

LA INEXPLICABLE AUSENCIA DE UNA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN EL ESTADO DE CHILE

Rolando PANTOJA BAUZÁ*

Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos, porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana. La cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu.**

SUMARIO: I. *El reconocido dinamismo del constituyente y del legislador chileno.* II. *Su extraña ineficiencia en materia de justicia administrativa.* III. *La doctrina iusadministrativa se ha debatido entre la esperanza inicial de contar con una justicia administrativa, el desconcierto de una agitada casuística posterior y la decepción de una inercia mantenida en el tiempo.* IV. *En la ruta de una explicación: ¿qué factores han contribuido a hacer de Chile el gran ausente del mapa occidental de la justicia administrativa?* V. *El agudo desencuentro doctrinal.* VI. *Una tesis judicial contradictoria: desde incompetencia absoluta a la plena competencia contencioso administrativa.* VII. *El papel juridizador del control administrativo externo: “garante de la vigencia efectiva de un Estado de derecho”.* VIII. *Conclusiones.*

I. EL RECONOCIDO DINAMISMO DEL CONSTITUYENTE Y DEL LEGISLADOR CHILENO

Chile ha conquistado su independencia en breve tiempo, sin grandes sacudimientos y ha afianzado sus instituciones sin profundos trastornos inter-

* Titular de la cátedra de Derecho administrativo. Presidente del Capítulo de Altos Estudios Administrativos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

** Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, preámbulo, 1948.

nos. Ha dado tiempo a que se formasen en su seno verdaderos estadistas. Su administración ha estado, por lo mismo, desde el principio, exenta de grandes máculas, y aunque la tendencia al conservadurismo ha sido allí muy acentuada, las reformas institucionales y sus progresos en la administración no han sido pocos, ni de escasa trascendencia.¹

En Chile, el gran dinamizador de la vida y del desarrollo de la administración del Estado ha sido el constituyente-legislador, constituido por el presidente de la República y el Congreso Nacional, guiado por esa sensibilidad especial que caracteriza a la naturaleza política, y que le permite percibir necesidades sociales dentro de su misión de solucionar efectivamente esos requerimientos, en un campo en el que la realidad se impone por sobre la teoría.

Dentro de una tradición jurídica de inclinación abiertamente aplicativa y no constructiva, ha debido ser el legislador quien trace la línea innovativa. La doctrina y la jurisprudencia se han orientado a explicar, ordenar y viabilizar sus iniciativas, sin alterar su reconocido papel jurídico apuntado a la comprensión y realización del ordenamiento de derecho.

Ello ha sido así, no sólo porque constitucionalmente sea el legislador la autoridad llamada a crear, modificar y suprimir cargos públicos, y fijarles sus atribuciones; crear, modificar y suprimir servicios, y determinar sus funciones, sino porque también es a él a quien le corresponde regular las consecuentes situaciones y relaciones jurídicas que concurren en el ámbito de lo administrativo.

Este papel innovativo habría de ser notablemente cumplido por el legislador durante el periodo de mayor desarrollo administrativo del país, durante el Estado social, cuyo origen y desarrollo data de 1920 en adelante, y durante el cual superó inteligentemente las limitaciones constitucionales que enturbiaban la consagración de la descentralización administrativa funcional, para crear por vía legal un complejo escenario de servicios públicos personificados, llamados hoy servicios descentralizados por la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuya proliferación y densidad haría decir a un procesalista, en 1970, que:

No hay nada más sombrío, por no decir oscuro, dentro de nuestra legislación, que lo relacionado con las corporaciones y fundaciones de derecho

¹ Así lo consigna el profesor María de Pena, en el prólogo del *Resumen de derecho administrativo* del profesor chileno de Derecho administrativo don José Domingo Amunátegui Rivera, publicado en Montevideo, Uruguay, 1900, p. XXX.

