

La garantía de la tutela judicial a la luz reclamo de ilegalidad municipal de la ley 18.695

The guarantee of judicial protection in light of the judicial review of municipal acts under law 18.695

Pablo Fabián Aros Rojas

Universidad San Sebastián, Concepción, Chile.

Correo electrónico: parosr@docente.uss.cl. <https://orcid.org/0000-0002-4398-5132>.

Recibido el 19/05/2021

Aceptado el 15/10/2021

Publicado el 31/12/2021

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2021.n39-02>

RESUMEN: Este trabajo expondrá sobre la Tutela Judicial, en relación con el acceso a la justicia y debido proceso, como premisa esencial, proponiendo un estructura conceptual; luego se revisará si los elementos del concepto propuesto se satisfacen en el reclamo de ilegalidad municipal de la Ley 18.695. Finalmente, unas conclusiones hacia el futuro cierran la presentación.

PALABRAS CLAVE: Tutela judicial, debido proceso, contencioso-, reclamo de ilegalidad municipal.

ABSTRACT: This work will expose on judicial protection, its relationship with the access to the justice system and due process, as an essential premise, proposing a conceptual structure; then it will be analyzed if the elements of the proposed concept are satisfied within the judicial review of municipal acts under Law 18.695. Finally, some conclusions towards the future will close the presentation.

KEY WORDS: Judicial protection, due process, administrative litigation, judicial review of municipal acts.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es doble: en primer lugar, busca establecer un análisis conceptual sobre la tutela judicial (relacionándola con *acceso a la justicia* y *debido proceso*), e identificando claramente sus elementos; luego, en segundo lugar, analizar, de forma general, si dicha garantía se satisface o no dentro de un contencioso administrativo especial: el Reclamo de Ilegalidad Municipal, contemplado en la Ley 18.695, que se interpone por cualquier particular ante el alcalde contra sus Resoluciones u omisiones o las de sus funcionarios, que estime ilegales, cuando éstas afecten el interés general de la comuna.

Su relevancia dice relación con que la Tutela Judicial busca proteger los derechos de las personas cuando han sido conculcados, accediendo a la justicia, requiriendo su efectivo resguardo, dentro de un debido proceso, siendo relevante analizar su concepto y sus efectos, para luego analizarlo a la luz del reclamo de ilegalidad municipal, por tratarse de un procedimiento administrativo especial, que tiene una etapa ante la Municipalidad y otra ante la Corte de Apelaciones, donde debiesen conjugarse los conceptos señalados y determinar si son o no aplicable en dichas sedes. Para ello, se citarán de modo descriptivo doctrina comparada y nacional, fallos del Tribunal Constitucional y algunas referencias a Tratados Internacionales, por considerarlo adecuado y pertinente en consideración al hecho que esta garantía ha sido tratada solamente desde la visión del artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental.

Lo anterior encuentra su justificación en cuanto al hecho que, dentro de los principales valores de un Estado de Derecho, los procedimientos administrativos, en general, exigen que, ante una eventual reclamación, sean los Tribunales de Justicia los llamados a resolverlos atendido que, en definitiva, lo que se quiere lograr es que los derechos de los ciudadanos conculcados por la administración, puedan contar con una tutela judicial que logre su resguardo, regla que se deriva del Principio de Juridicidad contemplado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, el cual supone una vinculación de la administración con el ordenamiento jurídico, limitando el poder público, fruto del respeto, por cierto, al Estado de Derecho,¹ y la sujeción de la Administración al control de los Tribunales.²

La relevancia, además, dice relación con el hecho que en Chile no existen Tribunales Contenciosos Administrativos que diriman las reclamaciones de los particulares contra las actuaciones de la administración, sin que existan jueces especializados en aplicar un derecho diferente, especial, que regular las relaciones entre los órganos de la Administración del Estado o entre estos y los particulares, de allí que sea relevante construir un concepto de Tutela Judicial a la luz, para este trabajo, del reclamo de ilegalidad municipal de la Ley N°18.695.

¹ BERMÚDEZ (2014), p. 89.

² BERMÚDEZ (2014), p. 89.

II. PRIMER PARTE: TUTELA JUDICIAL: PROPUESTA CONCEPTUAL

A. Distinción básica de tres conceptos distintos: acceso a la justicia, tutela judicial, y debido proceso

En primer lugar, antes de construir una idea y los elementos de la tutela judicial, debemos distinguirla de otros conceptos que, si bien se vinculan a ella, su definición y alcances son distintos: acceso a la justicia y debido proceso.

El Derecho a la Tutela Judicial, según se explica de sus orígenes en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, “se dirige principalmente a enjuiciar la actuación administrativa, mientras que los litigios que se deducen de las relaciones jurídicas privadas y de los procesos penales se fundan en la cláusula del Estado de derecho”;³ luego, en España, con clara influencia del reconocimiento alemán, se ha transitado desde un rol de protección de legalidad objetiva a la defensa de intereses subjetivos, buscando un equilibrio entre el interés público y los derechos públicos subjetivos e, incluso, intereses legítimos de particulares, sobre considerando la desproporción entre el poder de la administración y los ciudadanos,⁴ de tal suerte que el análisis de esta institución deba, necesariamente, vincularse con aspectos judiciales, por cuanto es en dicha sede donde se evalúa su contenido y es posible exigir su cumplimiento.

Luego, a su turno, respecto del derecho de acceso a la justicia, se ha dicho que el constitucionalismo moderno lo ha incorporado dentro del catálogo de derechos fundamentales incluidos en los tratados internacionales, y que “encuentra su fundamento en la prohibición de la autotutela que contemplan todos los sistemas jurídicos, imponiendo así a los Estados la obligación de proveer a sus ciudadanos de un sistema capaz de procesar y resolver los conflictos de relevancia jurídica y de reparar o sancionar judicialmente las lesiones por las violaciones a este derecho”.⁵

Estos mismos autores, prosiguen, enseñando que entienden “por tutela judicial o acceso a la justicia en sentido amplio aquel derecho que tienen todas las personas a acudir al sistema de justicia para obtener de parte del Estado una respuesta fundada y congruente sobre el fondo del asunto y que, en caso de ser favorable, pueda ser efectivamente cumplida”.⁶

Y, por otro lado, el debido proceso, se ha conceptualizado como “aquel conjunto de requisitos que asegura a las personas que –en las contiendas judiciales que deban enfrentar– podrán participar y defenderse de forma tal de incidir en el resultado del proceso judicial (...) previniendo que “en ningún caso estas condiciones aseguran un resultado favorable; solo garantizan las reglas del juego justas y comunes para las partes”.⁷

³ ARAUJO-OÑATE (2011), p. 259.

⁴ ARAUJO-OÑATE (2011), p. 265.

⁵ VARGAS y FUENTES (2017), p. 181.

⁶ VARGAS y FUENTES (2017), p. 184.

⁷ VARGAS y FUENTES (2017), p. 147.

Aunque, otros autores han expresado que existe la creencia errada de formular un concepto único de debido proceso, por cuanto no se lograría subsumir todas las garantías y requisitos que éste debe tener, y se opta por enumerar los mismos en vez de intentar dar un concepto único del mismo.⁸

Lo cierto es que efectivamente no existe un concepto unívoco de lo que es debido proceso, pero ello no obsta a conceptualizar su marco de aplicación, cuestión que inexorablemente nos permite colegir que esta garantía es esencial y que debe primar en todo tipo de procedimiento judicial, en busca de establecer las condiciones mínimas para su eficaz desarrollo.

