

# EL DETERIORO DEL CONTROL JURISDICCIONAL SOBRE LOS DECRETOS SUPREMOS

GABRIEL BOCKSANG HOLA

**RESUMEN:** La sentencia *Poblete Novoa*, de 3 de agosto de 2016, muestra un debilitamiento del control jurisdiccional sobre los decretos supremos, respecto de los cuales está deviniendo improcedente el ejercicio de la acción de protección. A una línea argumentativa principal, la de la especialidad de acciones, la Corte añade dos complementarias; y, sumadas todas ellas, parece constatarse un movimiento restrictivo de alcances generales en torno al control de estos actos administrativos, que parece no fomentar el respeto a la juridicidad, el resguardo de los derechos de las personas ni el debido equilibrio de las funciones estatales.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. La argumentación principal: el (pseuo) criterio de la especialidad de acciones. 2.1. La introducción de la especialidad en la acción de nulidad de derecho público. 2.2. La prolongación de la especialidad en la acción de protección. 3. Las argumentaciones accesorias. 3.1. La argumentación procedimental: la existencia de un control *ex ante* de juridicidad. 3.2. La argumentación conceptual: la naturaleza del reglamento. 4. Conclusión.

## 1. INTRODUCCIÓN

Una breve sentencia de la Corte Suprema recaída sobre una acción de protección –*Poblete Novoa*, de 3 de agosto de 2016, rol n° 23.725-2016– encierra, a nuestro juicio, claves importantes para comprender el estado del contencioso-administrativo en Chile y el nivel de protección de los derechos de las personas frente a las actuaciones eventualmente antijurídicas de los órganos de la Administración del Estado.

En ella confluyen factores explícitos e implícitos que constituyen una campanada de alarma respecto de la degradación en la efectividad del control concerniente a las actuaciones de las autoridades públicas, y más específicamente del que cabría ejercer sobre los decretos supremos.

Los hechos que motivaron la sentencia son los siguientes. El artículo 27 de la Ley n° 18.892, General de Pesca y Acuicultura,

cuya nueva redacción fue introducida por la ley n° 20.657, de 9 de febrero de 2013, dispuso que “en los casos que una determinada pesquería sujeta a régimen de plena explotación y administrada con cuota global de captura, se encuentre en un nivel igual o superior al 90 por ciento de su rendimiento máximo sostenible, se iniciará un proceso de pública subasta de la fracción industrial de la cuota global”. Luego de establecer ciertos criterios generales relativos a este procedimiento, añadía el mismo artículo que “el reglamento determinará los procedimientos de la subasta y el establecimiento de los cortes de los derechos a subastar que permita un adecuado acceso a la actividad pesquera extractiva de que se trate incluyendo a las empresas pequeñas y medianas de conformidad con la definición de la ley N° 20.416”.

En ejercicio de dicha remisión, el Supremo Gobierno emitió el Decreto Supremo n° 103 de la Subsecretaría de Pesca, Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, publicado en el *Diario Oficial* con fecha 21 de octubre de 2015. La demandante, una pescadora artesanal, entendió que existía una disconformidad entre el tenor de la ley y el del reglamento, al establecer este “lotes reservados para ser adjudicados de manera exclusiva a las pequeñas y medianas empresas, sin que ello tenga sustento legal”, no existiendo, a su entender, “norma legal que faculte al poder ejecutivo, mediante el decreto supremo, a imponer restricciones de acceso y realizar una diferenciación caprichosa en la asignación de manera exclusiva a ciertos agentes del mercado”. Con ello, según la actora, se infringía el principio de libre concurrencia e igualdad de los oferentes, contenido en el artículo 9° de la ley n° 18.575, así como el principio de fundamentación de los actos administrativos que prevé el artículo 11 de la ley n° 19.880. Entendiendo violar todo ello las garantías constitucionales del art. 19 n° 2 (igualdad ante la ley), 19 n° 21 (libre iniciativa en materia económica) y 19 n° 22 (no discriminación arbitraria del Estado en materia económica), solicitó se dejase o se ordenase dejar sin efecto el reglamento impugnado, al menos en la parte cuya juridicidad se combatía.

En la sentencia de primera instancia, la Corte de Apelaciones de Concepción rechazó lo pedido por la parte demandante, bajo consideraciones de orden sustantivo. Elevados los autos en apelación a la Corte Suprema, esta confirmó el fallo del tribunal *a quo*, pero bajo argumentaciones formales que resultan muy cuestionables y que convendrá examinar sucesivamente, pues tanto el razonamiento ex-

presado como el resultado del juicio parecen apuntar a una merma del derecho a defensa por parte de los interesados, y a un debilitamiento del Estado de Derecho<sup>1</sup>.

En el presente comentario se explicará, en primer lugar, que la argumentación principal esgrimida por la Corte Suprema se radica en la invocación del (pseudo)criterio de la especialidad de acciones (2), cuyas consecuencias sobre el régimen jurídico de la Administración están siendo perceptibles desde hace algunos años. Tal argumentación se ve, además, complementada con dos argumentaciones secundarias que parecen configurar un deterioro global del régimen de control jurisdiccional de los decretos supremos (3).

## 2. LA ARGUMENTACIÓN PRINCIPAL: EL (PSEUDO) CRITERIO DE LA ESPECIALIDAD DE ACCIONES

Para nadie es un misterio que la especialidad es un criterio relevante en la aplicación e interpretación de las normas que conforman un ordenamiento jurídico. Suele sostenerse que el caso más representativo de la especialidad en el derecho chileno está dado en el artículo 4° del Código Civil, por el cual “las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejército y Armada, y demás especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código”.

En efecto, tal principio significa que “en el conflicto entre una norma general y una especial, prevalece y se aplica la especial, que también se puede expresar de otro modo, en orden a que la norma especial deroga en su caso a la general”<sup>2</sup>. Así lo ha entendido la Corte Suprema, al estimar que “el principio de especialidad impele a una búsqueda de la norma especial, toda vez que de no existir, se abre la procedencia de la prescripción de carácter general”<sup>3</sup>.

Este criterio de especialidad ha sido invocado recientemente con el objeto de alterar el régimen de acciones contencioso-administrativas, por cuanto, de acuerdo a la Corte, esta técnica normativa

<sup>1</sup> No nos detendremos en la fórmula, que esta sentencia emplea, de los derechos “pre-existentes e indubitados” como criterio de procedencia de la acción de protección –v. gr., *Servimaquila Limitada con Servicio de Impuestos Internos* (2004)–, por ser de espectro más amplio que el del control de los decretos supremos.

<sup>2</sup> GUZMÁN BRITO (2007) p. 154.

<sup>3</sup> *CMA CGM S. A. con Cultivos Marinos Internacionales S.A.* (2012).

permitiría depurar el régimen chileno, excluyéndose acciones “generales” al preverse en la normativa acciones “especiales”. Ante lo anterior, conviene tener presente que, en nuestro derecho reciente, la invocación de la especialidad de acciones fue introducida para coartar el ejercicio de la acción constitucional de nulidad de derecho público (2.1), antes de replicarse idéntico razonamiento para obstaculizar el ejercicio de la acción constitucional de protección de garantías fundamentales (2.2).

### **2.1. La introducción de la especialidad en la acción de nulidad de derecho público**

La Corte Suprema adujo en 2011 fundarse sobre el criterio de especialidad para zanjar ciertas dificultades derivadas del tratamiento procesal de la invalidez de los actos administrativos. En efecto, reconociendo la existencia de la acción constitucional de nulidad de derecho público, y advirtiendo al mismo tiempo que ciertas leyes contemplaban mecanismos especiales de impugnación de la legalidad de algunos actos, entendió que entre ambas esferas existía una relación de género a especie, la que debía resolverse mediante la aplicación del criterio de especialidad:

“Segundo: Que aún cuando la llamada acción de nulidad de derecho público deriva de las normas de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, que solo previenen el deber de adecuación al Derecho, *debe entenderse como una acción de carácter general, esto es, inespecífica*, hábil para reclamar toda falta de validez por motivos sustantivos. De lo anterior se sigue que cuando el legislador ha regulado la materia de modo especial, por aplicación del artículo 13 del Código Civil ha de preferirse esta preceptiva porque se trata de una misma situación que dispone de dos leyes que parecen aplicables”<sup>4</sup>.

