

AUTORIZACIÓN JUDICIAL PREVIA E IMPUGNACIÓN SUPUESTA DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA: NUEVOS ELEMENTOS DEL DEBIDO PROCESO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*

NICOLÁS ENTEICHE ROSALES**

INTRODUCCIÓN

En este artículo analizaremos el rol de nuestro Tribunal Constitucional (en adelante, indistintamente “TC” o “el Tribunal”) respecto del “Derecho de Acceso a la Justicia” (en adelante, “DAJ”)¹, específicamente en cuanto a la forma en que la ley debe delinear las vías de reclamación judicial por las que un tercero imparcial conoce de un hecho o acto administrativo desfavorable², esto es que podría afectar algún derecho fundamental.

Estudiaremos la tarea realizada por el Tribunal³ entre los años 2010 y 2011, Tribunal que luego de la reforma del año 2005 ha adquirido notoria

* El presente artículo forma parte de las publicaciones derivadas del proyecto “La dualidad de roles de los organismos administrativos; la inconstitucionalidad en la doble función de investigador y sancionador”, en el marco del concurso de fondos de investigación de la Universidad del Desarrollo 2011. El autor agradece los comentarios a las versiones previas de este trabajo por parte de Iván Aróstica, José Manuel Díaz de Valdés, Sergio Verdugo, Rodrigo Kaufmann, Guillermo Stange y Natalia Fajardo, además destaca la valiosa labor de la ayudante de investigación Francisca Molina. Colaboración recibida el 3 de febrero y aprobada el 20 de abril de 2012.

** Profesor investigador, Dirección de Investigación, Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: nenteicher@udd.cl.

¹ A este efecto, símil del “Derecho a la Acción”, “Derecho al Juez Natural” o la facultad de poner en conocimiento de un tercero imparcial un conflicto de carácter jurídico.

² Este hecho o acto administrativo puede consistir en la realización de una conducta, en la imposición de una sanción administrativa u otra clase de intervención, los denominadores comunes a ellos son que: emanan de un órgano que representa la voluntad del organismo al cual se adscriben y, que al ser desfavorables, producen algún efecto pernicioso.

³ Históricamente, los convocados a esta labor han sido los tribunales ordinarios de justicia, la principal excepción es aquella suscitada desde el año 1925, por ella los tribunales ordinarios se excusaban de conocer asuntos contenciosos administrativos. A este respecto véase SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo: Temas fundamentales*, LegalPublishing, Santiago, 2009, pp. 595-596; SILVA CIMMA, Eduardo, *Derecho Administrativo chileno y comparado, El control público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, p. 191; CALDERA DELGADO, Hugo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ediciones Parlamento Ltda.,

importancia⁴. En concreto y en lo que nos interesa, nos centraremos en describir los nuevos límites que una línea jurisprudencial ha creado y los alcances que ésta irroga al Derecho Administrativo chileno.

Abordaremos lo anterior al responder las siguientes preguntas (I) ¿Cómo se define el DAJ? (II) ¿Qué ha dispuesto el TC respecto de normas que regulan la reclamación judicial del obrar de órganos administrativos? (III) ¿Cuál es el aporte concreto del Tribunal en el periodo estudiado?

I. ¿CÓMO SE DEFINE EL DAJ?

El DAJ no se manifiesta de forma expresa en la Constitución (en adelante, “CPR”), éste aparece de la vinculación entre diversos preceptos constitucionales (artículos 19 N° 3, inciso primero; 38, inciso segundo; 76, inciso primero y 83, inciso segundo) y de las actas de la Comisión Ortúzar⁵.

Quienes definen este derecho, a partir de los elementos del “justo y racional procedimiento”⁶, son el Legislador y el TC. El primero lo hace al crear o modificar un procedimiento o bien al establecer una competencia⁷; el segundo lo efectúa

Santiago, 2001, p. 233; BORDALÍ SALAMANCA, Andrés; FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos, *Estudios de Justicia Administrativa*, LegalPublishing, Santiago, 2009, p. 165; LARA ARROYO, José Luis, “Algunas reflexiones sobre el contencioso administrativo en Chile”, en Arancibia Mattar, Jaime, Martínez Estay, José y Romero Seguel, Alejandro (Coord.), *Litigación Pública*, LegalPublishing, Santiago, 2011, p. 67.

⁴ A partir de la reforma constitucional efectuada por la ley N° 20.050 de 2005, el organismo constitucional ha tenido un activo rol en la protección de los derechos de las personas. Esta labor es indirecta puesto que no está facultado para conocer del amparo de derechos, sino que declara la desconformidad de una ley (en la mayor cantidad de casos) con la Constitución fundándose en el efecto lesivo que ésta produce en un caso específico o en general.