En ese contexto, considero que la distinción entre estas garantías es de vital importancia para el desarrollo de las ideas que se expondrán, por cuanto la doctrina en general, busca justificar si la Tutela Judicial se encuentra o no dentro del catálogo de garantías fundamentales contenidas en la Constitución Política, principalmente, en el artículo 19 N°3, norma que, tradicionalmente, sin discusión, se ha entendido que consagra la garantía a un debido proceso (y con muchas otras denominaciones).

En nuestro medio, a mi juicio, se han seguido, fundamentalmente, las ideas expuestas por el profesor Bordalí, quien, luego de analizar fallos del Tribunal Constitucional chileno sobre la tutela judicial, expresa que *“sin embargo, pese a que hoy en día existen un número considerable de fallos que se han pronunciado sobre este derecho, esa jurisprudencia ha sido bastante errática para referirse al mismo.”*⁹ El profesor citado explica su afirmación, señalando que se confunde dicha garantía con el acceso a la justicia, con derecho a la acción, o derecho fundamental al proceso, lo que genera, a la larga, errores conceptuales, que confunden la verdadera naturaleza de cada uno de ellos.

Pero, respecto de lo que sí existe claridad, es que no puede existir un proceso puramente abstracto, sino que se trata de un instrumento para conseguir la finalidad relativa a la satisfacción de los intereses o derechos de las personas, dándoles protección, así entonces *“el ejercicio del derecho a la tutela judicial se concreta fundamentalmente en el poder valerse del instrumento técnico-jurídico a través del cual se forma el acto jurisdiccional erogador de la solicitud de tutela, como lo es el proceso, pero se necesita algo más que eso.”*¹⁰ Conforme a este análisis, planteado de forma clara, es que considero que la instrumentalidad de la Tutela Judicial, entendida como un medio para lograr la adecuada satisfacción de los intereses de los particulares que hubieren sido conculcados, otorga la naturaleza “procesal” a la misma; sin embargo, también estimo que su contenido tiene una naturaleza sustantiva, que encierra una serie de características que la diferencia del acceso a la justicia y del debido proceso, tal como desarrollaré en las líneas siguientes.

B. ¿Qué es la Tutela Judicial?

Dicho lo anterior, se precisa ahora elaborar un concepto meridianamente claro de tutela judicial, el

⁸ PINOCHET (2017), p. 41.

⁹ BORDALÍ (2011), p. 312.

¹⁰ BORDALÍ (2011), p. 315.

cual será utilizado en el desarrollo de las líneas siguientes. Ello es relevante por cuanto la idea subyacente al concepto en análisis es que se busca justificar la importancia que reviste esta garantía en nuestro medio, vinculada con la actividad administrativa, ante la falta de Tribunales Administrativos. Es decir, la tutela judicial es una garantía que se debe exigir en un Estado de Derecho, conforme al Principio de Juridicidad, por cuanto las actuaciones administrativas se encuentran sometidas al control externo de los Tribunales de Justicia, y ello es así ya que *“en todo ámbito de actuación del poder ejecutivo, la idea de su vinculación al principio de juridicidad lleva a postular la correlativa sujeción al control judicial. Esta sujeción debe entenderse en términos particularmente estrictos en los que atañe a los derechos fundamentales (...) que el poder detenga al poder en defensa de la libertad. La posibilidad de tutela aquí no se encuentra solamente dada por la posibilidad de acceso a los tribunales, sino también por el desarrollo de acciones idóneas y procedimientos eficaces para el control de la actividad administrativa (...) Esto implica, por un lado, reconocer una amplia justiciabilidad de todos los actos de los órganos del poder ejecutivo y, también, la necesidad de reconocer instrumentos procesales adecuados para la tutela de los derechos frente al actuar de la administración”*.¹¹

Como dijimos en la introducción, para efectos de poder conceptualizar de forma correcta la Tutela Judicial y explicar sus alcances, me parece correcto, en los siguientes apartados, hacer un triple análisis de tipo descriptivo y que sintetice las opiniones más relevantes tanto respecto de la doctrina comparada, la doctrina nacional y un breve enfoque a la regulación que se contiene en los más importantes tratados internacionales ratificados por Chile y que forman parte de nuestro derecho interno.

En primer lugar, en el Derecho Comparado, la Tutela Judicial ha generado un desarrollo doctrinario relevante, principalmente en España, país donde su denominación de “tutela judicial efectiva”, encuentra consagración constitucional descrita de forma clara y sin lugar a interpretaciones; luego, existen otros trabajos en América Latina donde se han generado interesantes reflexiones y debates sobre su aplicación y contenido. Estas ideas serán recogidas en los apartados siguientes, con la finalidad de generar más argumentos que justifiquen la utilidad de este estudio y el contenido de la definición propuesta sobre Tutela Judicial.

Como dijimos más arriba, la influencia alemana encuentra su sustrato inmediato en la regulación establecida por la Constitución italiana, ya que *“una de las primeras manifestaciones constitucionales que prevén el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra en la Constitución italiana de 1947, que en su artículo 24 estableció la “tutela giurisdizionale”, en el sentido que todos tienen el derecho de actuar en juicio para tutelar sus propios derechos e intereses legítimos, lo cual significa que persigue la defensa no de la legalidad objetiva, sino de los derechos subjetivos e intereses legítimos del individuo, que sean susceptibles de ser conocidos por la jurisdicción, independientemente de la clase de proceso del cual se trate (...) subrayando la importancia de garantizar el derecho a la igualdad entre las prerrogativas estatales y el ciudadano”*.¹² Como se aprecia, la definición entregada por la Constitución Italiana es el origen también de esta claridad que presenta la normativa española: pero también deja en claro que

¹¹ ALDUNATE, (2008), pp. 193 y 194.

¹² ARAUJO-OÑATE, (2011), p. 258 (nota al pie).

su principal objetivo es la defensa de derechos subjetivos o intereses legítimos de las personas, colocando énfasis en que lo que se busca es equiparar la posición del ciudadano frente a los actos de la administración, en el supuesto que los procesos administrativos de reclamación no logren satisfacer adecuadamente dichas pretensiones o que, derechamente, las decisiones de la Administración no se ajusten al Principio de Juridicidad.

Dicho fundamento explica que a través de la tutela judicial se buscaba enjuiciar la actuación administrativa, *“en esencia, se trata de un control judicial efectivo sobre todo tipo de actuaciones administrativas que vulneraban los derechos individuales, sobre la base de garantizar al ciudadano, el control pleno y efectivo sobre todas las actuaciones administrativas que puedan poner en peligro o causar un daño o lesión a los derechos propios y libertades individuales (...)”*¹³

Luego, en dicho contexto, el derecho en análisis fue establecido en España en el artículo 24 de su Constitución, fundado e inspirado en el derecho alemán, sin embargo la regulación española ha sido catalogada como una de “rasgos propios”, puesto que, en su Capítulo Segundo “Derechos y libertades”, Sección 1º “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, Artículo 24 “Protección judicial de los derechos”, inciso primero, emplea la siguiente locución: *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”*; por lo tanto, a mi entender, dicha concepción comprende la tutela judicial en sí misma, y además el derecho de acceso a la justicia, debido a su expresión relativa a que en ningún caso ha de producirse indefensión, puesto que no acceder a la justicia es indefensión. En efecto, en España *“el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el acceso a la justicia y el principio de la universalización del control jurisdiccional de la actividad administrativa, el cual por virtud del derecho fundamental ha ampliado su ámbito y posibilidades de acceso, con lo que ha permitido al ciudadano el acceso sin limitaciones formales de ningún tipo y, por lo tanto, ha sido admitido como parte en el proceso”*¹⁴

La doctrina española, además, ha explicado que la tutela judicial no sólo se reconoce en el ordenamiento respecto de las actuaciones de la administración, sino que también respecto del ámbito de las relaciones privados, ampliando su interpretación mas allá de lo que la doctrina italiana y alemana han expuesto (que la tutela judicial nace respecto de la actividad de la administración).¹⁵

Es tan importante la labor que la garantía de tutela judicial cumple en el ordenamiento español, que enfáticamente se ha sostenido que tiene un puesto de honor en la Constitución y que su contenido se encuentra *“en la Declaración Universal de Derechos Humanos en sus artículos 8 y 10, que concluye declarando que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un Tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. Y preceptos análogos están*

¹³ ARAUJO-OÑATE, (2011), p. 259.