Tal como advertimos en su momento<sup>5</sup>, en dicha sentencia resulta interesante la invocación del artículo 13 del Código Civil, pues aunque este plasma de modo palmario un criterio de especialidad, su alcance no parece tan conciliable con la situación materia del

<sup>4</sup> Díaz Guajardo con Fisco (2011). Las cursivas son nuestras.

<sup>5</sup> BOCKSANG HOLA (2012) pp. 267-268.

pleito. La regla consistente en que “las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición” no responde cómodamente a la interacción entre dos normas contenidas en dos leyes distintas<sup>6</sup>. La invocación de este artículo para restringir el ámbito de la acción constitucional de nulidad siguió verificándose con posterioridad. En 2015, por ejemplo, la Alta Jurisdicción sostuvo que “al resolver de esa manera los falladores contravinieron, asimismo, lo prevenido en el artículo 13 del Código Civil, puesto que, con infracción del principio de especialidad de la ley allí consagrado, concluyeron que la acción de nulidad de derecho público intentada en autos era procedente”<sup>7</sup>.

La referida sentencia *Díaz Guajardo* abrió la vertiente de la exclusión de la acción de nulidad de derecho público en materia de regularización de la posesión de la pequeña propiedad raíz, a la luz del procedimiento contemplado en los artículos 18 a 26 del DL 2695. Su artículo 30 prevé que “la oposición [a la solicitud] deberá deducirse ante el Servicio dentro del plazo de treinta días hábiles, contado desde la última publicación a que se refiere el artículo 11°”. De acuerdo a este fallo, la acción imprescriptible<sup>8</sup> se ve excluida en beneficio de la acción cuya prescripción es de treinta días, ya que la primera sería general frente a la especialidad de la segunda. Con posterioridad la Corte ha reiterado esta jurisprudencia<sup>9</sup>.

Podría pensarse que no habría gran daño para el régimen contencioso-administrativo chileno, pues la exclusión de la procedencia de la acción de nulidad de derecho público sería meramente puntual, circunscribiéndose a situaciones recursivas muy específicas: por ejemplo, a más de la del DL 2695, la de las reclamaciones contra

<sup>6</sup> BARRIENTOS GRANDON (2016), t. I, p. 121. *Contra*, GUZMÁN BRITO (2007) P.163-168, que intenta salvar el rol sistemático general que jugaría el artículo 13 en el ordenamiento jurídico chileno.

<sup>7</sup> *Beltrán Romero con Fisco* (2015).

<sup>8</sup> *V. gr.*, *Vinor S.A. con Fisco* (2013): “la nulidad de derecho público de que se trata en virtud de las disposiciones constitucionales que la consagran tiene las características de insanable e imprescriptible y por ende no cabe aceptar la excepción del Fisco en este sentido”. Sobre los orígenes históricos de la nulidad de derecho público en Chile, que se constatan en el derecho patrio desde 1811, véase BOCKSANG HOLA (2015b), pp. 589-631.

<sup>9</sup> *Inmobiliaria Las Delicias S.A. con Fisco* (2015); *Muñoz Rodríguez con Fisco* (2015).

resoluciones sancionatorias del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones<sup>10</sup>.

Sin embargo, la Corte Suprema se ha encargado de extender la lógica de *Díaz Guajardo* en un modo que dista de ser inocuo. Ello tanto horizontal como verticalmente, protagonizando una metástasis multidireccional de la aplicación de este criterio.

Una primera metástasis *horizontal* de la teoría de la especialidad de acciones se refiere a que están quedando privadas de la acción constitucional de nulidad de derecho público áreas bastante considerables de la actividad de la Administración. Así, la interferencia del criterio ha dejado de ser puntual. De estas áreas, la más importante en términos prácticos es la municipal. La Alta Jurisdicción está entendiendo que la existencia del reclamo de ilegalidad municipal, previsto en el artículo 151 de la ley n° 18.695, hace improcedente el ejercicio de la acción constitucional de nulidad de derecho público, en aplicación de un criterio de especialidad material. En palabras de la Suprema Corte, “cuando existe una acción contenciosa administrativa ‘de nulidad de derecho público’ contemplada en la ley, se aplica esta y con el procedimiento allí establecido, y no otra. Sin embargo, si la ley no contempla ningún procedimiento o acción especial para impugnar el acto administrativo solicitando su anulación, se puede utilizar el procedimiento del juicio ordinario”<sup>11</sup>. Resulta casi fútil subrayar que esta línea de razonamiento también conduciría a la exclusión de la nulidad de derecho público respecto de los actos emitidos por los Gobiernos Regionales, dada la existencia del reclamo de ilegalidad regional en el artículo 108 de la ley n° 19.175<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Vía recursiva contemplada en el artículo 36 A de la ley n° 18.168. Véase *Fisco con Complejo Manufacturero de Equipos de Telecomunicaciones SACI* (2012).

<sup>11</sup> *Muñoz Gómez con Municipalidad de Puerto Montt* (2016). En igual sentido, *Vásquez Encina con Municipalidad de La Reina* (2012).

<sup>12</sup> Como si ello fuera poco, pueden hallarse algunos signos aún más preocupantes en nuestra jurisprudencia. Existe una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en que se declaró improcedente el ejercicio de la acción de nulidad de derecho público, al entender aquella existir una arbitrariedad que no configuraba una ilegalidad. De acuerdo a lo expuesto por la Corte, en tal caso, la única acción procedente sería la acción de protección de garantías constitucionales: “los planteamientos del demandante dicen relación, más que con la legalidad de los referidos actos, con su arbitrariedad, materia que escapa a la acción ordinaria de derecho público, deducida en la especie, existiendo al efecto la acción regulada en el artículo 20 de la Carta Fundamental, la que en la especie no se ejerció”: *Mancilla Hernández con Fisco* (2009). Como bien puede intuirse,

Pero hay una segunda metástasis, *vertical*, de la teoría de la especialidad de acciones. Ella apunta a que se está considerando como “acción especial” la existencia de recursos administrativos (es decir, los que son conocidos y resueltos en sede administrativa), obstando con ello al ejercicio de las acciones jurisdiccionales. Así se ha entendido, por ejemplo, en materia estatutaria de las Fuerzas Armadas, cuyo régimen laboral prevé una apelación administrativa en contra de resoluciones adoptadas por las Juntas de Selección (artículo 106 del DFL n° 1 de 1997, Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas). Frente a estos casos, la Corte Suprema ha entendido que la existencia de dicha apelación hace improcedente el ejercicio de la acción de nulidad de derecho público<sup>13</sup>. Ello, como puede advertirse, se halla en contravención de lo dispuesto en el artículo 10° de la ley n° 18.575, que distingue la vía recursiva administrativa de la jurisdiccional, y que jamás plantea que, procediendo la primera, se haría improcedente la segunda. Ni siquiera el artículo 54 de la ley n° 19.880, aun previendo una suerte de bifurcación impugnatoria, propuso una solución de ese cariz. Así, pareciera que la Corte Suprema intentó excluir la aplicación de la nulidad a fin de no promover cuestionamientos permanentes sobre el contenido de las decisiones de selección en materia militar; pero, como se ha señalado, la solución propuesta es inadecuada, ya por plantear una estructura impugnatoria antijurídica, reñida con nuestro orden administrativo<sup>14</sup>.