⁵ En la sesión 101ª, el profesor invitado José Bernal es señaló, en cuanto al Derecho a la Acción, que existió el deber de “establecer, en forma bien concreta, el derecho de acción, el derecho de accionar ante los tribunales, facultad cívica inalienable. Es un derecho natural del hombre, que es derivado del derecho de petición. La segunda, es establecer en el artículo 80 de la Carta Fundamental, sin perjuicio de corregir otros defectos técnicos, que esta “facultad de juzgar las causas civiles y criminales” debe transformarse en la función pública, obligatoria, que tienen los tribunales de conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, como se verá más adelante *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Sesión 101ª, celebrada en 9 de enero de 1975, p. 4. También el comisionado Silva Bascuñán, en la sesión 103ª, señaló “que ésta es una de las reformas más importantes que se puedan concebir, porque se establece el derecho a la acción y, además, de que no puede haber excusa en el ordenamiento jurídico de que un derecho no tenga protección, por no existir en un momento dado el órgano o el recurso correspondiente”. *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Sesión 103ª, celebrada en 16 de enero de 1975, p.10.

⁶ En la Comisión Ortúzar se acordó expresamente la propuesta del Comisionado Evans, en cuanto a no especificar los elementos del racional y justo procedimiento, sino que únicamente enumerarlos “a título meramente ejemplar”. *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Sesión 103ª, p. 20.

⁷ El Constituyente encargó al Legislador “establecer siempre procedimientos que den garantía de racionalidad y justicia”. *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Sesión 103ª, p. 17.

mediante su jurisprudencia, al controlar la constitucionalidad de las normas, rectificando al Legislador cuando un procedimiento o una competencia no se aviene con los derechos de sus destinatarios⁸.

Así la jurisprudencia del TC, en lo pertinente la referida al DAJ, guía al Legislador a rectificar algún criterio que no se avenga con los parámetros del “debido proceso”⁹, siendo tanto o más relevante que la propia labor legislativa.

(II) ¿QUÉ HA DISPUESTO EL TC RESPECTO DE NORMAS QUE REGULAN LA RECLAMACIÓN JUDICIAL DEL OBRAR DE ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS?

Por lo anterior, el TC en diversas ocasiones ha acotado la discrecionalidad del legislador en razón del artículo 19 N° 3, inciso primero¹⁰, como sinónimo

⁸ Así lo señaló el Comisionado Evans al opinar respecto de la omisión de enumerar los elementos que constituyen la garantía de un racional y justo procedimiento. En lo atinente a labor de la Corte Suprema, en ese entonces órgano encargado del control de constitucionalidad de las leyes, frente al no respeto del Legislador al mandato de racionalidad y justicia en el procedimiento creado, Evans mencionó que si el Legislador “no lo hace, será la Corte Suprema la que, a través de un recurso de inaplicabilidad, le señale que su procedimiento no garantiza ese justo y racional proceso. Por esas razones, el señor Evans, insiste en que es mejor la redacción que ha propuesto. Reconoce, sin embargo, que con ella se entrega a la jurisprudencia algo que puede abordar el constituyente, pero prefiere que así sea y que aquélla vaya calibrando, midiendo, mensurando, ponderando lo que es un justo y racional proceso con el correr de los tiempos y las generaciones, que crear una norma rígida que puede pecar por exceso de extensión o por omisión”. *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 103^a*, p. 14.

⁹ El DAJ es una garantía diversa de una situación temporalmente posterior: el proceso y las garantías que en su devenir protegen al particular. Tan distintos son que no puede existir el segundo (un debido proceso) sin el primero (la posibilidad que exista un proceso), así se ha dicho que “el derecho a tutela judicial o derecho de acción no forma parte del “debido proceso”, sino que garantiza a los ciudadanos el poder acceder a un juez o tribunal –independiente e imparcial, claro está– para solicitar amparo de sus derechos e intereses legítimos. Un derecho distinto es el poder de las personas para exigir que la decisión de ese tribunal sea el resultado de un proceso que pueda ser reputado de “debido” o de “racional y justo”” BORDALÍ; FERRADA, *Estudios de*, cit. nota n. 3, p. 148; véase también BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, “Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial”, *Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile*, vol. 38-N° 2, 2011, p. 335.

¹⁰ En la STC N° 415, de 4 de agosto de 2004, se resolvió la constitucionalidad del Proyecto de Ley que modificó “la Ley N° 19.884, sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral, estableciendo Sanciones y el Procedimiento para su Aplicación”, actual ley N° 19.963. El Tribunal declaró constitucional la sustitución del artículo 51 de la ley N° 19.884, que contempla las etapas del procedimiento administrativo sancionador sustanciado por el Servicio Electoral, y el reclamo de su resolución ante el Tribunal Calificador de Elecciones. Aquí el TC señaló que la posibilidad que un interesado pueda reclamar ante un Tribunal de la resolución que pone fin al procedimiento sancionador da “debido cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 19 N° 3, incisos primero y segundo de la Constitución Política” (considerando decimotercero). Además, entendió que el anterior reclamo abarcaba una hipótesis no contemplada en la ley, cual es la resolución que ordena el archivo de la denuncia “es susceptible de reclamación, ante el Tribunal Calificador de Elecciones” (considerando decimocuarto). En la STC N° 437, de 21 de abril de 2005, se resolvió un requerimiento de inconstitucionalidad por doce Senadores respecto del proyecto de ley que modificaba el Decreto con Fuerza de Ley N° 458, de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcciones, actual ley N° 20.016. El Tribunal declaró inconstitucional el inciso final del nuevo artículo

del “Derecho a la Acción”¹¹. El Tribunal también se ha pronunciado acerca del alcance de este derecho en el ámbito del Derecho Administrativo¹².