¹⁴ ARAUJO-OÑATE, (2011), p. 264.

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2015), p. 550.

recogidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 14) y en el Convenio de Roma para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 6.º)”¹⁶. Ello permite colegir que la relevancia de esta garantía justifica su inclusión en dichos textos supranacionales, que establecen reglas para los Estados que forman parte de estos Pactos Internacionales, con el claro interés de generar una reglamentación común entre ellos, y nuestro derecho no está exento de aquello, tal como se detallará un poco más adelante.

De tal suerte que podemos señalar, como primera aproximación, que la Tutela Judicial es la garantía esencial que debe resguardar el Estado en el desarrollo de los procedimientos judiciales, pero con especial énfasis en las reclamaciones contra actuaciones de la Administración, que se ventilan en sede judicial, cuyo contenido esencial abarca las otras dos garantías referidas (acceso a la justicia y debido proceso), derivándose otras que se subsumen en ella, como el derecho a la obtención de una sentencia de fondo, que ésta sea motivada o fundada, coherente, que se haga cargo de todas las pruebas rendidas, para luego dar pie a la correcta ejecución de las mismas en caso de incumplimiento.¹⁷

Por otro lado, en nuestro medio, una parte de la doctrina ha venido a reconocer la tutela judicial, bajo la teoría de los “derechos implícitos”, es decir, aquellos cuya aplicación se deduce de un reconocimiento constitucional expresado, del cual se extrae su contenido. Así, la tutela judicial y el debido proceso cabrían dentro de este tipo de derechos, siendo obligación del Estado lograr la protección jurídica debida,¹⁸ extrayendo su contenido de la garantía del artículo 19, numeral 3º inciso 1º, relativo a que a todas las personas se les asegura la “igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”.

Luego, esta doctrina refiere que la tutela judicial comprende el acceso a la justicia, puesto que aquello que la define es que existan todos los supuestos jurídicos “que hagan efectiva esta tutela de derechos e intereses y que operan con independencia al proceso”,¹⁹ afirmando que, por su parte, el Debido Proceso comienza una vez que se han impetrado las acciones, pero se requiere que el acceso se encuentre suficientemente garantizado y que las condiciones en que se envuelve su ejercicio sean conocidas por las personas que buscan la protección de sus derechos vulnerados, concluyendo, con cita a un fallo del Tribunal Constitucional chileno, que “el artículo 19, número 3º inciso quinto, de la Constitución establece el derecho a las garantías de un racional y justo procedimiento, que se traducen conjuntamente con el derecho a la acción y la legalidad del juzgamiento, en el logro de la tutela judicial efectiva”.²⁰

Siguiendo en nuestro medio, el destacado profesor Bordalí, en su texto ya citado, se pregunta al respecto de la tutela judicial ¿Cuál es la funcionalidad de este derecho? ¿Se reconoce este derecho

¹⁶ SÁNCHEZ (1984), p. 287.

¹⁷ GÓMEZ DE LIAÑO (2006), p. 66.

¹⁸ GARCÍA Y CONTRERAS (2013), p. 244. Estos autores expresan que “la noción de “derecho a la tutela judicial” importa el reconocimiento de un derecho prestacional que recaba del Estado la protección jurídica debida, en el igual ejercicio de los derechos ante la justicia, proscribiendo la autotutela, y garantizando una respuesta a la pretensión de derechos e intereses legítimos con autoridad de cosa juzgada y con la eficacia coactiva que demanda la satisfacción de derechos fundamentales (...)”

¹⁹ GARCÍA Y CONTRERAS (2013), p. 244.

²⁰ GARCÍA Y CONTRERAS (2013), p. 245.

simplemente para que las personas puedan acceder a los tribunales de justicia, pidan lo que pidan a estos, o bien se trata de un derecho que lo que busca es que las personas puedan solicitar tutela a los tribunales de justicia para los derechos e intereses que ellos reclamen como propios? Hay un fallo del Tribunal Constitucional que señala que el derecho a la tutela judicial tiene esas dos dimensiones. Esto tiene importancia, pues si se desvincula el derecho a la tutela judicial de la protección de derechos e intereses que se reclaman como propios por quienes demandan justicia, el derecho pasa a tener una dimensión abstracta de variada proyección, que podría implicar que las personas puedan iniciar procesos en los que no invoquen ningún derecho o interés comprometido.²¹

A su turno, el profesor Ferrada, expone que una garantía fundamental que reconocen la mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos es el derecho de las personas a la tutela judicial o derecho a la acción, entendiendo por ésta el derecho a acceder a un tribunal de justicia a solicitar amparo o tutela de sus derechos e intereses, cuando se hace necesaria la intervención estatal. Por ello, se parte de la premisa que, ante eventuales lesiones por parte de la Administración a derechos de las personas, estas puedan ser conocidas por un Tribunal, allí que nuevamente se vaya sosteniendo que la Tutela Judicial obliga a que primeramente se encuentre satisfecha la garantía de acceso a la justicia, y que una vez que el procedimiento se inicie, éste se desarrolle dentro de un debido proceso. Por ello, el derecho a la tutela judicial es un derecho fundamental sustantivo, pero al mismo tiempo instrumental, en la medida que permite a las personas obtener protección jurisdiccional de los derechos subjetivos o intereses que le confiere el propio ordenamiento jurídico, sin necesidad de recurrir a mecanismos auto compositivos o directamente a la autotutela de sus derechos.²² Este análisis cobra relevancia considerando que, al no existir Tribunales Administrativos en Chile, es necesario moldear el contenido de la tutela judicial frente al ejercicio de acciones administrativas y judiciales contra las decisiones de la administración cuando lesionan intereses legítimos de las personas.

Estas afirmaciones encuentran sustento en diversos fallos del Tribunal Constitucional chileno, el cual ha expresado que *“para una acertada resolución del conflicto sometido a esta Magistratura, también debe reiterarse que este conjunto de derechos fundamentales incluye el acceso a la jurisdicción como presupuesto para lograr el derecho a la “tutela judicial efectiva” de sus derechos constitucionales, conceptualizada ésta por los especialistas como “aquel (derecho) que tiene toda persona a obtener tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley y a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión” (Gregorio Cámara Villar, en Francisco Balaguer Callejón y otros, “Derecho Constitucional”, tomo II, pág. 215, Ed. Tecnos, Madrid, 58 2005). Este derecho, como ya se viera, incluye el libre acceso a la jurisdicción, entendido como la posibilidad de formular pretensiones ante el juez y obtener una resolución acerca de las mismas –independientemente del ente persecutor estatal–, así como el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, la interdicción de la indefensión y el derecho al debido proceso, con la plena eficacia de todas las garantías que le son propias”*.²³

²¹ BORDALÍ (2011), p. 313.

²² FERRADA (2015), p. 339.

²³ Eduardo Sánchez Eyquem (2010).

De esta forma podemos deducir que nuestro Tribunal Constitucional entiende que la satisfacción de la Tutela Judicial exige, en primer lugar, que exista acceso a la justicia, y, segundo, que el desarrollo del procedimiento judicial se enmarque dentro de un debido proceso, sirviendo entonces de puente para lograr la concreción del resguardo efectivo de los derechos de las personas vulnerados por parte de la Administración, cuyo conocimiento y resolución se entrega a a los Tribunales de Justicia.