---

este criterio –que debiera ser descartado de plano, por asumir que los órganos del Estado tendrían “autoridad o derechos” (art. 7° inciso segundo de la Constitución) para actuar arbitrariamente– les permitiría a los tribunales alterar de por sí y con muchísima flexibilidad la procedencia o improcedencia de la acción de nulidad de derecho público. Afortunadamente, a nuestro conocimiento, esta línea jurisprudencial –que SOTO KLOSS (2013) p. 119 calificó como “sorprendente”– nunca fue retomada.

<sup>13</sup> *Beltrán Romero con Fisco* (2015).

<sup>14</sup> La solución para este caso residía en norma explícita, que la Corte no advirtió: el artículo 26 de la ley n° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, que prevé que “las Juntas de Selección y Apelación de las Fuerzas Armadas son soberanas en cuanto a las apreciaciones que emiten sobre la idoneidad, eficiencia profesional y condiciones personales de los calificados, no correspondiendo a otros organismos ajenos a las respectivas instituciones castrenses la revisión de los fundamentos de sus decisiones”. Es una disposición especial de rango orgánico-constitucional, al igual que el artículo 10 de la ley n° 18.575. Y, por lo tanto, ni siquiera Contraloría General de la República puede examinar esta materia (*v. gr.*, dictámenes n° 57.388-2005 y 49.884-2008). Pero esta “soberanía” solo procedería respecto de las “apreciaciones que emiten sobre la idoneidad, eficiencia profesional y condiciones personales de los calificados”, es decir, en el ejercicio legítimo de su discrecionalidad en la apreciación de los antece-

Hasta cierto punto, ambas metástasis proyectan una apariencia de solidez en torno a la especialidad de acciones. Sin embargo, debe tenerse presente que, en la forma planteada por la Suprema Corte, esta teoría aplicada sobre la acción de nulidad de derecho público ni siquiera se sostiene desde un punto de vista formal. No es que tenga pies de barro; ni siquiera tiene pies. En realidad, desde *Díaz Guajardo*, y a través de todas sus prolongaciones, esta teoría no ha sido construida en aplicación de un criterio de especialidad, sino que de un criterio de *pseudo-especialidad*, que seduce porque aparentemente lo respeta. Pero en realidad lo transgrede.

En efecto, el criterio de especialidad se aplica legítimamente cuando “se encuentran en oposición dos normas de la misma jerarquía”; por el contrario, si las normas son de diferente jerarquía, prevalece la norma superior<sup>15</sup>. Y en Chile —huelga recordarlo— impera el principio de la supremacía constitucional, en aplicación del artículo 6° de la Constitución de 1980: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”.

Así, en la relación entre una norma constitucional general y una norma infraconstitucional especial, solo caben dos soluciones. La primera es que ambas sean esencialmente contradictorias; en tal caso, la norma infraconstitucional es la que queda fuera del ordenamiento jurídico. La segunda es que sean conciliables, en el sentido que la norma infraconstitucional complemente a la norma constitucional; en tal caso, ambas tienen vigor en el ordenamiento jurídico, pero debiendo excluirse cualquier interpretación o aplicación que supedite la norma constitucional a la norma infraconstitucional<sup>16</sup>.

En términos prácticos, la primera de las soluciones descritas conduciría a estimar que la acción constitucional de nulidad de derecho público se opone a las normas infraconstitucionales que establecen acciones

---

dentes. Pero si una decisión de estos órganos violara la legalidad, ella sí sería revisable en otras instancias por los mecanismos establecidos en el ordenamiento jurídico.

<sup>15</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ *et al.* (1998) p. 57.

<sup>16</sup> Sobre el problema de la relación entre Constitución y ley, consúltese a SILVA IRRÁZVAL (2016), *in totum*. Aun admitiendo este autor que la ley puede incidir en la determinación del alcance de las disposiciones constitucionales, jamás plantea una subordinación de la Constitución a la ley, sino que una complementariedad cuando ella es posible: “la dimensión legal de la supremacía constitucional significa que, *hasta cierto punto*, el sentido y alcance de la Constitución como norma para decidir un conflicto está condicionado por la ley” (p. 193).

especiales de nulidad, por lo que estas últimas debieran entenderse nulas. Por su parte, la segunda solución conduciría a desprender la coexistencia de la acción constitucional de nulidad de derecho público y de las acciones legales especiales.

Como ha podido advertirse, la solución propuesta por la Corte Suprema no es ninguna de las dos referidas; es una tercera. Ha invocado el criterio de especialidad de ciertas disposiciones de rango legal para hacer obstáculo a la aplicación de los artículos 7° y 19 n° 3 de la Constitución, que fundan la acción, imprescriptible, de nulidad de derecho público. Haciendo caso omiso de la jerarquía normativa y de la supremacía constitucional<sup>17</sup>, la sentencia ha tomado a la ley y a la Constitución como si fueran equivalentes. Así, la Constitución fue degradada a la posición de una suerte de ley general, en lugar de reconocérsele su posición de ley suprema; con lo que su función pasó a ser meramente supletoria del resto del ordenamiento legislativo “especial”, en lugar de imponérsele por su supremacía. Por ello, más que una teoría de la especialidad de las acciones, lo que se injertó fue una *pseudo-especialidad*, que, por transgredir el principio de jerarquía o prevalencia normativa que se aplica en estos casos, es contraria a derecho.

## 2.2. La prolongación de la especialidad en la acción de protección

Lo que surgió respecto de la nulidad de derecho público ha terminado contagiando a la acción de protección. Es así como la invocación de la especialidad de acciones para descartar la procedencia de la acción de protección se ha venido incubando desde hace algunos años<sup>18</sup>, en los casos en que pudieran deducirse otras vías impugnatorias, judiciales o incluso administrativas, como el recla-

<sup>17</sup> SOTO KLOSS (2015) p. 83.

<sup>18</sup> Bajo el paraguas de la restricción a la acción de protección si es que en la demanda no se constatan derechos “preexistentes e indubitados”, entendiéndose precisamente por ello los que han sido declarados como tales a partir de las acciones de los que la acción de protección es supletoria. En otras palabras –y no nos detendremos más en ello por exceder del comentario sobre *Poblete Novoa*–, esta línea ya conduce parcialmente, y podría hacerlo totalmente en el futuro, hacia transformar a la acción de protección en una acción secundaria que operaría solo cuando respecto de alguna relación jurídica exista cosa juzgada por sentencia judicial, o al menos cosa decidida por acto administrativo recaído en un procedimiento iniciado por recurso administrativo. La imposición de este requisito, atendido el tenor de la Constitución y de la ley n° 18.575, nos parece contraria a derecho.

mo de ilegalidad municipal<sup>19</sup>, el reclamo de ilegalidad regional<sup>20</sup>, la acción de amparo en el derecho a la información<sup>21</sup>, la reclamación administrativa del artículo 160 de la ley n° 18.834<sup>22</sup>, o la reclamación del artículo 12 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones<sup>23</sup>. En otras palabras, la Corte realizó un trasplante, *mutatis mutandis*, del razonamiento con el que afectó decisivamente la efectividad de la acción de nulidad de derecho público, así como de sus errores, expresados en la sección anterior.

Es aquí donde entra a jugar la sentencia *Poblete Novoa*. Su texto contiene las siguientes expresiones:

“[Considerando] Tercero. Que, tratándose de un vicio de constitucionalidad de un Decreto Supremo, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la Republica, la Reforma Constitucional del año 2005 *estableció en el N° 16 del Art. 93 una especial acción para que sea el Tribunal Constitucional quien se pronuncie sobre su constitucionalidad*, “cualquiera sea el vicio invocado”, no correspondiendo a esta Magistratura ordinaria tal pronunciamiento con carácter general...”<sup>24</sup>.