En los años 2010 y 2011 apreciamos una división en la jurisprudencia constitucional en esta materia. (1) Por un lado la ratio decidendi recae, en parte, en la deferencia al Legislador (por ejemplo, en la sentencia del TC –en adelante “STC”– N° 1838 y 2036); (2) por otro se ha innovado en la extensión del DAJ, declarando no ajustados a la Carta competencias o procedimientos que violentan la CPR (STC N°s 1580 y 1865; N° 2009, y N° 1518 en relación con la STC N° 1894).

(1) En un primer grupo de fallos, la STC N° 1838 de 7 de julio de 2011, rechazó la inaplicación del artículo 3° del decreto ley N° 3.607, precepto que establece que determinadas resoluciones administrativas que imponen obliga-

UNICO N° 5, éste remitía a un reglamento la regulación de las causales de inhabilidad, incompatibilidad, amonestación, suspensión y eliminación de los revisores independientes de un registro creado al efecto. El TC además hizo extensiva la aplicación del artículo 19 N° 3, inciso primero a “todo lo concerniente al fondo o sustancia de toda diligencia, trámite o procedimiento, cualquiera sea el órgano estatal involucrado, trátase de actuaciones judiciales, actos jurisdiccionales o decisiones administrativas en que sea, o pueda ser afectado el principio de legalidad contemplado en la Constitución, o los derechos asegurados en el artículo 19 N° 3 en ella” (considerandos decimocuarto y decimoséptimo).

Por último, el TC delimitó el alcance del artículo 19 N° 3 mediante la línea jurisprudencial por la que se declaró la inaplicabilidad e inconstitucionalidad de normas que condicionan (condicionaban) el Derecho a la Acción, al obligar a un particular a depositar dinero, como requisito previo del reclamo judicial de multas administrativas. Respecto de la anterior figura, denominada “solve et repete” el Tribunal señaló que es “una barrera injustificada y carente de razonabilidad al derecho de acceso a la justicia, que forma parte de la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos” (STC N° 1.345, de 25 de mayo de 2009, en el similar sentido lo hicieron las STC N° 792, de 3 de enero de 2008; 946, de 1 de julio de 2008; 968, de 10 de julio de 2008; 1.046, de 22 de julio de 2008; 1.061, de 28 de agosto de 2008; 1.173, de 16 de abril de 2009; 1.253, de 27 de enero de 2009; 1.332, de 21 de julio de 2009; 1.356, de 27 de agosto de 2009; 1.391, de 29 de julio de 2009; y 1.470, de 27 de octubre de 2009).

¹¹ En otras ocasiones ha abordado el artículo 19 N° 3, inciso primero, vinculado al inciso segundo, pero a efecto de entender la garantía incorporada dentro del procedimiento administrativo sancionador (antes del reclamo judicial), no como “acceso al juez natural” o “Derecho a la Acción”. Así, por ejemplo, en la STC N° 376, de 17 de junio de 2003, considerando trigesimotercero y trigesimocuarto y la STC N° 389, de 28 de octubre de 2003, considerando vigesimotercero al trigesimotercero.

¹² Desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional, véanse los recientes trabajos de NAVARRO BELTRAN, Enrique, “El Debido Proceso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Litigación Pública*, LegalPublishing, Santiago, 2011, pp. 24-28, y NAVARRO BELTRÁN, Enrique, “Principios que rigen en materia de derecho administrativo sancionador reconocidos por la jurisprudencia constitucional chilena”, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, Ediciones Universidad FinisTerra, Santiago, 2010, pp. 261-264, ROMÁN CORDERO, Cristian, “El debido procedimiento administrativo sancionador”, *Revista de Derecho Público*, N° 71, 2009, p. 202, BOETTIGER PHILLIPS, Camila, “El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 19 Tomo II, 2009, p. 590, y AGUERREA MELLA, Pedro, “Límites procesales a las potestades sancionadoras de la administración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Sanciones administrativas y derechos fundamentales*, Universidad Santo Tomás, Santiago, 2005, pp. 77-95.

ciones a los particulares solo son reclamables “ante un Ministro de Corte de Apelaciones respectiva, quien conocerá en única instancia”.