Por otro lado, no debemos dejar de mencionar que el contenido del artículo 38 inciso segundo de la actual Constitución de la República, en relación con el artículo 2° de la Ley N°18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, configuran los alcances de la Tutela Judicial, como garantía fundamental que debe ser reconocida y respetada por el ordenamiento jurídico y por el poder estatal a través de sus políticas públicas en la materia, toda vez que la Tutela Judicial supone que exista una herramienta que permita a los ciudadanos contar con un mecanismo general de justicia en materia contenciosa administrativa. Lo anterior dice relación, de forma directa, con la garantía general de lo que se entiende por Estado de Derecho, donde la actuación de la administración debe ser revisada y sancionada por los Tribunales de Justicia. En ese contexto, desde antiguo, la Constitución Política entregó solución de los conflictos contenciosos administrativos a tribunales especiales, cuya organización y atribuciones quedaron condicionadas al mandato de una ley la que nunca fue dictada.²⁴ Así, el artículo 87 de la Constitución Política de 1925, señalaba: “*Habrán Tribunales Administrativos, formados con 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 esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley*”.

Luego, la Carta Fundamental de 1980, en el inciso segundo de su artículo 38 señalaba: “*Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales contencioso administrativos que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño*”. Posteriormente, la reforma constitucional de 1989, realizada en virtud de la Ley 18.825, eliminó la expresión “*tribunales contencioso administrativos*”, sustituyéndola por “*los tribunales que determine la ley*”, sin que a la fecha se haya dictado la ley que cree los Tribunales Administrativos.

Lo relevante de destacar las normas que venimos explicando, dicen relación con que, si agregamos a lo anterior la regla del inciso segundo del artículo 5° inciso segundo de la Constitución, podemos darnos cuenta que el Estado tiene por obligación propender a que eficazmente exista protección a los derechos de los ciudadanos, vulnerados por la Administración, y que no solo se entregue dicha tarea a los Tribunales ordinarios, ni mucho menos que se busque utilizar el recurso de protección con mecanismo general para ese tipo de respuestas, de allí que resulte relevante poner énfasis en la Tutela Judicial que, precisamente, es la garantía fundamental que debe cumplir con dicho objetivo. Dicha premisa tiene su sustento en la reglamentación del artículo 87 de la Constitución de 1925 y artículo 38 inciso segundo de la Carta Fundamental de 1980, donde sí se regulaba y presentaba la creación de Tribunales Administrativos, sin que se concretara. En efecto, a partir de una “*interpretación estricta*”

²⁴ AYLWIN AZOCAR (1990), p. 45.

del art. 87 de la Constitución de 1925, en virtud del cual estos asuntos sólo podían ser conocidos por los tribunales especiales dispuestos por éste y, por tanto, mientras no hubiere tribunal competente estos asuntos no tenían en el ordenamiento chileno una vía jurisdiccional de impugnación, se estableció en la cultura jurídica chilena una conciencia de la imposibilidad de tutela judicial de los derechos frente a la actuación administrativa, lo que evidentemente lesionaba seriamente el Estado de Derecho”.²⁵

Dicho fenómeno influye en la forma cómo se configura la reclamación ante las decisiones de la Administración del Estado, ya que la judicialización de los mismos se manifiesta, de mayor manera, vía recurso de protección más que desde las herramientas que las leyes especiales establecen, como el reclamo de ilegalidad municipal.

Por su parte, el artículo 2° de la Ley N°18.575, prescribe que: “Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes”. Esta norma, contiene un mandato expreso de protección, respecto de las decisiones que adoptan los órganos de la administración del Estado, en cuanto a que todo exceso o abuso (ilegalidad o arbitrariedad) en contra de las personas o de quienes son sujetos de sus decisiones, dará lugar a las acciones establecidas en la ley, lo que nuevamente viene a servir de argumento para definir los contornos de la Tutela Judicial, y su necesario respeto en procedimientos administrativos en general, o en particular como el que se analiza en este trabajo, con la finalidad de que al menos quede planteada la interrogante respecto sus alcances y su reconocimiento constitucional y legal.

En ese sentido, como ha dicho el profesor Pedro Pierry Arrau,²⁶ la justificación de este tipo de Tribunales se funda en razones prácticas, ya que debe existir una jurisdicción que aplique un derecho distinto de aquel que regula la actividad de los particulares, lo que exige jueces especializados, que tendrán el criterio y conocimiento suficientes para desarrollar las normas de control de la Administración, conjugando dos intereses aparentemente contrapuestos, tales como los derechos de los particulares (donde la Tutela Judicial debe prevalecer como fin inspirador) y el interés público que preside toda la actividad administrativa (en el cual la Tutela Judicial aparece como el mecanismo de resguardo ante actividades abusivas o arbitrarias de la administración).

Finalmente, respecto de la Tutela Judicial, en relación con la garantía de acceso a la justicia y debido proceso, que se expusieron al principio de este trabajo, podemos señalar que, su reconocimiento y respeto existe en dos textos internacionales fundamentales y obligatorios para Chile: La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica,²⁷ y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.²⁸ Estos Tratados Internacionales, a la luz de la regla del

²⁵ FERRADA, et al (2003), p. 72.

²⁶ PIERRY ARRAU, Pedro (1981), p. 211.

²⁷ Aprobado por Decreto 873, promulgado con fecha 23 de agosto de 1990, y publicado el 5 de enero de 1991

²⁸ Aprobado por Decreto N°778 de fecha 29 de abril de 1989, habiéndose promulgado el 30 de noviembre de 1976.

artículo 5° de la actual Constitución Política de la República, se encuentran incorporados a nuestro ordenamiento, y constituyen derecho vigente, obligatorio y vinculante.

Entonces, el primero de ellos, (que denominaremos simplemente Pacto de San José de Costa Rica), expresa en su artículo 8 n°1, relativo a la garantías judiciales que *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”*. A su turno, el artículo 25 del mismo texto prescribe que *“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”*.

Al respecto, y de acuerdo al análisis extraído del DIGESTO, la *“Corte Interamericana reiteró en cada oportunidad que la “disposición sobre el derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática 8...)* El artículo 25 como componente del derecho de acceso a la justicia. La interrelación del artículo 25 con los artículos 8 y 1.1: la consagración transversal del acceso a la justicia. La interrelación entre los artículos 1, 8 y 25 de la Convención es jurisprudencia constante de la Corte Interamericana, desde su primera sentencia. En este sentido, *“los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1)”*.²⁹

A su turno, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en artículo 14 consagra dichas garantías al prescribir en su numeral 1: *“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de mora, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la*

²⁹ Análisis extraído del Digesto, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/cf/themis/digesto/digesto.cfm> (consultado el 12 de marzo de 2019). El Digesto es concebido como un documento público que contiene todos los pronunciamientos jurídicos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), respecto de un artículo de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Las mismas ideas expuestas en la cita, se han establecido en los casos *Caso Blake Vs. Guatemala*; *Caso Cantos Vs. Argentina*; en el *Caso Castañeda Gutman Vs. México*.

vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”, lo cual viene a confirmar la regla establecida en el Pacto de San José de Costa Rica, consolidando la idea que “todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías”, lo cual se consigue mediante la satisfacción de la Tutela Judicial, y amparada en un contexto de Debido Proceso.

Así, en materia de Tratados Internacionales, que constituyen derecho interno chileno, podemos colegir que la Tutela Judicial se encuentra expresamente reconocida en ellos lo que obliga al Estado a su efectiva protección y resguardo, tanto respecto de la actuación de la Administración como en los procesos judiciales en los que se ventilan reclamaciones contra el actuar de la administración.