Resulta inconcuso que el criterio que proyecta su sombra sobre esta argumentación es el de la especialidad de acciones, prolongando los esquemas conceptuales desarrollados con anterioridad. Al hacer referencia a la “especial acción”, se descarta por lo tanto la “general acción”, que es la acción de protección de garantías constitucionales, contemplada en el artículo 20 de la Constitución.

Salta a la vista que aquí no puede plantearse un reproche formal como el que configuraba al criterio de especialidad respecto de la acción de nulidad como *pseudo-especialidad*, dado que violaba la supremacía constitucional. Aquí efectivamente estamos frente a dos acciones contenidas en normas de *igual jerarquía normativa*: el artículo 20 y el artículo 93 n° 16 de la Constitución.

<sup>19</sup> *Comunidad Edificio Espacio Los Leones con Municipalidad de Providencia* (2016).

<sup>20</sup> *Agrolácteos de Chiloé S.A. con Gobierno Regional de Los Lagos* (2015); *Contreras Morales con Intendente de la Región de La Araucanía* (2016).

<sup>21</sup> *Cuello Peña y Lillo con Televisión Nacional de Chile* (2015).

<sup>22</sup> *Bravo Flores con Fuentes Valdés* (2015).

<sup>23</sup> *Constructora Santa Beatriz S.A. con Municipalidad de Quinta Normal* (2016).

<sup>24</sup> *Poblete Novoa con Fisco y otros* (2016). Las cursivas son nuestras.

Así, en lo estrictamente concerniente a la jerarquía normativa, el criterio aplicado podría involucrar una especialidad propiamente tal. Empero, aun frente a esta relación horizontal Constitución-Constitución, la solución no es pulcra, a nuestro juicio, y cabe formularle reproches serios.

En primer lugar, cabe preguntarse si la acción del artículo 20 *realmente* es general frente a la acción del artículo 93 n° 16, que *realmente* sería especial. El artículo 20 tiene por objeto amparar a los afectados por “privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías” señalados en su texto. Por su parte, la acción del artículo 93 n° 16, de que conoce el Tribunal Constitucional, está descrita en los siguientes términos en nuestra Carta Fundamental:

“Son atribuciones del Tribunal Constitucional: (...) 16°. Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63”.

Aparece *ictu oculi* que el objeto de esta acción no es coincidente con el de la acción de protección. Esta es una acción especial de constitucionalidad de los decretos supremos, es decir, una acción de legalidad/juridicidad, y no una acción de amparo en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales. ¿Acaso hay una necesaria posición de especialidad en la acción del artículo 93 n° 16? ¿No podría entenderse que las violaciones a la constitucionalidad pueden ser de distintas especies (“cualquiera sea el vicio invocado”), incluyendo entre ellas la violación a las garantías fundamentales, quedando con ello *la acción de protección como especial* y la del 93 n° 16 como general, y excluyendo por lo tanto la primera a la segunda? En síntesis, mientras la acción de protección puede entenderse como dotada de una especialidad en torno al *tipo de vicio*, la acción del artículo 93 n° 16 gozaría de una especialidad en torno al *tipo de acto* comprometido.

Como puede notarse, la invocación de un mismo criterio –la especialidad– podría desembocar en una solución *exactamente inversa* a la propuesta por la Corte Suprema.

Este juego de incompetencias por supuestas especialidades parece volátil y peligroso. En cualquier materia, el criterio de especialidad debe ser manejado con extrema precaución; pero muy particularmente en la esfera procesal que la Alta Jurisdicción pretende regir con esta sentencia, toda vez que su aplicación sobre situaciones que no responden a una relación general-especial, sino a especies distintas de impugnación, podría conducir a situaciones lamentables de indefensión.

Pero este no es el único reproche que conviene esbozar respecto de la solución de la Corte. En segundo lugar, conviene tener presente que el régimen de la acción de inconstitucionalidad de decretos supremos no solo se contiene en el referido numeral del artículo 93, sino que se completa por su inciso 19°, que dispone lo siguiente:

“En el caso del número 16°, el Tribunal *solo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras* efectuado dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado. En el caso de vicios que no se refieran a decretos que excedan la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República *también podrá una cuarta parte de los miembros en ejercicio deducir dicho requerimiento*”<sup>25</sup>.

La perspectiva completa del 93 n° 16 conduce a una conclusión inevitable: se ha sentenciado que el eventual afectado no podía impugnar el decreto vía acción de protección en razón de la existencia de una “acción especial” cuya titularidad activa *no le competará jamás a él*, sino que exclusivamente a las Cámaras Parlamentarias. Este criterio no parece acertado, desde ningún punto de vista.

Para peor, cabe preguntarse qué ulteriores consecuencias se pueden derivar de una solución tan cuestionable.

¿Que un decreto supremo no puede violar jamás el ejercicio de una garantía constitucional de las enumeradas en el artículo 20, ni en grado de privación, ni de perturbación, ni de amenaza?

¿Que la vigilancia del Parlamento será necesariamente infalible, subrogándose así el control del Congreso al que anteriormente le competía a cualquier ciudadano interesado?

<sup>25</sup> Las cursivas son nuestras.

¿Que después de treinta días de emitido el acto, se perdería toda posibilidad de impugnar un decreto supremo?

¿Y habrá acaso que esperar el paso que podría seguir, es decir, que algún tribunal declare que esta acción del art. 93 n° 16 es especial frente a la acción constitucional de nulidad de derecho público, de modo que los habitantes de la República pierdan toda posibilidad de impugnar la legalidad de los decretos supremos?

Por todo lo anterior, el mensaje que la Corte comunica a través de esta decisión resulta muy preocupante. En este caso, la teoría de la especialidad de acciones está arrastrando, acaso sin realmente advertirlo la Alta Jurisdicción, hacia la sustitución de un control policéntrico y flexible por un control monolítico de un solo interesado calificado, el Congreso Nacional. Ello no obsta a que reconozcamos que el interés del Parlamento en impedir que el Supremo Gobierno exceda del ámbito de sus prerrogativas sea muy legítimo. El problema aquí es otro. Es el de la consolidación de un monopolio recursivo que está perjudicando las legítimas posibilidades de defensa de las personas.

Teniendo en cuenta, junto a Calamandrei, que “el proceso de los pueblos modernos, civil o penal, es esencialmente un proceso *en virtud de demanda (Klagenverfahren)*”<sup>26</sup>, puede deducirse que el costo de perseverar en esta línea jurisprudencial sería inmenso. ¿Qué Estado de Derecho, qué tipo de acceso a la justicia, se estarían construyendo en un Chile en el que los ciudadanos quedasen indefensos frente a la actuación estatal? ¿Valdría aquí la argumentación de que las Cámaras Parlamentarias ejercerían tal control por ellos? Y ni siquiera estamos hablando de actos administrativos de escasa jerarquía; se trata, ni más ni menos, de decretos supremos.

¿En qué queda, por ende, la “igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos” prescrita en el artículo 19 n° 3 de la Constitución? Si, de acuerdo a la célebre definición formulada por Celso, “la acción no es otra cosa que el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe”<sup>27</sup>, cabría concluir que la jurisprudencia comentada está denegando el ejercicio de este derecho a la acción.

<sup>26</sup> CALAMANDREI (1962) p. 235.

<sup>27</sup> Digesto 44.7.51: “*Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi*”. La traducción es nuestra.

Esta trayectoria, a nuestro juicio, debe abandonarse. Con este resultado desafortunado, *Poblete Novoa* muestra cómo la especialidad de acciones, bajo pretexto de orden y sistemática procesal, en realidad está consolidando situaciones de indefensión incompatibles con nuestro orden constitucional. El curso que ha seguido esta teoría ha llevado a un descarrilamiento que amenaza con resultados aún más ominosos en el futuro.