público. Nadie tiene, entre los entendidos, un concepto claro y seguro sobre esta intrincada cuestión y, para mayor confusión, las nuevas leyes, lejos de explicarla en cualquier forma, han venido a complicarla aún más con la creación de ciertas instituciones con los nombres de fiscales y semifiscales, denominación esta última que ni siquiera es propia, con sólo atender a que el vocablo “semi” significa mitad precisa, por lo que aquellas instituciones debieran llamarse mejor “cuasifiscales”.²

II. SU EXTRAÑA INEFICIENCIA EN MATERIA DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Por eso extraña, por decir lo menos, la ineficiencia mostrada por el legislador en el establecimiento de la justicia administrativa como sistema general de composición de los conflictos jurídicos administrativos que se promuevan en el país, más aún cuando la Constitución Política de la República, desde hace ya muchos años, ha instituido una justicia civil, una justicia militar, una justicia criminal, una justicia constitucional, una justicia electoral, una justicia de cuentas y consultado la existencia de una justicia administrativa, sin concretarla en la realidad, para presentar al país, al día de hoy, ante la comunidad nacional e internacional, como la única nación de occidente que carece de un sistema de justicia administrativa concebido y estructurado dentro de los parámetros aceptados por el mundo moderno y contemporáneo.

El legislador ha rehuído, pues, componer los conflictos contencioso administrativos a través de sedes jurisdiccionales generales, lo que levanta la interrogante de saber por qué se ha producido una situación de esta naturaleza, en circunstancias que en verdad todos los índices del país se orientan en otra dirección, favoreciendo una justicia administrativa que sirva de cierre virtuoso al circuito del Estado de derecho.

III. LA DOCTRINA IUSADMINISTRATIVA SE HA DEBATIDO ENTRE LA ESPERANZA INICIAL DE CONTAR CON UNA JUSTICIA ADMINISTRATIVA, EL DESCONCIERTO DE UNA AGITADA CASUÍSTICA POSTERIOR Y LA DECEPCIÓN DE UNA INERCIA MANTENIDA EN EL TIEMPO

Es comprensible, en estas condiciones, que lo contencioso administrativo en Chile haya hecho oscilar a la doctrina jurídica entre la esperanza

² Anabalón Santander, Carlos, *Tratado práctico de derecho procesal civil chileno*, 2a. ed., Santiago, 1970, t. I, vol. III, p. 184, nota XXIX.

alimentada por la creación de la justicia administrativa en la Constitución de 1925, el desconcierto suscitado por la inorgánica concreción posterior de ese mandato por el legislador y la desilusión provocada por la inercia de una indefinición legislativa mantenida hasta hoy.

En efecto, cuando el constituyente de 1925 consagró por primera vez en el ordenamiento nacional la existencia de tribunales administrativos a cargo de jueces independientes de la administración pública, remitiendo su organización y atribuciones a la ley, un soplo de entusiasmo recorrió las aulas universitarias. Anotaba el profesor Guillermo Varas Contreras en 1940:

Este gran vacío de nuestra legislación administrativa parece camino de salvarse desde la Constitución de 1925, que reconoció, en forma explícita, la necesidad de asegurar a los particulares el amparo de sus derechos lesionados por actos arbitrarios de las autoridades políticas o administrativas, mediante la creación de tribunales administrativos.³

Con los años, este ilusionado entusiasmo que había originado la carta fundamental de 1925, de contar con una nueva y efectiva justicia administrativa, habría de estrellarse con la actitud negativa del legislador, para dar paso al desconcierto. “La ausencia de órganos jurisdiccionales especiales para el conocimiento general o en plenitud de lo contencioso administrativo” —hará ver el profesor Hugo Pereira Anabalón en 1971— ha generado un panorama que “no puede ser más inorgánico, falta de técnica y de sistema”, dominado por múltiples organismos creados por la ley a título de “mecanismo vigente para la composición de los conflictos administrativos”.⁴

Ya en nuestros días, en 2000, un distinguido profesor universitario, que por años ha dedicado su atención profesional y doctrinal a esta materia, no ha vacilado en renunciar a las expectativas que hizo surgir la posibilidad de su creación:

Se termina el siglo XX sin tribunales contencioso administrativos y las esperanzas que alguna vez se tuvieron de su creación en ese siglo, se esfumaron. Aquellos que nos hemos dedicado al derecho administrativo como

³ Varas Contreras, Guillermo, *Derecho administrativo*, Santiago, Editorial Nacimiento, 1949, p. 382.