De lo expuesto en este apartado, podemos dar respuesta a la interrogante que le dio título: ¿qué es la Tutela Judicial? Así, decimos que se trata de “un derecho fundamental, respetado por el Estado, consistente en la efectiva protección de los intereses o derechos legítimos conculcados a las personas ya sea por actuaciones u omisiones de entes públicos o privados, previo acceso a la justicia, formal y materialmente, ante un Tribunal de Justicia, desarrollándose con las garantías de un debido proceso”. De dicha definición, se extraen, sus elementos, los que se expondrán a continuación.

C. Elementos que componen el concepto propuesto de tutela judicial

Del concepto de Tutela Judicial, analizaremos sus elementos de la siguiente forma:

Es un Derecho Fundamental, respetado por el Estado. Decimos que es un Derecho Fundamental, ya que se encuentra consagrado en Tratados Internacionales ratificados por Chile y que versan sobre Derechos Humanos, por lo tanto, su jerarquía jurídica es la misma que el catálogo de Derechos contenidos en nuestra Carta Fundamental. Otorgarle esta calidad es de suma, ya que “un derecho fundamental sólo constituiría un derecho público subjetivo cuando, aparte de la consagración normativa del respectivo derecho, se consagran sus garantías primarias, esto es, los correlativos deberes o prohibiciones de actuación, y las garantías secundarias, o sea, los órganos y procedimientos destinados a atacar el incumplimiento de los deberes constitutivos de las garantías primarias”.³⁰ En este contexto la tutela judicial es entendida como una garantía judicial, ya que constituye un elemento esencial para la adecuada protección de los derechos fundamentales, en el desarrollo de un procedimiento judicial, cuando conocen de reclamaciones contra actuaciones de la Administración. Por ello, “cuando el derecho fundamental puede ser alegado por su titular ante un Tribunal de Justicia, es posible hablar realmente y en un sentido integral de protección. Estas garantías pueden ser clasificadas en ordinarias (derecho a tutela judicial, amparo judicial u ordinario) y en constitucionales, ubicando dentro de estas

³⁰ ALDUNATE (2008), p. 79.

últimas tanto el control de constitucionalidad, como el amparo constitucional previsto en el artículo 53.2 de Constitución Española”³¹

De acuerdo con lo expuesto previamente, reconocer a la tutela judicial como derecho fundamental, permite su efectiva protección, pese a no encontrarse expresamente regulada en nuestro ordenamiento.³² La definición propuesta se obtiene, sin duda, de la interpretación de las normas constitucionales y, sobre todo, de lo regulado en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, reconocidos por Chile, así como por las ideas y fundamentos que entrega nuestro Tribunal Constitucional y la doctrina especializada.

La Tutela Judicial consiste en la efectiva protección de los intereses o derechos legítimos conculcados a las personas ya sea por actuaciones u omisiones de entes públicos o privados. En efecto, ya que citando las palabras utilizadas por la Constitucional española, la Tutela Judicial supone que, respecto de los ciudadanos, en ningún caso y bajo ningún respecto, debe producirse indefensión; esto significa que la locución “efectiva”, implica un estándar adicional que va más allá del acceso a la justicia, y que obliga, entonces, a que esta tutela deba expresarse dentro de un debido proceso, considerando ello como premisa esencial. Los derechos e intereses conculcados deben ser legítimos, por cuanto actuaciones de otra índole, no reconocen protección alguna.

La Tutela Judicial presupone acceso a la justicia. Ello es así toda vez que, como se dijo, la consagración de acceso a la justicia implica, precisamente, *acceder* a la Justicia, garantizar que los ciudadanos logren presentar sus alegaciones o instar a la prosecución de un procedimiento respecto de sus intereses o derechos legítimos que estiman vulnerados, de forma óptima, oportuna, y gratuita. Esa tarea en Chile, al menos formalmente, está entregada a las Corporaciones de Asistencia Judicial y, mediante las facultades de Derecho, a través de sus respectivas Clínicas Jurídicas, cuestión que debe materializarse no solo con la presentación de la acción respectiva, sino que aquella sea admisible y en inserte dentro de un Debido Proceso, con todas sus garantías. Entonces, la Tutela Judicial, es decir, la protección del Estado al resguardo de los intereses o derechos legítimos conculcados, lleva consigo, inseparablemente, este acceso. De este modo, bajo la lógica de lo que la Tutela Judicial significa el Estado debe asegurar y proteger la Tutela Judicial en cuanto las reclamaciones que las personas presenten contra actuaciones de la Administración y que, una vez admitidas en sede judicial deban ser tramitadas conforme a las reglas del Debido Proceso.

El desarrollo del procedimiento ante un Tribunal de Justicia, debe enmarcarse dentro de un debido proceso. Ello implica que este acceso a la justicia con la mira de buscar protección real a los intereses y derechos conculcados, debe desarrollarse en un contexto que satisfaga adecuadamente dicha finalidad, por lo que, una vez que se activa el aparato jurisdiccional, se activan las garantías consagradas

³¹ ALDUNATE, (2008), p. 81. En esta sección, el profesor ALDUNATE cita principalmente a PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General, 1995, Universidad Carlos III, Madrid, España, pp. 707.

³² O por lo menos así se ha venido explicando por la doctrina, aunque debe recordarse que el Tribunal Constitucional lo consagra como un derecho fundamental, incluso distinguiendo su naturaleza instrumental y sustantiva, como se ha expuesto previamente.

en el Debido Proceso, sobre todo, el plazo razonable, y la decisión correctamente fundada. No solo basta que el Juez falle, sino que su sentencia sea producto de un análisis racional de las pruebas, que haya respetado las prerrogativas que se le entregan a los litigantes, utilizando luego una adecuada motivación o justificación de las razones a las que arriba su convencimiento, que entregue su decisión dentro de un plazo óptimo que logre la satisfacción de la Tutela Judicial, ya que de lo contrario se vulneraría esta garantía y no se daría cumplimiento a su contenido, la que no consiste en otra cosa más que en permitir a los ciudadanos que, ante la conculcación de derechos o intereses legítimos por parte de la Administración, logren la reparación deseada o, al menos, logren obtener una adecuada tramitación de los asuntos, y que las decisiones a que se arriben en definitiva contengan un estándar mínimo de fundamentación y coherencia, de modo que exista seguridad jurídica y protección por parte del Estado.

III. SEGUNDA PARTE: TUTELA JUDICIAL A LA LUZ DEL RECLAMO DE ILEGALIDAD MUNICIPAL DE LA LEY N°18.695

Tradicionalmente, se ha enseñado que este reclamo persigue la protección de los derechos subjetivos violados por un acto o mero hecho de la Municipalidad; así por ejemplo, en el caso de una orden de demolición de un inmueble que al parecer amenaza ruina, el tribunal que conoce del respectivo reclamo está investido de amplias atribuciones. Así, él podrá dictar sentencia por la cual la resolución puede ser declarada nula o modificada y puede decretarse además el pago de una indemnización por los perjuicios ocasionados, persiguiendo además el restablecimiento de la legalidad violada por un acto de administración, mediante su anulación.³³ Asimismo, este recurso *“procede cuando existe violación de la ley propiamente tal, cuando se ha incurrido en omisión del acto; en caso de incompetencia; en casos de vicios de la voluntad, esto es, cuando el acto está viciado por error, fuerza o dolo. En este caso no se puede atacar mediante el reclamo de la resolución misma, sino de la ilegalidad específica en que se ha incurrido por el vicio”*.³⁴

Como se aprecia, este reclamo busca atacar la ilegalidad contenida en una Resolución municipal o en una omisión, pero su fundamento supone que de ello se derive una lesión a un interés subjetivo.