Afortunadamente, el daño todavía no es total y puede revertirse mediante la intervención de la judicatura, reconociendo la vigencia del principio de *multiplicidad de acciones*. Así, la existencia de la acción del artículo 93 n° 16 de la Carta Fundamental no se entenderá como un obstáculo para la existencia de una acción de amparo de garantías fundamentales. Por el contrario, ambas acciones deben entenderse como vías complementarias, inspirada en una lógica político-jurídica la una, y en una de protección de bienes/garantías fundamentales la otra, respondiendo conjuntamente a una salvaguarda del ordenamiento jurídico y de los derechos de las personas, en sus respectivas esferas<sup>28</sup>.

Por ello, y más allá de sus yerros, *Poblete Novoa* puede transformarse en una excelente oportunidad para reflexionar sobre los énfasis estructurales del contencioso-administrativo en Chile. La opción fundamental es la de escoger entre un andamiaje rígido que, bajo pretexto de pureza normativa, termine consolidando áreas de indefensión ciudadana, y la de un caleidoscopio lleno de colores procesales que, aun requiriendo ajustes inteligentes y debates técnicos, permita la obtención de soluciones justas, la protección de los habitantes de la República y la promoción de la buena administración.

### 3. LAS ARGUMENTACIONES ACCESORIAS

A más de lo ya señalado, en la sentencia *Poblete Novoa* se vislumbran dos argumentaciones accesorias para apoyar la restricción del

<sup>28</sup> En este sentido, CAZOR ALISTE (2006) p. 236. *Contra*, CORDERO VEGA (2015) p. 626, quien sostiene que mientras “no existe regla de competencia [jurisdiccional] general para los actos reglamentarios” salvo la del artículo 93 n° 16 de la Constitución, respecto de “los actos administrativos [singulares] la competencia de los tribunales es general”. Esta conclusión doctrinaria es –desgraciadamente– coincidente con lo juzgado en *Poblete Novoa*, ya que si los tribunales ordinarios son incompetentes en general para juzgar las controversias que atañan a los actos reglamentarios, lo serán también en especial para resolver las que se presenten a través de la acción de protección.

control jurisdiccional de los decretos supremos. Por una parte, una argumentación *procedimental*, que se radica en que el control *ex ante* de legalidad llevado a cabo por Contraloría General de la República serviría de pretexto para fundar una disminución en el control jurisdiccional de los decretos supremos (3.1). Y, por otra, una argumentación *conceptual*, consistente en asumir que los reglamentos tendrían un control mermado respecto del aplicable sobre los actos administrativos singulares, al menos respecto de la acción de protección (3.2); naturalmente, esta argumentación solo afectaría al caso de los decretos supremos reglamentarios.

### **3.1. La argumentación procedimental: la existencia de un control *ex ante* de juridicidad**

La sentencia *Poblete Novoa* añadió expresiones acerca de la tramitación de los decretos supremos que, sin perjuicio de presentarse por el tribunal como sobreadundantes, parecen asomarse delicadamente con pretensiones de premisa:

“[Tercero] A lo anterior debe agregarse que, además, la propia Constitución *establece un régimen previo de control de legalidad y constitucionalidad de carácter general respecto de los Decretos Supremos*, incluyendo aquellos que establecen Reglamentos, radicado en la Contraloría General de la República, sistema que, en caso de representarse un decreto por inconstitucionalidad, remite también al Tribunal Constitucional como órgano encargado de dirimir la eventual contienda que entre la Contraloría y el Presidente importe tal representación, según lo establece el penúltimo inciso del artículo 99 de la Carta Fundamental”<sup>29</sup>.

Como se advierte, la sentencia hace mención al hecho de que los decretos supremos están sujetos al trámite de toma de razón, cuyo ejercicio es de competencia de la Contraloría General de la República. Cabe preguntarse qué incidencia podría tener el hecho de la existencia de esta toma de razón en lo dispositivo del fallo, y qué finalidad persiguió la Corte al expresar en la sentencia esta argumentación.

<sup>29</sup> Las cursivas son nuestras.

La contextualización de este fragmento resulta indispensable. Él se encuentra contenido en el mismo considerando tercero que aplica el criterio de la especialidad de acciones a fin de excluir la procedencia de la acción de protección. Por consiguiente, se trata de un argumento que adicionalmente sostendría esta misma finalidad.

¿Es posible argüir que la existencia del control *ex ante* que constituye la toma de razón justificaría una limitación o una exclusión en el control jurisdiccional?

La respuesta no puede sino ser negativa. En esto no cabe vacilación alguna. La propia Contraloría General de la República ha expresado que la toma de razón no significa un “precedente obligatorio” ni siquiera para ella<sup>30</sup>, ni tampoco para los órganos administrativos, los cuales, incluso después de haberse tomado razón de algún decreto o resolución, pueden proceder a su invalidación si estiman que existe una violación de la juridicidad<sup>31</sup>. Menos aún, por lo tanto, el juicio afirmativo de legalidad y constitucionalidad que implica la toma de razón debiera ligar a los interesados que pretendieran ejercer una acción jurisdiccional en su contra, como la acción de protección; y, por cierto, jamás a los tribunales de justicia en su apreciación de la conformidad a derecho del pretendido acto. La toma de razón *no produce efectos de cosa juzgada*.

En síntesis, el hecho de haberse sometido el acto impugnado al trámite de toma de razón no puede ser invocado como parámetro limitador de los derechos a la defensa por parte de las personas que se vieran afectadas por dicho decreto o resolución. En el caso comentado, el precedente de la toma de razón del acto no justificaba impedir a un potencial litigante el ejercicio de una acción de protección.

Sin embargo, debemos subrayar que, respecto de la toma de razón, la sentencia no se limitó a sostener que el hecho de que el acto hubiera sido tomado razón podría levantar una suerte de pantalla respecto de eventuales impugnaciones. Recordó que las controversias acerca de la constitucionalidad de un decreto supremo por afectación de garantías fundamentales tenían otra vía jurisdiccional por la cual podían ser resueltas: el Tribunal Constitucional, en virtud

<sup>30</sup> V. gr., dictámenes CGR n° 90.332-2014, 50.948-2015.

<sup>31</sup> Dictamen CGR n° 9.760-2016.

de disposición expresa de la Carta Fundamental: “en caso de representarse un decreto por inconstitucionalidad, remite [el régimen de la toma de razón] también al Tribunal Constitucional como órgano encargado de dirimir la eventual contienda que entre la Contraloría y el Presidente importe tal representación, según lo establece el penúltimo inciso del artículo 99 de la Carta Fundamental”.

La incorporación de estas últimas frases sugiere una reproducción de la teoría de la especialidad de acciones, que había sido planteada como criterio principal a través de la relación de los artículos 20 y 93 n° 16 de la Constitución, en el contexto de las controversias suscitadas en relación con el control *ex ante* de legalidad de competencia de Contraloría. Esta vez la confrontación se da entre el artículo 20 y el artículo 99. Como el artículo 20 de la Constitución serviría para impugnar un decreto supremo en razón de una violación de un derecho fundamental, y el artículo 99 serviría para impugnar una representación por inconstitucionalidad de un decreto supremo en razón de una violación de un derecho fundamental, se da una coincidencia en torno a que los respectivos tribunales juzgarán si acaso el decreto supremo contravino una garantía constitucional.

