAMPOSA CONFUSIÓN.....	49
2. EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO EL CONTEXTO LO ES TODO.....	53
3. ¿LOS JUECES DEBEN HACER BUEN DERECHO O RAZONABLE POLÍTICA PÚBLICA?	58
4. JUECES Y POLÍTICAS PÚBLICAS: EL CASO “CICLOVÍAS DE RANCAGUA”	63
5. LOS LÍMITES DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA Y LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	67
5.1. Antecedentes.....	67
5.2. La pretensión de la Corte Suprema	68
5.3. Las consecuencias para el sistema de fuentes en derecho administrativo chileno	70
6. LA COORDINACIÓN COMO CONTROL DE LEGALIDAD	73
7. LAS CONSISTENCIAS TEMPORALES DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS	77
8. LOS ESTÁNDARES DE LA CORTE SUPREMA A LAS INTERVENCIÓNES ADMINISTRATIVAS INTEGRADAS.....	82
9. ÉSA INCÓMODA RELACIÓN ENTRE LA DISCRECIONALIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO	86

CAPÍTULO III: ALGUNAS DE LAS INSTITUCIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO NACIO-

NAL EN LOS CRITERIOS DE LA JURISPRUDEN- CIA RECIENTE	93
1. LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO ADMI- NISTRATIVO SANCIONADOR	95
1.1. La intuición.....	95
1.2. La consagración del relato en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y la Con- traloría.....	100
2. LA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA JURISPRU- DENCIA DE LA CORTE SUPREMA	107
2.1. La motivación del acto administrativo en el contex- to del procedimiento	107
2.2. Lo que se juega en la motivación del acto adminis- trativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema. El estándar de motivación suficiente.....	109
2.3. Exigencia de la especial motivación en caso de “res- tricción regresiva”	113
2.4. El problema de la especialidad material en la moti- vación del acto administrativo.....	117
2.5. Las consultas sectoriales como elementos que con- dicionan la motivación del acto administrativo.....	121
A) El caso “Plan de cierre temporal de Pascua Lama”	121
B) El caso de la “Ordenanza de Aseo de Tocopilla”	126
2.6. Precisiones finales	128
3. LAS NULIDADES DEL ACTO ADMINISTRATIVO ANTE LA CORTE SUPREMA	130
4. LOS ESTÁNDARES JURISPRUDENCIALES PARA LA RESPONSABIL- IDAD DEL ESTADO	136

4.1. Las bases metodológicas para la falta de servicio en la jurisprudencia de la Corte Suprema.....	136
4.2. El caso de responsabilidad del Estado por violación a derechos humanos y la solución de la Corte Suprema	144
4.3. La situación de la responsabilidad por error judicial	151
4.4. La configuración jurisprudencial del funcionamiento anormal de la administración de justicia	155
AL CIERRE.....	159
BIBLIOGRAFÍA.....	163
JURISPRUDENCIA CITADA.....	175

ABREVIATURAS

27/F	: (numerónimo) terremoto en Chile ocurrido el sábado 27 de febrero de 2010, que alcanzó una magnitud de 8,8 MW
art. / arts.	: artículo / artículos
CAJ	: Corporación de Asistencia Judicial
coord.	: coordinador
CPC	: Código de Procedimiento Civil
CPR	: Constitución Política de la República
D.L.	: Decreto Ley
D.O.	: Diario Oficial
DGA	: Dirección General de Aguas
DGAC	: Dirección General de Aeronáutica Civil
DGMN	: Dirección General de Movilización Nacional
DIRECTEMAR	: Dirección del Territorio Marítimo
DOH	: Dirección de Obras Hidráulicas
ed.	: editor
ENADE	: Encuentro nacional de Empresarios
ENAP	: Empresa Nacional del Petróleo

<i>et ál.</i>	: y otros
p. / pp.	: página / páginas
p. e.	: por ejemplo
PDA	: Plan de Descontaminación Atmosférica
PIB	: Producto Interno Bruto
RCA	: Resolución de Calificación Ambiental
RDJ	: <i>Revista de Derecho y Jurisprudencia</i>
s/i.	: sin información
SCS	: Sentencia Corte Suprema
SEA	: Servicio de Evaluación Ambiental
SEIA	: Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
SENAME	: Servicio Nacional de Menores
SERNAGEOMIN	: Servicio Nacional de Geología y Minería
SERVIU	: Servicio de Vivienda y Urbanismo
SII	: Servicio de Impuestos Internos
SMA	: Superintendencia del Medio Ambiente
ss.	: siguientes
SsCS	: Sentencias Corte Suprema
SsTC	: Sentencias Tribunal Constitucional
STC	: Sentencia Tribunal Constitucional
TC	: Tribunal Constitucional
trad.	: traductor
v. gr.	: por ejemplo
vol.	: volumen