Luego, se confirma aquello por cuanto este reclamo de ilegalidad municipal tiene una dimensión anulatoria y reparatoria, de plena jurisdicción.³⁵ Se encuentra regulado en el artículo 151 de la Ley 18.695, y se compone de dos etapas:³⁶ una de tipo administrativa, por cuanto permite a cualquier particular reclamar de las acciones u omisiones ilegales ante el alcalde cuando se afecte el interés general de la comuna, o a aquel que, en concreto y de forma específica, sufra un perjuicio por este tipo de actua-

³³ FERNÁNDEZ (2007), pp. 163 y 164.

³⁴ FERNÁNDEZ (2007), p. 164.

³⁵ HUIDOBRO (2011), p. 102.

³⁶ Este procedimiento contempla dos etapas o dos fases, una en sede administrativa y otro en sede judicial ante la Corte de Apelaciones respectiva, cuestión que se encuentra asentada en la jurisprudencia administrativa, como se lee en el Dictamen N°13.215, de 27 de febrero de 2013, expuesto por el profesor HUNTER (2014).

ciones. La según fase es jurisdiccional, y se tramita ante la respectiva Corte de Apelaciones, donde se desarrollará la etapa propiamente contenciosa-administrativa.³⁷

De tal suerte, entonces, que el reclamo de ilegalidad municipal encuentra su fundamento en la afectación de un interés legítimo, respecto del cual el afectado puede reclamar el perjuicio provocado por un Decreto Alcaldicio, o una omisión, o una actuación de un funcionario municipal, que se estimen ilegales.

Este reclamo tiene su origen en normas muy antiguas, y se vincula dentro del contexto del control de los actos administrativos municipales.³⁸ Igualmente, se contemplaba una acción de la misma naturaleza, de carácter popular, en la Ley Orgánica de 1887.³⁹

Desde el punto de vista de la legitimación activa para su interposición, este reclamo puede ser intentado por el propio afectado, y si se afecta a la comunidad en general, se concede acción pública.⁴⁰ Igual opinión establece otra doctrina,⁴¹ aclarándose que existe una amplia posibilidad de interposición, atendida su propia naturaleza, y sus orígenes. Al respecto, si bien es cierto que el hecho que cualquier persona pueda interponer un reclamo de ilegalidad municipal, vendría a significar una manifestación de la tutela judicial, no debe dejarse de lado el hecho que, en este caso, para ejercer la vía jurisdiccional es requisito previo el haber interpuesto este reclamo administrativo, sin que pueda interponerse directamente, lo que se explica, a mi juicio, desde la perspectiva de considerar a los recursos administrativos como garantías para los ciudadanos donde se pretende que la Administración enmiende o revoque sus decisiones cuando estas son arbitrarias o ilegales, de allí que sea obligatorio, entonces, primero interponer el reclamo de ilegalidad en sede municipal y, sólo cuando la resolución es desfavorable a los intereses del reclamante o ante el silencio de la administración, esté podrá interponerlo en sede jurisdiccional.

Considerando lo dicho, podemos concluir que la existencia de este recurso dice relación con el control externo de la actividad municipal, principalmente respecto del contenido de sus Resoluciones, las cuales, además, estarán a disposición del público y deberán ser publicadas en los sistemas electrónicos o digitales de que disponga la municipalidad, facilitando su acceso; de allí entonces que, las personas afectadas, es decir, a quienes la dictación de alguna de estas Resoluciones les ha

³⁷ PONCE DE LEÓN (2018), pp. 107 y 108.

³⁸ HUIDOBRO (2011), p. 100. Así, ya en 1859 se decía que cualquier ciudadano tiene derecho a reclamar contra los acuerdos o resoluciones municipales dictadas sobre negocios que no sean de su competencia, "o en que se ha excedido de sus atribuciones, o que se contraría una Lei o disposición dictada por la autoridad competente. Si la Municipalidad, ante quien se interpone el reclamo, resuelve declarando legal o lejítimo el acuerdo, puede el reclamante ocurrir al Consejo de Estado para que resuelva".

³⁹ HUIDOBRO (2011), p. 101.

⁴⁰ HUNTER (2014), pp.193. Este autor explica que "por un lado, concede legitimación popular cuando la resolución u omisión estimada ilegal afecta el interés general de la comuna y, por el otro, si el acto u omisión agravia a un ciudadano particular solo este puede deducir la reclamación. Se trata de un contencioso administrativo centrado en la tutela de derechos e intereses legítimos, cuyo agravio se debe justificar por el impugnante en el proceso jurisdiccional, en oposición a la reclamación judicial centrado en el acto".

⁴¹ Sobre el mismo punto, se ha dicho que se "presentan dos alternativas. Por un lado, el reclamo lo puede interponer cualquier particular", invocando el interés general de la comuna respectiva. En este caso se ha entendido que se consagra en la norma una verdadera "acción popular". El otro legitimado, es el particular agraviado, entendiéndose en este caso que el referido agraviado deberá acreditar a lo menos algún interés para la interposición del reclamo". MORALES (2018), p. 45.

lesionado un interés subjetivo, tienen el legítimo derecho de reclamar en la forma expresada en el párrafo anterior.

Al respecto nuestro la Corte Suprema ha señalado que este reclamo “*por su naturaleza y por así decirlo la ley, no requiere un derecho subjetivo lesionado, sino que basta con tener un interés legítimo. Es necesario resolver cuál es éste para el caso de autos a partir de la distinción que establece la Ley de Municipalidades y cuyos alcances es necesario determinar. En efecto, la letra a) del artículo 151 citado otorga la acción a cualquier particular, contra actos que afecten el interés general de la comuna, dentro del plazo de treinta días desde la fecha de publicación del acto impugnado, tratándose de resoluciones. Por otro parte, la letra b) del mismo artículo otorga idéntica acción al particular agraviado, dentro del mismo plazo, contado desde la notificación*”.⁴²

En este orden de ideas, nos parece relevante que se deje claramente establecido que para ejercer este reclamo de ilegalidad basta con tener un interés subjetivo legítimo y que cualquier persona o quien se encuentre específicamente afectado pueda ejercerlo. Por lo mismo, pareciera ser que este reclamo tiene la naturaleza de una acción pública; sin embargo, es útil hacer el distingo entre acción popular y acción pública, básicamente, porque la segunda requiere, de todas maneras, un interés (legítimo), y la primera es propiamente una acción popular, donde cualquier pueda interponerla, sin que necesariamente tenga interés. Un ejemplo de este tipo de acciones es la regulada en el artículo 2333 del Código Civil, según el cual: “*Por regla general, se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas (...)*”. En ese sentido, la acción de reclamación de ilegalidad municipal, debe ser interpuesta siempre invocando un interés, aun cuando se utilice la expresión “pública”, ya que dicha calidad solo dice relación con el sujeto activo; pero no es propiamente una acción popular, como el ejemplo citado, donde no es requisito tener interés, en los términos clásico del Derecho Civil.

Desde el punto de vista de los plazos para su interposición, consideramos que los 30 días hábiles en sede administrativa contados desde la comunicación del acto administrativo respectivo,⁴³ y en su fase judicial los 15 días contados desde el rechazo del reclamo,⁴⁴ permite ejercer adecuadamente el derecho consagrado en la normativa en análisis, resguardando el derecho fundamental a la tutela judicial, ya que si bien, en sede administrativa no se exige patrocinio de abogado, sí se requiere para la sede jurisdiccional, aplicando las reglas generales. Entonces, el plazo regulado en la ley, es prudente

⁴² Sentencia de la Corte Suprema de fecha 26 de noviembre de 2013, rol 5343-2013, citado por MORALES (2018), p. 45.