El remate del razonamiento anterior no es expresado textualmente en la sentencia. Pero parece retomar la lógica de la especialidad de acciones: el artículo 20 de la Constitución prevé una acción general; su artículo 99, una acción especial; la acción general debiera ser excluida. El inconveniente práctico de aceptar este hilo conductor, por supuesto, sería análogo al que se explicó en relación con la acción del artículo 93 n° 16. En este, la titularidad activa le correspondía a las Cámaras Parlamentarias – tratándose, por consiguiente, de una titularidad activa restringidísima. Qué decir, entonces, del artículo 99 de la Carta Fundamental, en que solo el Presidente de la República es competente para “remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional dentro del plazo de diez días, a fin de que este resuelva la controversia”.

Concluyendo: ni la existencia de la toma de razón, ni la existencia de la impugnación presidencial del artículo 99, son argumentos válidos para restringir el control jurisdiccional de los decretos supremos.

### 3.2. La argumentación conceptual: la naturaleza del reglamento

La sentencia *Poblete Novoa* introdujo una tercera argumentación para debilitar el control jurisdiccional de los decretos supremos, no aplicable a la totalidad de estos actos, sino que a aquellos que tengan una naturaleza reglamentaria. Atiéndase a las siguientes expresiones contenidas en su texto:

“[Considerando] Tercero. (...) no correspondiendo a esta Magistratura ordinaria tal pronunciamiento [acerca de la constitucionalidad del reglamento] con carácter general, sin perjuicio del amparo judicial que se deba brindar *a quien alegue contra un acto determinado de la autoridad que, aparentemente basado en un reglamento*, conculque alguna de las garantías cuya protección encarga la Constitución a las Cortes de Apelaciones y a este Máximo Tribunal<sup>32</sup>.

En síntesis, lo que el tribunal sostiene es que aunque la acción de protección sí podría proceder contra un acto administrativo “aparentemente basado en un reglamento”, es decir, un acto administrativo singular de ejecución o aplicación de un reglamento, ella no procedería contra un reglamento.

Como aparece de la simple lectura del considerando, el razonamiento de la Corte en este rubro pende de una premisa: que la naturaleza de un reglamento sea distinta a la de un acto administrativo “determinado”, es decir, de un acto administrativo de efectos singulares.

Lo cierto es que estas expresiones recogen una posición conceptual que propone una distinción radical entre la noción de acto administrativo y la noción de reglamento. Para ella, no habría un *género* llamado acto administrativo que comprendiera dos grandes *especies*, los *actos de efectos generales* –entre los cuales se hallan los reglamentos– y los *actos de efectos singulares*. Lo que habría, según esta teoría, serían categorías separadas por abismos infranqueables: así, se distinguiría el concepto del *reglamento* de aquel correspondiente al *acto administrativo*, expresión esta última que solo se referiría a los actos de efectos singulares. El reglamento ya no sería un tipo de acto administrativo, sino que una realidad distinta. Puede intuirse

<sup>32</sup> Las cursivas son nuestras.

que las consecuencias de este planteamiento son graves, pues conduce a que el régimen jurídico de los actos administrativos (*v. gr.*, la ley n° 19.880) no se aplique sobre los reglamentos.

Desde ya, debe dejarse claro que esta erradicación de los reglamentos fuera de la órbita de los actos administrativos no tiene origen en el derecho nacional, sino que se trata de un injerto extranjerizante de proveniencia española, tal como lo ha admitido expresamente Pierry Arrau<sup>33</sup>.

Pero, a más de lo anterior, no parece tener sustento en el derecho nacional. La propia ley n° 19.880 señala que las “normas de general aplicación o que miren al interés general” son actos administrativos, en su artículo 48 a). Aunque las normas “que miren al interés general” puedan ser de efectos singulares, no cabe duda que la categoría de las “normas de general aplicación” incluye a los actos reglamentarios. No ha de sorprender, entonces, que la ley n° 19.880 –que rige a los actos administrativos– se aplique sobre los reglamentos, de acuerdo a la Corte Suprema<sup>34</sup>, la Contraloría General de la República<sup>35</sup>, y la doctrina especializada<sup>36</sup>. Si los reglamentos no fueran actos administrativos, tal aplicación sería imposible.

La escisión radical de regímenes entre reglamentos y actos administrativos singulares que asume la sentencia *Poblete Novoa* parece, en consecuencia, contraria a derecho. Podría pensarse que se trata de una restricción meramente derivada de la especialidad de acciones. Pero lo cierto es que el texto completo de la sentencia –y no solo su considerando tercero– parece recoger un tránsito hacia una posición no solo procesal, sino que además conceptual.

<sup>33</sup> PIERRY ARRAU (2005) p. 71.

<sup>34</sup> *Agencia Acreditadora de Arquitectura Arte y Diseño de Chile S.A. con Comisión Nacional de Acreditación* (2015): “...los actos de naturaleza reglamentaria, que la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos considera como actos administrativos (artículo 48 letra a)...”. En igual sentido, *Agencia de Acreditación y Evaluación de Educación Superior S.A. con Comisión Nacional de Acreditación* (2015); *Agencia Acreditadora Akreditaqa Quality Assessment S.A. con Comisión Nacional de Acreditación y otros* (2015); *Agrupación de Residentes de la Especialidad de Cirugía y Traumatología Bucal y Maxilofacial con Fisco* (2016). La prevención de la Ministra Rosa Egnem para *Poblete Novoa* recoge esta posición (punto 2).

<sup>35</sup> *V. gr.*, Dictamen CGR n° 1946-2014.

<sup>36</sup> *V. gr.*, CORDERO QUINZACARA (2010) P. 26, 33 y 47; CORDERO VEGA (2015) p. 405; MORAGA KLENNER (2010) P. 58; PIERRY ARRAU (2005) p. 77.

El considerando segundo censura que la recurrente pretenda “obtener que se deje sin efecto, total o parcialmente, un Reglamento dictado mediante Decreto Supremo, *sin referencia a ningún acto administrativo concreto que en su aplicación infrinja alguna de las garantías que la Constitución protege por la vía de la acción interpuesta*”<sup>37</sup>. Por su parte, el considerando cuarto declara que no se trata de una materia amparable por el recurso de protección, “al no invocarse *un acto u omisión concreto de la administración que haya afectado un derecho de los garantizados por la acción de protección*”<sup>38</sup>.

Las expresiones formuladas son preocupantes, porque abren la puerta para que se entienda que los reglamentos se rigen por reglas de impugnación sustancial e injustificadamente más restrictivas que las concernientes a los actos administrativos singulares. *Poblete Novoa* da un primer paso, mermando a la acción de protección, en circunstancias que no existen restricciones a su alcance respecto de los actos reglamentarios ni atendiendo a la norma específica de la acción de protección (art. 20 de la Constitución), ni a la que funda la noción de jurisdicción (art. 76 de la Constitución), ni a la que configura el régimen de impugnabilidad de las normas emitidas por la Administración (art. 10 de la ley n° 18.575).

Huelga señalar que el estado de tutela jurisdiccional en Chile no siempre fue tan desmedrado. Sin perjuicio de antecedentes más remotos de ejercicio de esta acción sobre actos reglamentarios —y específicamente sobre decretos supremos reglamentarios<sup>39</sup>—, solo un año antes de esta sentencia, en 2015, otra expresaba lo siguiente:

“Sexto: (...) *tratándose del control del reglamento por la vía del recurso de protección, deberá invocarse necesariamente por el recurrente la vulneración de alguna garantía contemplada en el artículo 20 de la Constitución Política, y deberá interponerse dentro del plazo de 30 días desde su publicación, la que es obligatoria de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 48 letra a) de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos; teniendo la sentencia que lo anule, efectos generales o erga omnes. Ello sin perjuicio de la verificación sobre la legalidad del*

<sup>37</sup> Las cursivas son nuestras.

<sup>38</sup> Las cursivas son nuestras.

<sup>39</sup> *V. gr., Cooperativa Agrícola Control Pisquero Elqui Limari Limitada con Fisco* (2004).