El Tribunal desechó la solicitud entre otras razones ya que “el constituyente no precisó los componentes del debido proceso, delegando en el legislador la potestad para definir y establecer sus elementos (...) De esta manera, quedó patente que no existe un modelo único de garantías integrantes del debido proceso en Chile” (considerando decimotercero).

En la misma línea se pronunció la STC N° 2036, de 18 de octubre de 2011, al revisar preventivamente el artículo 44 del “proyecto de ley que regula el cierre de faenas e instalaciones mineras”. El artículo, referido a los recursos que proceden en contra de la resolución administrativa que determina la existencia de un eventual incumplimiento del plan de cierre de faenas, señala en lo pertinente “en contra de la resolución que resuelva el incumplimiento total o parcial del plan de cierre procederá el recurso de reposición, el que deberá deducirse dentro del término de diez días de notificada la referida resolución”.

De esta forma se condiciona el ejercicio de los recursos judiciales a accionar previamente por vía administrativa. El Tribunal al refrendar la constitucionalidad de la norma señaló “(...) no existe ninguna norma constitucional que obligue a que el legislador establezca la posibilidad de recurrir directamente a los tribunales, antes de utilizar la vía administrativa. El legislador puede optar por distintos modelos (...)” (considerando vigésimo).

Así, esta primera línea jurisprudencial, en razón de los argumentos individualizados, se caracteriza por confiar al Legislador la configuración del DAJ, en otras palabras, no aplica parámetros constitucionales objetivos que encaucen el contenido procedimental del precepto legal.

(2) Otra línea jurisprudencial es aquella que, refiriéndose al DAJ, ha (2.1) detallado las instituciones que lo contrarían (STC N° 1580 y 1865), (2.2) sentado las bases que dan lugar a un principio constitucional de impugnación, en Derecho Administrativo (STC N° 2009), y (2.3) resaltado el control judicial previo a la aplicación de una actuación lesiva de los derechos fundamentales (STC N° 1518 en relación a la STC N° 1894).

(2.1) A raíz de dos impugnaciones respecto del artículo 474, inciso tercero, del antiguo Código del Trabajo¹³, la STC N° 1580, de 27 de enero de 2011, señala¹⁴ “procede declarar que el inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo es inaplicable a la gestión sub lite, comoquiera que siendo en sí mismo

¹³ En ambos casos se resolvieron requerimientos de inaplicabilidad respecto del, ahora derogado, inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo.

¹⁴ La STC N° 1.865, de 14 de julio de 2011, en similares términos, menciona que el precepto “siendo de suyo inconstitucional, en su ejecución práctica se ha revelado, asimismo, como contrario a los numerales 3° y 26° del artículo 19 de la Carta Fundamental” (considerando séptimo).

inconstitucional, en su aplicación concreta se ha revelado, asimismo, como contrario a los numerales 3º y 26º del artículo 19 de la Carta Fundamental” (considerando octavo).

Estas sentencias continúan en la senda de aquellas que constantemente declararon la inaplicabilidad del “solve et repete” adicionando, en sede de inaplicabilidad, un nuevo argumento: la figura del “solve et repete” es inconstitucional (no sólo el artículo que la contiene), en otras palabras, el mecanismo es contrario a la Carta Fundamental más allá del detrimento específico que ocasione a quien sea objeto de ella.

(2.2) La STC N° 2009, de 4 de agosto de 2011, al controlar preventivamente el entonces Proyecto de Ley “sobre el Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización”, declaró inconstitucionales dos preceptos de la actual ley N° 20.529, cuales eran: el artículo 19, inciso segundo, frase final y el artículo 86.

El artículo 19, inciso segundo, frase final señalaba que en contra de las resoluciones que clasifican a los establecimientos educacionales, realizada por la Agencia de la Calidad, los recursos administrativos de la ley N° 19.880 procederían “solo en virtud de algún error de información o procedimiento que sea determinante en la ordenación del establecimiento educacional”.

El artículo 86, por su parte, especificaba que contra la sanción de amonestación aplicada a un funcionario de la Superintendencia de Educación “no procederá recurso alguno”.

Los argumentos que sostienen la inconstitucionalidad se estructuran en base a un principio de la CPR cual es el “de impugnabilidad de los actos administrativos”, en cuya virtud ningún acto administrativo que eventualmente violente derechos fundamentales podrá ser excluido de revisión por un tercero imparcial (siempre que el destinatario lo reclame). A este efecto cita los artículos 7º y 38 de la CPR, y los artículos 2º, 3º, inciso segundo, y 10 de la ley N° 18.575 (considerando trigesimosegundo).

Señala la máxima magistratura que reducir el ámbito en el cual un acto administrativo es susceptible de ser impugnado, dejando áreas de inmunidad o bien abandonar en la indefensión a un funcionario ante la imposición de sanciones disciplinarias (aun cuando sea aparentemente irrelevante), excede los límites constitucionalmente permitidos.