⁴³ Sobre ello, la Corte Suprema ha resuelto que “*en este evento, de actos no publicados ni notificados, la solución es que el plazo de treinta días debe contarse desde la dictación del acto, lo que no puede ser de otra manera, ya que y salvo que se rechace la posibilidad de accionar, la única otra solución sería que el plazo se cuente desde que se tuvo conocimiento del acto, lo que resulta contradictorio con la naturaleza misma del reclamo de ilegalidad y la certeza jurídica necesaria*” (Sentencia de fecha 18 de noviembre de 2013, ROL N°377-2012, citado por MORALES (2018), p. 50).

⁴⁴ Del mismo modo, citando nuevamente al profesor MORALES (2018), p.50, la Corte Suprema ha especificado que “*el plazo se cuenta desde la fecha de recepción en la Municipalidad del reclamo, y si se rechaza directamente o no se pronuncia dentro del término de 15 días, el reclamante posee idéntico plazo para recurrir a la Corte de Apelaciones respectiva, sin que sea necesario para ello el certificado del secretario municipal, porque el plazo no se cuenta desde la fecha en que éste sea expedido, dado que dicho atestado no equivale a una declaración de rebeldía sino que se considera rechazado en la forma previamente citada, esto es, por el solo ministerio de la ley*”.

para una persona que concurre sin representación judicial letrada considerando que en sede administrativa los días inhábiles abarca los días sábados, los domingos y los festivos (artículo 25 de la Ley N°19.880), y que en sede judicial los días hábiles son los no feriados (artículo 59 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil).

Ahora bien, respecto del plazo, considero que su cómputo debe efectuarse desde la notificación del acto administrativo respectivo, y no desde que se dicta, sin perjuicio de los efectos inmediatos de los actos administrativos, toda vez que contar el plazo de forma incorrecta afectaría a los fines de la tutela judicial.⁴⁵ Lo anterior, sobre todo considerando que se puede colegir una cierta tendencia hacia la formalidad en la interposición de este reclamo, atendida la uniformidad jurisprudencial de considerar este reclamo como formal, requiriendo mayores exigencias que las que se contemplan en la propia norma. Hay jurisprudencia que ha entendido que el reclamo de ilegalidad tiene un carácter formal, semejante al recurso de casación, lo que exigiría señalar con exactitud las normas jurídicas infringidas y el modo en la que esta se produce.⁴⁶

Así entonces, el reclamo de ilegalidad municipal parece haber sido concebido adecuadamente desde la óptica de la tutela judicial, por cuanto en una de las dos hipótesis de interposición da lugar a acción popular (pero con un interés determinado), cuestión que es de suma relevancia tratándose de decisiones de autoridad que afectan a toda la comunidad, ya que facilita la interposiciones de reclamaciones frente a sus decisiones; por otro lado, la norma establece plazos razonables para su interposición, tanto en sede administrativa como en sede judicial, y más aún, una vez tramitado en la Corte de Apelaciones respectiva, ésta tiene amplias facultades para resolver el reclamo de ilegalidad, ya que puede decretar la anulación total o parcial del acto, la orden para que la Municipalidad rectifique, corrija, subsane la omisión, o reemplace la resolución anulada; además, podría ordenar el envío de los antecedentes al Ministerio Público si estima que puede haber un delito en la infracción detectada, según lo que ha resuelto la Excma. Corte Suprema,⁴⁷ y así opera en la práctica judicial que resuelve sobre este recurso.

⁴⁵ HUNTER (2014), pp. 200 y 201. Este autor expone que *“una interpretación que permita hacer efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva debería descartar dos extremos: el primero es que el cómputo del plazo no puede arrancar desde la dictación, pues la vigencia del acto no constituye un presupuesto lógico a partir del cual se pueda presumir o inferir el conocimiento de un acto. La vigencia no produce el efecto de la notificación o publicación. El tercero ni siquiera tiene noticia de que se va a dictar un acto que lo perjudica. El segundo evento que también debe descartarse es que el cómputo del plazo se inicie desde que se toma conocimiento real y efectivo del acto y de los antecedentes que lo justifican. Una regla de esta naturaleza no es desproporcionada para los fines que se quieren conseguir, y además no es exigible prácticamente en ninguna parte de nuestro ordenamiento jurídico (...) si un ciudadano no conoce la existencia del acto administrativo entonces carece de necesidad actual de tutela jurisdiccional, esto es, de interesse al agere. La noción de “interés” quiere aludir a la existencia de una lesión al derecho o interés legítimo y la consecuente necesidad, que emerge de dicha lesión, de obtener la tutela jurisdiccional”*.

⁴⁶ HUNTER (2014), p. 201. El profesor HUNTER expone en su trabajo una serie de interpretaciones que denomina como situación de “caos”, respecto de diversos aspectos del reclamo de ilegalidad municipal, que inciden directamente en el análisis que este trabajo pretende desarrollar, y los fundamenta con citas de diversos fallos de nuestros Tribunales.

⁴⁷ *Inmobiliaria Santa Anita con I. Municipalidad de Lo Barnechea* (2012).

IV. CONCLUSIONES

El objetivo de este trabajo era doble, ya que por una parte buscamos establecer o construir un concepto o ideas esenciales sobre la tutela judicial, relacionándola con el acceso a la justicia y debido proceso, entregando una propuesta de conceptual e identificando sus elementos; para, así, extrapolar su contenido ante el Reclamo de Ilegalidad Municipal de la Ley N°18.695, en cuanto se trata de un procedimiento administrativo especial, que se ejerce ante la autoridad edilicia y luego en la Corte de Apelaciones respectiva donde se ventila el contencioso-administrativo propiamente tal.

Luego de haber expuesto, de forma descriptiva, lo que ha dicho la doctrina comparada y nacional sobre la tutela judicial, y haber citado los principales tratados internacionales ratificados por Chile, donde ésta se contempla, se presentaron sus efectos o alcances, en base al concepto entregado, con la finalidad de llevar dicho contenido al procedimiento administrativo especial referido. Lo anterior, tomando en consideración el hecho que no existan Tribunales Contenciosos Administrativos en nuestro medio, lo que dificulta a los ciudadanos ejercer reclamaciones en sede judicial contra las decisiones que la Administración adopta, y que lesionan sus intereses subjetivos. Como hemos dicho en este trabajo, además, la revisión y control judicial de las decisiones de los órganos de la administración del Estado, es una manifestación del Estado de Derecho y una consagración del Principio de Juridicidad. Así, la Tutela Judicial se erige como un mecanismo de resguardo ante actividades abusivas o arbitrarias de la administración.

En concreto, me parece que la actual regulación del reclamo de ilegalidad municipal es fruto de una evolución que desde antiguo ha establecido la posibilidad concreta de reclamar en contra de las decisiones de las Municipalidades cuando estas adolecen de alguna ilegalidad o arbitrariedad, permitiendo un control de su actividad que produce consecuencias jurídicas reales, y que influye directamente en el modo cómo se dirigen y administran estos servicios comunales. La amplitud vinculada con la legitimidad activa para su interposición permite suponer que existirá una mayor inclinación al logro del respeto por la Tutela Judicial. Las decisiones que adopten los municipios y los órganos de la Administración del Estado, en general, deben contener un análisis razonado, apegado a derecho y fundado, tal como lo ha resuelto la Contraloría,⁴⁸ aun cuando, en la práctica, existe una inclinación a la interposición de recursos de protección,⁴⁹ principalmente debido a su tramitación más breve y expedita.