*reglamento con ocasión de un recurso contra un acto particular de aplicación*"<sup>40</sup>.

Del fallo recién transcrito sobresalen varios elementos. En primer lugar, la Corte *ni siquiera cuestionaba* el hecho de que un reglamento pudiese ser objeto de la acción de protección; se asumía como un elemento más de nuestro paisaje jurídico. En segundo lugar, específicamente señalaba que la confrontación en la afectación de garantías debía efectuarse respecto de la Constitución Política<sup>41</sup>. En tercer lugar, el pronunciamiento de constitucionalidad o inconstitucionalidad sobre la eventual lesión de derechos fundamentales estaba dotado de "efectos generales o *erga omnes*". Y, finalmente, sostenía la coexistencia de vías impugnatorias dirigidas contra el reglamento o contra actos administrativos singulares.

No es difícil constatar estos aspectos se hallan bastante lejos de lo que se juzgaría un año más tarde en *Poblete Novoa*. Y no solo un año; una revisión de la jurisprudencia muestra que, apenas dos meses antes de la sentencia comentada principalmente, la Corte Suprema había reiterado la posibilidad de control del reglamento, empleando términos idénticos a los que había esbozado en 2015 y remitiéndose explícitamente al fallo que los había planteado<sup>42</sup>.

Y hay aún más. Podría sostenerse que la similitud en la redacción entre ambas sentencias daría cuenta de una prolongación automática del criterio. Pero resulta que en mayo del mismo año 2016, la Corte Suprema, escogiendo cuidadosamente sus palabras, sostuvo en una sentencia *Sociedad Educacional Alcántara* que "si bien resulta concebible el control de legalidad de los actos reglamentarios mediante la presente acción constitucional de protección, para que ello sea procedente, con todas las consecuencias derivadas de tal actividad jurisdiccional, el acto objeto del recurso debe corresponder, efectivamente, a un Reglamento, esto es, a un acto emanado de la Potestad Reglamentaria"<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> *Agencia Acreditadora de Arquitectura Arte y Diseño de Chile S.A. con Comisión Nacional de Acreditación* (2015).

<sup>41</sup> Que es la lógica propia a la acción de protección, pues se deriva de su objeto: *ex multis*, FERRADA BÓRQUEZ pp. 269-270.

<sup>42</sup> *Agrupación de Residentes de la Especialidad de Cirugía y Traumatología Bucal y Maxilofacial con Fisco* (2016).

<sup>43</sup> *Sociedad Educacional Alcántara Limitada con Fisco* (2016).

Puede advertirse que *Poblete Novoa* introdujo un vuelco en la jurisprudencia sobre esta materia, interrumpiendo la línea que propugnaba la posibilidad amplia de control de los actos administrativos reglamentarios por parte de la jurisdicción ordinaria, vía acción de protección.

Por lo anterior, resulta indispensable subrayar que el principio de la plenitud jurisdiccional sigue vigente en nuestro país, y que los primeros llamados a defenderlo y promoverlo son nuestros tribunales de justicia, tanto respecto de actos administrativos generales como singulares. La intensidad del control ejercido sobre la Administración simplemente responde a la profundidad de las repercusiones que su buen –y mal– obrar pueden desencadenar en la comunidad nacional. Sobre lo inocuo, el control carecerá de interés. Por ello, las fuertes atribuciones que le han sido conferidas al Estado no pueden sino estar contrapesadas con mecanismos idóneos de control, lo que implica un control *efectivo* de la actividad reglamentaria administrativa, máxime si se trata de la que es tal por antonomasia: la reglamentación por decreto supremo.

Es cierto que el control judicial de la actividad estatal implica una crítica *contra* el Estado. Pero, ante todo, se trata de una crítica *por* el Estado; por una buena administración, por la defensa de su rol de promotor del bien común y, en definitiva, por la paz social<sup>44</sup>. Es por ello que, incluso desde un prisma más estatista, Calamandrei sostenía que “el recurso propuesto por el ciudadano contra el acto administrativo ilegítimo no sirve más que indirectamente para la tutela del interés individual, el cual es explotado con fines públicos, como un estímulo para inducir al ciudadano a prestar al Estado el servicio de denunciarle una ilegalidad cometida en la administración pública”<sup>45</sup>.

Aunque, desde nuestra perspectiva, Calamandrei yerre en los énfasis –pues, siguiendo la posición publicista de su época, plantea una suerte de primacía de las normas por sobre la primacía de las personas a quienes dichas normas están llamadas a servir–, el autor italiano no yerra al plantear que el ejercicio de las acciones contencioso-administrativas redunda, directa o indirectamente, en el beneficio

<sup>44</sup> CHIOVENDA (1949) p. 18, sostenía que “la acción es un poder *frente* al adversario, más que *contra* el adversario”.

<sup>45</sup> CALAMANDREI (1961) p. 153.

de todos. Por lo mismo, la erradicación o un debilitamiento considerable de la posibilidad de que los particulares impugnen normas antijurídicas, o sus efectos, implica correlativamente el cercenamiento de su posibilidad de colaboración en la mantención de un ordenamiento jurídico coherente y justo. El perjuicio, a la larga, no solo deberá padecerlo el particular, sino que la comunidad nacional, la que se verá dificultada o incluso impedida de ejercer el debido control de las funciones normativas ejercidas por sus representantes.

#### 4. CONCLUSIÓN

1. En el derecho chileno patrio, los decretos supremos han sido objeto de impugnación directa de los interesados desde el siglo XIX<sup>46</sup>. Sin embargo, a través de la sentencia *Poblete Novoa* de 2016, la Corte Suprema ha sentado bases conceptuales para una importante disminución de la impugnabilidad de los decretos supremos por vía judicial.

2. En primer lugar, esta sentencia corona un movimiento expansivo de un (pseudo)criterio de especialidad de acciones, que había sido concebido desde 2011 para limitar inconstitucionalmente la procedencia de la acción de nulidad de derecho público (punto 2.1). A través de una solución que también vulnera el orden constitucional, en *Poblete Novoa* se entiende que la existencia de la acción prevista en el artículo 93 n° 16 de la Carta Fundamental, cuyo único titular activo son las Cámaras Parlamentarias, les impide a los particulares ejercer, contra decretos supremos, la acción de protección contemplada en el artículo 20 de la Constitución (punto 2.2).

3. En segundo lugar, esta sentencia sugiere que la toma de razón de un decreto supremo por Contraloría, así como el eventual ejercicio de la acción de impugnación de una representación por inconstitucionalidad –de exclusiva titularidad activa del Presidente de la República–, permitirían justificar la improcedencia, o al menos el debilitamiento, del control jurisdiccional de los decretos supremos. Ello también asoma como incompatible con el régimen administrativo chileno (punto 3.1).

<sup>46</sup> V. gr., *Ureta con Fisco* (1858), *Fuenzalida con Fisco* (1858), *Mujica con Fisco* (1858); sobre esta última sentencia, véase BOCKSANG HOLA (2015a).

4. Y, en tercer lugar, esta sentencia tiende a plantear –aun sin proclamarlo abiertamente– que, como los decretos supremos reglamentarios no serían propiamente actos administrativos, ellos estarían privilegiados por un control jurisdiccional mermado, perjudicándose el ejercicio de la acción de protección de garantías constitucionales. Este marco conceptual, del que podrían desencadenarse consecuencias adicionales en el futuro, también se yergue como antijurídico (punto 3.2).