(2.3) En nuestro concepto, la mayor innovación tiene que ver con dos sentencias, que prevén la necesidad que el Legislador incorpore, como elemento del debido proceso, la “autorización judicial previa” a la actuación potencialmente lesiva de órganos administrativos en la STC N° 1518 y la STC N° 1894.

La STC N° 1518, de 21 de octubre de 2010, refiriéndose al requerimiento de inaplicabilidad del artículo 169 del Código Sanitario, declaró inaplicable la figura por la cual una multa emitida por el Director del Instituto de Salud

Pública puede convertirse en días de prisión, luego de que el anterior órgano le comunique al Intendente o Gobernador que ha de cumplirse esta medida de sustitución y apremio.

En este escenario, el Tribunal reprocha que un acto administrativo lesione el artículo 19 N° 7 de la CPR. En la sentencia en comento la prisión es decretada directamente por un órgano administrativo, sin respetar una resolución judicial pendiente en el asunto.

Afirmó “que, además, es criterio generalmente asentado que las penas dispuestas por la Administración no pueden cumplirse mientras no se encuentren ejecutoriadas (...) sin embargo, en este caso, la autoridad sanitaria cuenta con el desusado privilegio de poder consumir la pena, con auxilio de la fuerza pública, sin autorización judicial previa, a pesar de encontrarse ésta sometida a revisión jurisdiccional y con sentencia pendiente conforme al artículo 171, por aplicación de lo prescrito en el artículo 169, en relación con los artículos 170 y 172 del Código del ramo” (considerando séptimo).

En la STC N° 1894, de 12 de julio de 2011, acerca del control al Proyecto de Ley “que Sanciona el Acoso Sexual de Menores, la Pornografía Infantil y la Posesión de Material Pornográfico Infantil”, el Tribunal declaró inconstitucional el artículo 4°, que establecía la obligación de los cibercafés de llevar un registro donde constaren los datos de sus usuarios.

Dentro del referido artículo, el inciso sexto facultaba al Ministerio Público a solicitar al Juez de Garantía acceso a los datos comprendidos en el registro, en el inciso siguiente se abordaba la labor de los Inspectores Municipales y Carabineros de Chile. Se encargaba a estos últimos organismos administrativos ejercer la “vigilancia e inspección” de los establecimientos sujetos a la obligación de registro “*resultando aplicable lo dispuesto en el artículo 2° de la ley N° 19.925, sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas*”.

El Tribunal, razonando respecto de las facultades de los organismos de policía, reprochó “que el proyecto no exige esa autorización judicial previa u otro resguardo cuando –más adelante– alude a la vigilancia e inspección que sobre dichos cibercafés habrán de ejercer la policía uniformada y los inspectores municipales, para el evento en que dichas funciones contraloras no puedan sino materializarse consultando el contenido mismo de los registros, de carácter reservado, en el lógico entendido de estar comprometido el derecho amparado en el artículo 19, N° 4°, de la Constitución” (considerando decimotercero).

En concepto de esta línea jurisprudencial, un organismo administrativo no puede afectar la esfera de los derechos fundamentales (en los casos analizados, los artículos 19 N° 4 y 7°), sin que exista algún tipo de protección. Esta salvaguarda es la “autorización judicial previa” y se explica por la garantía que presta un tercero independiente e imparcial, antes de llevarse a efecto una actuación lesiva por la Administración del Estado.

III. ¿CUÁL ES EL APOORTE CONCRETO DEL TRIBUNAL EN EL PERIODO ESTUDIADO?

Creemos que el aporte aparece del análisis de la segunda línea jurisprudencial. Las personas, ante el ejercicio de una actuación administrativa lesiva siempre pueden impetrar las acciones administrativas y judiciales. Al contrario, en el supuesto que una persona no tenga conocimiento de la violación a sus derechos (como ocurrió en la STC N° 1894) ¿tiene la posibilidad de acceder a la justicia? de otro modo ¿están desprotegidos quienes, frente a una actuación administrativa lesiva, no saben de la lesión a un derecho fundamental?

La persona no está desprotegida, porque en estos casos el DAJ está asegurado por la autorización judicial precedente, que se transforma en parte integrante de las vías de control judicial (en este caso ex ante) de la actuación administrativa¹⁵⁻¹⁶. En otras palabras, siempre que un órgano administrativo quiera ejercer una competencia nociva para los derechos fundamentales, sin el conocimiento del afectado, la autorización judicial previaserá un resguardo para éste¹⁷.

¹⁵ Este protección no es desconocida para el Derecho Administrativo chileno, lo contempló el reglamento “de consumos para los servicios dependientes de la Empresa de Agua Potable de Santiago” de 1937, que señalaba “la Administración de la Empresa podrá interrumpir, previa autorización judicial, los servicios de agua respecto de los cuales se adeuden dos o más meses de consumo, derechos o cuentas de cualquier naturaleza” (Decreto N° 2.479 de 1937, artículo 8°, inciso primero).