La tramitación en la interposición de reclamaciones en contra de las decisiones de la administración, tanto en sede administrativa como judicial, debe orientarse en resguardar la tutela judicial, que su regulación permita a los ciudadanos, efectivamente, evitar indefensión ante la afectación de sus

⁴⁸ Dictamen N° 78.692, de fecha 26 de octubre de 2016.

⁴⁹ Así lo exponen los profesores FERRADA, et al (2003), p. 67. En este texto, los autores exponen que “el Recurso de Protección se ha utilizado como un mecanismo procesal para tutelar ampliamente los derechos de los ciudadanos frente a la Administración, ampliándose –a partir de interpretaciones extensivas de las cláusulas generales de ciertos derechos fundamentales– a derechos subjetivos e intereses legítimos no amparados por esta vía procesal. En este sentido, el Recurso de Protección ha servido, aparentemente, más que como instrumento de tutela de derechos fundamentales, como vía de control de legalidad de la actuación administrativa”. Esta conclusión genera diversos problemas, ya que la naturaleza jurídica del Recurso de Protección es servir como una herramienta de protección eficaz de derechos indubitados, de carácter sumario, y urgente, no como un nuevo juicio de lato conocimiento donde se discutan nuevamente los derechos sustantivos objeto de los pleitos en que en ellos incide su resultado.

derechos. En Chile, al no existir Tribunales Contenciosos Administrativos, el conocimiento de estas acciones se entrega a la jurisdicción ordinaria, con base en la regulación contenida en el Código de Procedimiento Civil, cuestión que dificulta el logro del objetivo señalado, no solo por la demora en su gestiones,⁵⁰ sino que por la falta de una jurisdicción especializada en aplicar un derecho distinto de aquel que regula la actividad de los particulares, lugar donde debe existir un criterio y conocimiento suficientes para desarrollar las normas de control de la Administración, cuestión que ciertamente tiene como finalidad única el logro efectivo de la Tutela Judicial.

Finalmente, quisiéramos concluir que la tutela judicial se ha tratado, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial como una garantía que debe respetarse y exigirse en sede judicial, y no en los procedimientos administrativos que se tramitan ante los propios órganos de la administración, toda vez que las actuaciones de estos no tiene el carácter de “jurisdiccional” y no se encuentran, entonces, obligados a dicho estándar. En ese sentido, como hemos dicho en este trabajo, la revisión de la actividad administrativa (control externo) por parte de los Tribunales es una manifestación del Principio de Juridicidad, contemplado en el artículo 7° de la Constitución y una consecuencia del Principio de igualdad ante la ley que deriva del artículo 1° y 19 N°2 del texto constitucional; por tanto, considerando la tutela judicial, como garantía frente a los ciudadanos al momento de ejercer reclamaciones en contra de las actuaciones de la Administración del Estado (en general) y de las Municipalidades (en particular), permitiría, con matices, exigirla no solo en sede jurisdiccional sino que también en sede administrativa, construyendo así una teoría al respecto que oriente y configure la regulación de los recursos administrativos cuando el actuar arbitrario o ilegal del Estado vulnere los intereses subjetivos legítimos de las personas.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina Citada

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2008): *Derechos Fundamentales*, (Santiago, editorial Legal Publishing Thomson Reuters).
- ARAUJO-OÑATE, Rocío Mercedes (2011): “Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión del Derecho Comparado” en: *Revista Estudios Socio-jurídicos* (vol. 13 N°1).
- AYLWIN AZOCAR, Patricio (1990): “Efectos de la Reforma del Art. 38, Inciso 2°, de la Constitución Política Sobre Régimen de lo Contencioso Administrativo” en: *Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales* (vol. 13 N°1).
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés; FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2008): “El Derecho fundamental a la Tutela Judicial del ciudadano frente a la Administración del Estado”, en: *Revista De Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile* (N°2).

⁵⁰ Así lo evidencia un Estudio realizado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), disponible en <https://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Estudio-Trayectorias-Causas-Civiles-en-Tribunales-Civiles-Santiago.pdf>

- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2011): “Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el Derecho a la Tutela Judicial”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 38 N°2).
- FERNÁNDEZ RICHARD, José (2007): *Derecho Municipal Chileno*, 2ª edición actualizada (Santiago, editorial jurídica de Chile).
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos; BORDALÍ SALAMANCA, Andrés; CAZOR ALISTE, Kamel (2003): “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: Una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”, en: *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile* (Vol. XIV).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2015): *Curso de Derecho Administrativo*, 17ª edición (España, editorial Civitas – Thomson Reuters), t. I.
- GARCÍA, Gonzalo; CONTRERAS, Pablo (2013): “El Derecho a la Tutela Judicial y al Debido Proceso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en: *Estudios Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca* (vol. 11 N°2).
- GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta (2006): “Los derechos fundamentales de naturaleza procesal en la Unión Europea: Protección y Contenido”, en: *Revista de Derecho de la Unión Europea* (N°11).
- HUIDOBRO SALAS, Ramón (2011): *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III “Derecho y Administración Comunal” (Santiago, Legal Publishing),.
- HUNTER AMPUERO, Iván (2014): “Reclamo de ilegalidad municipal en la jurisprudencia: caos interpretativo y criterios dudosos”, en: *Revista de Derecho* (vol. XXVII, N° 2, diciembre).
- MORALES ESPINOZA, Baltazar (2018): *Actos Administrativos* (Santiago, DER Ediciones, Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial).
- PINOCHET CANTWELL, Francisco José (2017): *El Recurso de Protección. Estudio profundizado y actualización sobre sus orígenes, evolución, doctrina, jurisprudencia y derecho comparado* (Santiago, Editorial De Derecho, Editorial El Jurista).
- PIERRY ARRAU, Pedro (1981): “Lo contencioso administrativo en la Constitución Política de 1980. Competencia del poder judicial hasta la dictación de la ley”, en: *Revista de Derecho Público Universidad de Chile*, (N° 29/30 Ene/Dic).
- PONCE DE LEÓN SALUCCI, Sandra (2018): *Jurisprudencia contencioso-administrativa. El control de la administración por los tribunales ordinarios y especiales. Procedimientos aplicables* (Santiago, DER Ediciones, Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial).
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis (1984): “El Derecho a la Tutela Jurisdiccional, comentario al libro de Jesús González Pérez”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional* (año 4 número 10, enero-abril).
- VARGAS PAVEZ, Macarena; FUENTES MAUREIRA, Claudio (2017): *Introducción al Derecho Procesal. Nuevas aproximaciones* (Santiago, DER Ediciones).

Jurisprudencia citada

- Eduardo Sánchez Eyquem (2010): Tribunal Constitucional, 29 de enero de 2010, Rol 1445-09 INA. Inmobiliaria Santa Anita con I. Municipalidad de Lo Barnechea (2012): Corte Suprema, 22 de noviembre de 2012, rol N° 5286-2010.
- Sociedad Agrícola Vásquez Limitada con Fisco de Chile (2017): Tribunal Constitucional, 11 de junio de 2019, Rol 5257-18 INA.

Nel Greeven Bobadilla, Jueza Titular del Juzgado de Familia de Pudahuel (2019): Tribunal Constitucional, 13 de junio de 2019, Rol 4572-18 INA.

Plaza Estación S.A. con Comercializadora de Vestuario Yenny Oyarce Flores (2019): Tribunal Constitucional, 13 de junio de 2019, Rol 5849-18 INA.

Espinoza Morales, Carlos con Fisco de Chile (Servicio Nacional de Menores) (2019): Tribunal Constitucional, 20 de junio de 2019, Rol 6089-19 INA.

Fisco de Chile, Consejo de Defensa del Estado con Caja de Ahorros de Empleados Públicos (2019): Tribunal Constitucional, 25 de junio de 2019, Rol 5437-18 INA.