INTRODUCCIÓN

El 18 de diciembre de 2013, Sergio Muñoz, el ministro más joven de la Corte Suprema, era elegido por sus pares como presidente del máximo tribunal para el período 2014 a 2015. Muñoz había llegado a la Corte en 2005, con solo 48 años y una carrera judicial destacada, que comenzó en 1988.

La asunción al cargo se dio en el contexto de una polémica discusión sobre los alcances del control judicial respecto de decisiones administrativas, en ámbitos diversos de la actividad económica y ambiental, que dieron origen a publicaciones que acusaban a la Corte de un activismo judicial desmesurado¹.

Una vez que asumió en marzo de 2014, en su primera entrevista a la periodista Ana María Sanhueza en revista *Qué Pasa*², Sergio Muñoz respondió directamente los emplaza-

1 Ver GARCÍA y VERDUGO (2013).

2 Entrevista disponible en línea: <<http://www.quepasa.cl/articulo/actualidad/2014/03/1-13932-9-sergio-munoz-el-poder-judicial-siempre-va-a-responder-si-es-agredido.shtml>>.

mientos sobre el “gobierno de los jueces” que realizaban sus críticos, y para eso les recordó lo que implicaba interpretar las normas en la sociedad democrática actual, la lógica de la Constitución viva y por qué el derecho tenía más arte que ciencia. Su entrevista terminó del siguiente modo:

- “– Libertad y Desarrollo ha criticado sus fallos, entre ellos el de Castilla. Plantean que la interpretación de las leyes significaría que se está en presencia del “gobierno de los jueces”. ¿Qué piensa del llamado activismo judicial?
- Hace mucho tiempo que la escuela de la exégesis, que es interpretar artículo por artículo, dejó de ver la luz. Hoy estamos en un modelo crítico de interpretación de la legislación, racional, ponderado. Y por lo mismo, es más amplio que interpretar una disposición específica, a lo cual se suma que uno utiliza todas las fuentes del derecho. No usa única y exclusivamente el texto absoluto de la ley, sino con sus principios, con su historia, con lo que han dicho la doctrina y la jurisprudencia. Son muchas cosas las que están en la aplicación de la ley.
- ¿Incluidos los convenios internacionales?
- Todas las fuentes del derecho. Hoy el juez tiene mayores antecedentes para determinar cuál es el sentido y alcance de la norma. Y de esa manera, yo he jurado respetar la Constitución y la ley viva, no el texto escueto de sus disposiciones, sino lo que la inspiró. Sus garantías, sus principios, en todos los aspectos. Entonces, si hay algunas personas a las que no les parece, es lamentable.
- ¿Cree que eso es parte de la evolución que tienen que tener los jueces?

- Es que esto es igual que la pintura. Antes era rupestre, luego en doble plano. Después se fue creando la perspectiva. Posteriormente nacieron otras formas, como el realismo, el cubismo. Después pasa que usted es la concepción de la figura y no necesariamente de una forma. Esto es igual. Es una interpretación. Porque interpretar el derecho es un arte, no es una ciencia”.

Las declaraciones del ministro Muñoz recordaban las críticas al derecho judicial que había ido construyendo desde hace años Bernd RÜTHERS, quien advirtió sobre una supuesta “revolución secreta”, una que —en su opinión— había implicado pasar “del Estado de derecho al Estado judicial”. Aunque su crítica correspondía a lo que a su juicio eran los excesos en la jurisprudencia alemana, especialmente sobre el método que utilizaban los jueces para arribar a sus conclusiones sobre derechos, lo cierto es que su exhortación pareciera ser relativamente general, especialmente cuando señala que:

“[...] allí donde existe una ley corresponde al parlamento la prioridad regulatoria, según el principio democrático y del Estado de Derecho. Los tribunales son, en este sentido, servidores de las leyes; no señores del ordenamiento jurídico”³.