⁴ Pereira Anabalón, Hugo, “Unidad de jurisdicción y justicia administrativa en el derecho chileno”, *Revista de Derecho Público*, núm. 12, 1971, pp. 49 y 50.

disciplina académica, hemos vivido toda nuestra vida universitaria en gran parte vinculada a este problema, y, duro es decirlo, estoy llegando a estas alturas a la conclusión que finalmente no se establecerán. Al menos, no en nuestro tiempo.⁵

IV. EN LA RUTA DE UNA EXPLICACIÓN: ¿QUÉ FACTORES HAN CONTRIBUIDO A HACER DE CHILE EL GRAN AUSENTE DEL MAPA OCCIDENTAL DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA?

En los círculos ciudadanos, e incluso universitarios, se acostumbra atribuirse este desinterés del gobierno y del legislador por establecer la jurisdicción administrativa a dos razones principales: por una parte, se dice, la historia demuestra que todo gobierno es reacio al control en una búsqueda inagotable de poder y libertad de acción; por la otra, se manifiesta, la creación y manutención de los tribunales administrativos demandaría un gasto que el país no está en condiciones de soportar. Sin embargo, la realidad demuestra que estos argumentos carecen de fundamento en la realidad chilena.

Desde luego, los gobiernos del país, por tradición hispana, arraigada en una práctica de siglos, han estado sometidos desde siempre a controles formales y sustanciales; y a responsabilizar, los que se han mostrado cada más vez rígidos y completos a medida que transcurren los años y los tiempos. Hoy día, por ejemplo, Chile es el único país del mundo que desde 1943 obliga a las autoridades gubernamentales y administrativas a decidir sólo mediante decretos y resoluciones, bajo pena de nulidad, y a exigir que estos actos, una vez dictados y antes de ser ejecutados, cumplan un control preestablecido de constitucionalidad y de legalidad a cargo de un organismo externo, constitucionalismo autónomo, en un trámite obligatorio que precede y condiciona su vigencia y ejecución posteriores, trátase de declaraciones de voluntad del presidente de la República, de un jefe de servicio o de un gobernador de provincia.

Mal podría pensarse, entonces, que la sujeción al control individual ejercido por medio de demandas ciudadanas pudiera ser una causa tan poderosa como para fundar en él el desinterés del gobierno por crear los tribunales de justicia administrativa, si ya está sometido a ese control jurídico de oficio que ejerce la Contraloría General de la República, en for-

⁵ Pierry Arrau, Pedro, "Tribunales contencioso administrativos", *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, año I, núm. 2, diciembre de 2000, p. 97.

ma independiente, conforme a sus propias políticas y facultades de fiscalización, y que abarca todo su actuar.

Tampoco puede basarse esa falta de interés en la falta de recursos financieros para sufragar los gastos que requiera su implementación y manutención, como lo han pensado normalmente incluso los anteproyectos y proyectos redactados hasta ahora para establecer estas sedes jurisdiccionales, que movidos por esta preocupación se adelantan a contemplar su establecimiento sólo en las ciudades más importantes de la nación, autorizando un proceso gradual posterior a medida que se requiera y que permita el presupuesto nacional.