¹⁶ La autorización judicial previa fue primigeniamente esgrimida como una garantía de la persona en la STC N° 198, de 4 de enero de 1995. Al conocer del proyecto de ley que sustituyó la Ley que Sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, actual ley N° 19.366, el Tribunal declaró inconstitucional el inciso tercero del artículo 16, éste contemplaba que el Consejo de Defensa del Estado podría recoger e incautar documentación y requerir la entrega de información sujeta a secreto o reserva. Al momento de declarar inconstitucionales estas competencias, el TC señaló “Que el referido inciso tercero del artículo 16 del proyecto vulnera la Constitución al no proteger el goce efectivo de los derechos y libertades que la Carta asegura y garantiza a todas las personas, cuando dota a un servicio público, Consejo de Defensa del Estado, de facultades absolutamente discrecionales (...) las facultades conferidas se ejercen por el servicio sin contemplar su sometimiento a control o aprobación judicial previa alguna (...)” (considerando décimo).

¹⁷ Existe otra hipótesis de “autorización judicial”, luego de que la Administración notifica previamente al ejercicio de una competencia de la idea de realizarla, si la persona se opone, solo los tribunales de justicia podrán resolver de su aplicación. Siendo que todo acto administrativo entra en vigencia al momento de poner en conocimiento del afectado y sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales ejercidas por él (que pueden aparejar su suspensión), si el afectado ocurre a un tribunal de justicia e impugna una sanción administrativa, quien decidirá respecto de ella (a través de una sentencia) siempre será el tribunal y no el mencionado órgano administrativo (STC N° 1518). El Legislador también ha contemplado expresamente esta clase de “autorización judicial”, a modo de ejemplo ante la actuación del Servicio de Impuestos Internos el que ante la negativa de los clientes de entregar información relativa a sus operaciones bancarias, sometidas a secreto o reserva, debe ocurrir a tribunales (artículo 62, inciso segundo, en relación al artículo 62, inciso tercero, N° 3, parte final, Código Tributario). En la Historia de la Ley N° 20.406, modificatoria del Código Tributario, al incorporarse el resguardo de la autorización judicial previa, en este caso ante la omisión de autorización por el afectado, se señaló que “Para evitar ambigüedades de interpretación, la norma deja en claro que en el caso de oposición expresa del titular, la información no será entregada por el Banco, sino una vez que los tribunales se

¿Debe siempre ser antepuesta, por nuestro Legislador, la autorización judicial previa? de otro modo ¿cuáles son las competencias o potestades, ante las que debe contemplarse esta autorización preventiva?

No existe una enumeración taxativa de las facultades administrativas que serán lesivas para su destinatario. Por el contrario, en nuestro ordenamiento jurídico las competencias y procedimientos con estas características, son aquellos destinados expresamente a colisionar con la vida privada, reserva de toda clase de comunicación privada, libertad y propiedad de la persona (que denominamos “competencias, potestades o facultades peligrosas”). A continuación ilustramos los casos existentes.

El Constituyente contempla este resguardo, en beneficio del imputado y de terceros, ante la acción Ministerio Público y de las Fuerzas de Orden y Seguridad (artículo 83, inciso tercero, constitucional). En esta materia, y de forma sistemática, el Legislador del Código Procesal Penal especificó el aludido recaudo precedente al actuar del Ministerio Público, ya que los Fiscales al pretender realizar cualquier competencia investigativa, eventualmente lesiva y sin conocimiento del afectado¹⁸¹⁹, siempre deben solicitar el anterior asentimiento del Juez de Garantía.

También el Legislador, en otros casos, ha previsto esta cortapisa ante el ejercicio de potestades peligrosas: de la Fiscalía Nacional Económica, cuando en casos graves o calificados solicite ejercer una competencia intrusiva, únicamente

hayan pronunciado en un fallo ejecutoriado”. Historia de la Ley N° 20.406, Mensaje Presidencial, 29 de abril de 2009, p. 9. Por lo anterior estimamos que la STC N° 389, de 28 de octubre de 2003, por la que el TC declaró inconstitucional que la Unidad de Análisis Financiero antes de ejercer una de las competencias peligrosas (en similares términos, véase nota 24) solicitara la autorización previa de un Ministro de la Corte de Apelaciones, confunde: la “autorización judicial previa” al ejercicio de la competencia, con la “autorización judicial” que media entre la negativa del afectado a ser objeto de la potestad peligrosa y su realización.

¹⁸ La “autorización judicial previa”, es un principio básico del sistema procesal penal, pues el artículo que la contiene se ubica dentro del Título “Principios Básicos”. Además, el artículo 236 especifica que si el Fiscal quiere ejercer una competencia investigativa eventualmente lesiva para los derechos fundamentales del afectado, sin darle noticia “(...) el juez autorizará que se proceda en la forma solicitada cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se tratare permitiere presumir que dicha circunstancia resulta indispensable para su éxito (...) Si con posterioridad a la formalización de la investigación el fiscal solicitare proceder de la forma señalada en el inciso precedente, el juez lo autorizará cuando la reserva resultare estrictamente indispensable para la eficacia de la diligencia” (artículo 236, Código Procesal Penal).