5. Las anteriores consideraciones muestran un preocupante deterioro en el control jurisdiccional de los decretos supremos y, en general, de la Administración. Ya una lectura focalizada de las implicancias del fallo permite calificar como grave la limitación impuesta sobre las acciones de protección respecto de decretos supremos, dada la importancia de esta vía impugnatoria para corregir oportunamente los padecimientos derivados de actuaciones administrativas antijurídicas. Sin embargo, esta lectura focalizada no parece agotar las perspectivas de la sentencia *Poblete Novoa*. Sus argumentaciones parecen confluir hacia la implantación o consolidación de premisas (sintetizadas en las conclusiones 2, 3 y 4) que dificultarían crecientemente el control de la Administración y de la autoridad presidencial en Chile; afectándose con ello, a nuestro juicio, el derecho a defensa de posibles afectados, el respeto y promoción del principio de juridicidad y de las garantías fundamentales, y el delicado equilibrio que ha de existir entre las distintas funciones estatales en el marco de nuestro Estado de Derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; VODANOVIC HAKLICKA, Antonio (1998): *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general. Tomo I* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BARRIENTOS GRANDON (2016): *El Código Civil. Su jurisprudencia e historia* (Santiago, Thomson Reuters, 2 tomos).
- BOCKSANG HOLA, Gabriel (2012): “Comentario sobre Díaz Guajardo con Fisco (7750-2011)”, *Ius Publicum* n. 28 (marzo 2012), pp. 263-268.
- BOCKSANG HOLA, Gabriel (2015a): “Comentario sobre Mujica con Fisco”, *Ius Publicum* n. 34 (marzo 2015), pp. 247-251.

- BOCKSANG HOLA, Gabriel (2015b): *El nacimiento del derecho administrativo patrio de Chile (1810-1860)* (Santiago, Thomson Reuters).
- CALAMANDREI, Piero (1961): *Estudios sobre el proceso civil* (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina).
- CALAMANDREI, Piero (1962): *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo código, vol. I* (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América).
- CAZOR ALISTE, Kamel (2006): “Actual marco atributivo del Tribunal Constitucional en el control de los decretos supremos presidenciales”, *Estudios constitucionales*, año 4 n° 1 (2006), pp. 233-240.
- CHIOVENDA, Giuseppe (1949): *Ensayos de derecho procesal civil, vol. I* (Buenos Aires, Bosch y Cía).
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2010): “Las normas administrativas y el sistema de fuentes”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 17 n° 1 (2010), pp. 21-50.
- CORDERO VEGA, Luis (2015): *Lecciones de derecho administrativo* (Santiago, Thomson Reuters, segunda edición).
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2011): “Los procesos administrativos en el Derecho chileno”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 36 (2011), pp. 251-277.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2007): *Las reglas del “Código Civil” de Chile sobre interpretación de las leyes* (Santiago, LexisNexis).
- MORAGA KLENNER, Claudio (2010): *La actividad formal de la Administración del Estado* (Santiago, AbeledoPerrot).
- PIERRY ARRAU, Pedro (2005): “Concepto de acto administrativo en la ley de procedimiento administrativo. El reglamento. Dictámenes de la Contraloría General de la República”, en *Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado*, n° 13 (agosto 2005), pp. 71-82.
- SILVA IRARRÁZAVAL, Luis Alejandro (2016): *La dimensión legal de la supremacía constitucional* (Santiago, Thomson Reuters).
- SOTO KLOSS, Eduardo (2013): “La nulidad de derecho público en la jurisprudencia reciente”, *Ius Publicum* n. 30 (2013), pp. 107-123.

SOTO KLOSS, Eduardo (2015): “La nulidad de derecho público según la Corte Suprema hoy: de su tergiversación a su destrucción”, *Ius Publicum* n. 34 (2015), pp. 73-92.

#### SENTENCIAS CITADAS

*Mujica con Fisco* (1858): CS, 13 de abril de 1858 (GT n° 824 [1858], p. 1).

*Fuenzalida con Fisco* (1858): CS, 23 de noviembre de 1858 (GT n° 856 [1858], p. 3).

*Ureta con Fisco* (1858): CS, 21 de diciembre de 1858 (GT n° 860 [1859], p. 1).

*Servimaquila Limitada con Servicio de Impuestos Internos* (2004): CS, 21 de octubre de 2004, rol n° 4.289-2004.

*Cooperativa Agrícola Control Pisquero Elqui Limarí Limitada con Fisco* (2004): Corte Suprema, 22 de diciembre de 2004, rol n° 5.578-2004.

*Mancilla Hernández con Fisco* (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de marzo de 2009, rol n° 4.551-2005.

*Díaz Guajardo con Fisco* (2011): Corte Suprema, 7 de noviembre de 2011, rol n° 7.750-2011.

*Vásquez Encina con Municipalidad de La Reina* (2012): Corte Suprema, 20 de enero de 2012, rol n° 8.247-2009.

*Fisco con Complejo Manufacturero de Equipos de Telecomunicaciones SACI* (2012): Corte Suprema, 30 de enero de 2012, rol n° 7.530-2009.

*CMA CGM S. A. con Cultivos Marinos Internacionales S.A.* (2012): Corte Suprema, 25 de julio de 2012, rol n° 573-2010.

*Vinor S.A. con Fisco* (2013): Corte Suprema, 30 de diciembre de 2013, rol n° 9.953-2011.

*Agrolácteos de Chiloé S.A. con Gobierno Regional de los Lagos* (2015): Corte Suprema, 6 de agosto de 2015, rol n° 7.544-2015.

*Agencia Acreditadora de Arquitectura Arte y Diseño de Chile S.A. con Comisión Nacional de Acreditación* (2015): Corte Suprema, 11 de agosto de 2015, rol n° 6.363-2015.

- Agencia Acreditadora Akreditaqa Quality Assessment S.A. con Comisión Nacional de Acreditación y otros* (2015): Corte Suprema, 11 de agosto de 2015, rol n° 6.369-2015.
- Agencia de Acreditación y Evaluación de Educación Superior S.A. con Comisión Nacional de Acreditación* (2015): Corte Suprema, 11 de agosto de 2015, rol n° 6.370-2015.
- Bravo Flores con Fuentes Valdés* (2015): Corte Suprema, 17 de agosto de 2015, rol n° 8.157-2015.
- Muñoz Rodríguez con Fisco* (2015): Corte Suprema, 1° de septiembre de 2015, rol n° 3.412-2015.
- Cuello Peña y Lillo con Televisión Nacional de Chile* (2015): Corte Suprema, 2 de noviembre de 2015, rol n° 11.346-2015.
- Beltrán Romero con Fisco* (2015): Corte Suprema, 16 de noviembre de 2015, rol n° 29.546-2014.
- Inmobiliaria Las Delicias S.A. con Fisco* (2015): Corte Suprema, 17 de diciembre de 2015, rol n° 8.650-2015.
- Muñoz Gómez con Municipalidad de Puerto Montt* (2016): Corte Suprema, 14 de marzo de 2016, rol n° 23.587-2015.
- Constructora Santa Beatriz S.A. con Municipalidad de Quinta Normal* (2016): Corte Suprema, 14 de marzo de 2016, rol n° 30.221-2015.
- Sociedad Educacional Alcántara Limitada con Fisco* (2016): Corte Suprema, 17 de mayo de 2016, rol n° 4.241-2016.
- Comunidad Edificio Espacio Los Leones con Municipalidad de Providencia* (2016): Corte Suprema, 19 de mayo de 2016, rol n° 17.104-2016.
- Agrupación de Residentes de la Especialidad de Cirugía y Traumatología Bucal y Maxilofacial con Fisco* (2016): Corte Suprema, 7 de junio de 2016, rol n° 19.309-2016.
- Contreras Morales con Intendente de la Región de La Araucanía* (2016): 6 de julio de 2016, rol n° 19.821-2016.
- Poblete Novoa con Fisco y otros* (2016): Corte Suprema, 3 de agosto de 2016, rol n° 23.725-2016.