En las sociedades democráticas actuales esta tensión resulta inevitable, especialmente cuando está en juego el control de los actos del poder público y la afectación de derechos constitucionales, un modelo sobre el cual opera nuestro mecanismo contencioso administrativo *de facto* a través del recurso de protección, como trataré de ejemplificar más ade-

3 RÜTHERS (2020), p. 83.

lante. Por eso, la “doctrina Muñoz” –aquella que exige la integración de todos los instrumentos para que un juez decida el caso concreto– reivindica, por otro lado, la idea de Constitución viva, es decir, aquella que es entendida como un organismo, a la cual hacía referencia ACKERMAN, en oposición a una simple máquina que puede operar según su original manual operativo. Esto es lo que permitiría que las reglas de la Constitución tengan la posibilidad de actualizarse y dar origen a una conversación entre generaciones⁴.

Como bien ha explicado ATRIA, en los hechos, entre los llamados “operadores del derecho” (p. e., escuelas de Derecho, profesores, abogados, jueces, legisladores, funcionarios administrativos, etc.) hay ciertas prácticas o convenciones que demuestran cómo estos entienden lo que la Constitución dispone⁵. La misma idea señaló RÜTHERS, pero para advertir que esas prácticas ofrecen “una lección sobre la influencia jurídico-política y los riesgos de las profesiones jurídicas en tiempos de agitación”⁶.

VEDEL tempranamente manifestó este dilema al señalar que “ni teórica ni pedagógicamente es posible de definir autónomamente Administración y Derecho Administrativo. Sólo es posible su definición a partir de la Constitución”⁷, por eso era indispensable explicar las bases constitucionales

4 ACKERMAN (2011), p. 89.

5 ATRIA (1997), pp. 21 y 22.

6 RÜTHERS (2020), p. 77.

7 VEDEL (1980), p. 7.

del derecho administrativo a partir de las reglas de la Carta Fundamental, pero también de la tradición constitucional de que se trate. Esta circunstancia ha llevado a una progresiva constitucionalización del derecho administrativo, que lleva al juez a invocar una diversidad de disposiciones (y principios) desde la Constitución para resolver controversias⁸.

Por eso es imposible entender el derecho administrativo sin su aplicación jurisprudencial; es más, sería incomprendible su contenido al prescindir de ella. Esa idea, habitualmente atribuida al “realismo jurídico” norteamericano, entre nosotros ya lo había advertido Valentín LETELIER en 1896. Lo que subyace a esto es asumir que resulta exiguo, para poder entender qué es el derecho y cómo gobierna nuestras vidas, conocer simplemente las reglas del derecho positivo y las opiniones de la dogmática legal. La decisión de los casos concretos es lo que permite determinar el contenido de las reglas de derecho administrativo.

La ironía de esto es que un sistema que regula a los reguladores, donde el principio de legalidad como sistema de habilitación previa resulta imposible de eludir, descansa en una matriz profundamente casuista⁹, y es así desde su desarrollo temprano en el derecho francés. La identidad de sus instituciones se logró progresivamente sobre la base de criterios jurisprudenciales. Por eso el derecho administrativo tiene una obsesión por el contencioso administrativo, quien inviste la

8 FERRADA (2003), p. 64.

9 Para Rivero y Waline, el derecho administrativo es ampliamente jurisprudencial. RIVERO y WALINE (2004), p. 8.

condición de juez administrativo y el método que utiliza para razonar sus casos.

Saber cómo se han ido construyendo esos estándares en la comprensión del derecho administrativo chileno es el esfuerzo de este pequeño trabajo, que utiliza como antecedentes reflexiones anteriores que he expuesto en otros lugares y que ahora tratan de tener un criterio unitario. ¿Por qué es urgente tratar de darle racionalidad a esa construcción jurisprudencial reciente? Porque –como ha señalado DEVOLVÉ, con razón– el “derecho administrativo probablemente ha cambiado más desde principios de siglo que en los dos siglos anteriores. El XIX fue el de su afirmación, el XX su estructuración; con el siglo XXI, se realiza su transformación”¹⁰.

Esa transformación, entre nosotros, la estamos viviendo a partir del desarrollo jurisprudencial reciente. Este libro es una invitación a tratar de comprender ese fenómeno, y las declaraciones de Sergio Muñoz, una provocación para adentrarse en esas razones.

10 DEVOLVÉ (2018), p. 1.