¹⁹ En la Historia de la Código Procesal Penal, al introducirse esta garantía, se tuvo en cuenta que ésta tendría lugar en la investigación de delitos, en que un fiscal antes de la formalización “no tienesospechosos o no quiere advertirlos”, y luego de ésta “la ausencia de comunicación sea necesaria para la eficacia de la diligencia”. Historia de la Ley N° 19.696, Segundo Trámite Constitucional, Segundo Informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 20 de enero de 1998, p. 306.

al investigar hechos que entorpezcan la libre competencia²⁰⁻²¹; de la Agencia Nacional de Inteligencia, antes de intervenir comunicaciones o información²²⁻²³; de la Unidad de Análisis Financiero, al requerir cualquier antecedente sobre operaciones financieras sospechosas, amparados por secreto o reserva²⁴⁻²⁵, y

²⁰ En este caso la ley contempla vastos resguardos antes del ejercicio de la potestad peligrosa, ya que: las competencias sólo pueden ejercerse en el transcurso de la acreditación por el Fiscal Nacional Económico de determinadas conductas, siempre que el caso sea grave y calificado, y contando con la previa aprobación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Las facultades peligrosas son: “n.1) Entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, a allanar y descerrajar; n.2) Registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción; n.3) Autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones, y n.4) Ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella” (artículo 39, inciso segundo, letra n), decreto ley N° 211).

²¹ En la Historia de la Ley N° 20.361, modificatoria del decreto ley N° 211, el Senador Novoa caracteriza las restricciones judiciales impuestas a las potestades de la Fiscalía Nacional Económica “(...) en lo relativo al doble filtro, estimó que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia podrá hacer una calificación de mérito y oportunidad de las medidas, y un Ministro de Corte de Apelaciones velará adecuadamente por los derechos de las personas”. Historia de la Ley N° 20.361, Segundo Trámite Constitucional, Segundo Informe de Comisión de Economía del Senado, 31 de marzo de 2009, p. 65.

²² No obstante la relevancia de sus fines, relacionados con la seguridad nacional, sólo podrán emplearse los “procedimientos especiales de obtención de información” previa autorización judicial. En este caso las competencias peligrosas son: “a) La intervención de las comunicaciones telefónicas, informáticas, radiales y de la correspondencia en cualquiera de sus formas; (...) d) La intervención de cualesquiera otros sistemas tecnológicos destinados a la transmisión, almacenamiento o procesamiento de comunicaciones o información” (artículo 24 letras a) y d), en relación al artículo 25, inciso primero, ley N° 19.974).

²³ Uno de los principios que fundamentan la ley N° 19.974 es el de “autorización judicial previa”, en cuya virtud el mensaje presidencial señala “el proyecto regula las técnicas intrusivas o métodos encubiertos, para los efectos de producir inteligencia. En esta perspectiva, siempre que se estime por los órganos respectivos la necesidad de recurrir a dichas técnicas o métodos, deberá solicitarse previamente la autorización judicial, la que será otorgada por un Ministro de Corte de Apelaciones. El principio de la autorización judicial previa constituye, por tanto, un resguardo efectivo de los derechos de las personas, más aún si se tiene en cuenta que tal autorización sólo será procedente ante fundadas sospechas de amenaza grave para la seguridad de personas, autoridades o instituciones, o de la seguridad pública”. Historia de la Ley N° 19.974, Primer Trámite Constitucional, Mensaje Presidencial, 10 de octubre de 2001, p. 21.

²⁴ En este caso, el órgano administrativo, al momento de requerir información amparada bajo secreto o reserva, sólo podrá llevar a efecto las competencias previa autorización de un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago. Las potestades peligrosas son las de: “(...) b) Solicitar (...) los antecedentes que con ocasión de la revisión de una operación sospechosa previamente reportada a la Unidad o detectada por ésta en ejercicio de sus atribuciones, resulten necesarios y conducentes para desarrollar o completar el análisis de dicha operación (...)” y en similares términos “i) Acceder (...) a las informaciones y antecedentes existentes en las bases de datos de los organismos públicos” (artículo 2°, letra b) e i), ley N° 19.913).

²⁵ En la Historia de la Ley N° 20.119, modificatoria de la ley N° 19.913, al incorporarse el resguardo de la autorización judicial previa se explicó, por el Diputado informante Jorge Burgos, que esto significaba que “se debe pedir a través de un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, en sede de tribunales. No es un acto directo administrativo. Se pide, pero lo evalúa, con plena capacidad de evaluación y autonomía, un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago”. Historia de la Ley N° 20.119, Discusión en Sala de la Cámara de Diputados, 10 de agosto de 2005, p. 18.

del Ministerio de Transporte, previo a nombrar un administrador provisional, durante el procedimiento declaratorio de caducidad de una concesión²⁶.

Pero no lo ha hecho de forma uniforme, a modo de ejemplo, recientemente omitió incorporarlo en la Superintendencia del Medioambiente²⁷⁻²⁸ y en la de Educación²⁹⁻³⁰.

¿Qué sucederá en los casos en que el Legislador ha omitido contemplar la autorización judicial previa ante una eventual competencia lesiva? ¿queda desprotegido el particular ante el descuido legislativo?

De no contemplarse esta garantía, creemos que esta línea jurisprudencial cimenta lo que denominamos “impugnación supuesta de la actuación administrativa” que apareja el deber para todo órgano administrativo, ante la imposibilidad del afectado de conocer un acto atentatorio de sus derechos fundamentales, de solicitar la aquiescencia previa del juez competente.

Esto tiene lugar ya que esta línea jurisprudencial entiende que: las trabas previas que impiden al juez conocer de un conflicto, son inconstitucionales (STC N° 1580 y 1865); todo acto administrativo lesivo es susceptible de ser impugnado (STC N° 2009); el evento que una persona no sepa de la afectación a sus derechos no es óbice para su control judicial (STC N° 1894).

²⁶ El Ministro sólo podrá nombrar al “(...) administrador provisional, previa autorización judicial, una vez iniciado el procedimiento de caducidad de una concesión y siempre que se haya producido la paralización del servicio de transporte por dos o más días consecutivos (...)” (artículo 3°, inciso decimocuarto, ley N° 18.696).

²⁷ En la Historia de la Ley N° 20.417 se advirtió que era necesario someter a la autorización judicial previa las competencias entregadas los funcionarios de la Superintendencia, específicamente la de “ingresar a inmuebles, establecimientos o recintos públicos o privados en que se desarrollen actividades objeto de fiscalización, tomar muestras o registros del sitio o bienes fiscalizados (...) y, en general, proceder a la ejecución de cualquier otra medida tendiente a hacer constar el estado y circunstancias de las actividad fiscalizada” (artículo segundo, artículo 28, inciso tercero) incluso se presentaron indicaciones para tal objeto, las que finalmente fueron rechazadas. Historia de la Ley N° 20.417. Primer Trámite Constitucional, Informe de Comisión de Recursos Naturales de la Cámara de Diputados, 1 de abril de 2009, pp. 148 y 271.

²⁸ El Tribunal (STC N° 1554, de 6 de enero de 2010) no se pronunció, en ejercicio de la facultad de control preventivo obligatorio, respecto de la omisión de autorización judicial previa al ejercicio de competencias cuyo ejercicio puede lesionar derechos fundamentales, pues tales preceptos no fueron calificados como leyes interpretativas u orgánicas constitucionales.

²⁹ En la Historia de la Ley N° 20.529 se hizo notar que se debía supeditar a una orden judicial previa, entre otras, la competencia entregada a la Superintendencia relativa a “ingresar a los establecimientos educacionales y dependencias del sostenedor que tengan relación con la administración del establecimiento educacional, a objeto de realizar las funciones que le son propias (...)”. Historia de la Ley N° 20.529, Segundo Trámite Constitucional, Informe de Comisión de Educación de la Cámara de Diputados, de 16 de diciembre de 2009, p. 56.

³⁰ El Tribunal (STC N° 2009) no se pronunció al respecto, ya que consideró que las normas no tenían el rango requerido por el artículo 93 N° 1 constitucional.

Así, en este escenario afirmamos tiene lugar la “impugnación supuesta de la actuación administrativa” en cuya virtud, si se ejerce esta potestad peligrosa sin especificar garantía judicial alguna para los derechos fundamentales de sus destinatarios, el organismo administrativo debiera poner el conflicto en conocimiento del juez competente, a fin de que éste juzgue su juridicidad.

La Administración debiera encaminar a un tribunal de justicia las circunstancias de hecho y derecho que justifican su actuar, a objeto que pondere, contraponiendo los derechos del afectado, si se ajustan o no a derecho. De este modo el DAJ, en cuanto a su legitimación activa, queda entregado a la Administración, la que de oficio deberá someterse al escrutinio de los tribunales.

Así, tanto la “autorización judicial previa”, como la “impugnación supuesta de la actuación administrativa” forman parte de la labor que una línea jurisprudencial del TC encarga a dos poderes del Estado, con miras al pleno respeto del DAJ de las personas.

En conclusión, estimamos que el TC, a través de esta segunda línea jurisprudencial, ha extendido el alcance del DAJ, innovando en el modo en que han de protegerse los derechos constitucionales. Pendiente queda el análisis del sometimiento de los poderes públicos a esta prescripción, como también la evaluación de su eficacia.