Efectivamente, la práctica ha demostrado la inconsistencia de este argumento, como la realización de la reforma procesal penal y de la reforma procesal civil en materia de familia, que hizo movilizarse e incorporó a los nuevos organismos a miles de personas y muchos millones de dólares, sin que esas importantes iniciativas legislativas hayan experimentado tropiezo alguno por razones financieras, facilitando su concreción en octubre de 2005, incluida la capacitación de los profesionales y jueces que deben servir en los nuevos organismos creados para llevarlas a cabo.

Considérese solamente que la Reforma Procesal Penal ha significado pasar de un sistema de setenta y nueve jueces del crimen, al actual, que consta de cuatrocientos veinte jueces de garantía y trescientos noventa y seis jueces penales orales, incorporados al Poder Judicial; de seiscientos cuarenta y dos fiscales designados para servir en el Ministerio Público, y de cuatrocientos diecisiete defensores públicos, sin contar las doscientas treinta y dos abogacías privadas licitadas y adjudicadas a lo largo del país por la defensoría penal pública, para cumplir adecuadamente las finalidades de la gran reforma, y que el apoyo profesional y administrativo que requieren esos órganos ha requerido del nombramiento de cinco mil seiscientas personas, según las estadísticas con que se trabaja en el sector.

En enero de 2004, el Ministro de Justicia manifestó que el gobierno estimaba que el costo total de implementación del nuevo sistema ascendía a trescientos cuarenta mil millones de pesos.⁶

En cuanto a la justicia de familia, su instalación está prevista para el 1.º de octubre de 2005, día en que comenzarán a funcionar los doscientos cincuenta y ocho jueces de familia, adscritos a sesenta tribunales especiales,

⁶ Sólo para los efectos aproximativos, puede calcularse el valor del dólar a 590 pesos chilenos por cada uno de ellos.

a los cuales se sumarán setenta y siete juzgados de letras que tendrán competencia en esos asuntos, todos los cuales reemplazarán a los actuales cincuenta y un jueces de menores que existen en el país, todo ello con una inversión inmediata de cincuenta y cinco mil millones de pesos.

Siendo así, sostener que la ausencia de una justicia administrativa en el país se halla en una falta de recursos financieros es una explicación que carece de todo sustento, ya que los hechos demuestran fehacientemente que al existir voluntad política pueden hacerse innovaciones modernizadoras radicales en la República, en beneficio de la comunidad nacional, y mueven a plantearse el por qué de esta falta de voluntad política para instaurar la justicia en el campo administrativo, pese a la evidente importancia que representa para la vida de las personas y para el mismo desenvolvimiento de la actividad estatal dentro de parámetros del bien común que superen la fórmula privatista del *do ut des*.

Lo que ocurre más bien, es la desinteligencia nacional por alcanzar una solución inteligente y coherente para el tema de la justicia administrativa, ya que del *iter* histórico de lo contencioso administrativo en Chile surge la imagen sorprendente de un aciago y persistente desencuentro de la doctrina en el enfoque de las ideas claves del sistema, causando con ello un agudo desconcierto ciudadano que alcanza al legislador, y de una institucionalidad que se ha ido acomodando de tal modo a esa ausencia, que en definitiva ha cerrado las puertas a su aceptación, sea porque ha tendido a absorber las causas contencioso administrativos, lo que ha hecho con éxito el Poder Judicial, o a suplir la ausencia de esas sedes jurisdiccionales, lo que ha alcanzado con iguales resultados la Contraloría General de la República, aunque ni uno ni otra con la eficiencia y eficacia requerida para dar satisfacción real a esas necesidades del país.

V. EL AGUDO DESENCUENTRO DOCTRINAL

Una de las importantes razones que ha cegado la vertiente contencioso administrativa de una justicia general de composición de conflictos administrativos en Chile, ha sido el desafortunado desencuentro que se ha dado en la doctrina publicística de la nación que ha analizado el tema, creando un escenario que las contradicciones espontáneas han provocado incertidumbre, creando agudas desconfianzas y debilitado las convicciones que inicialmente favorecían la concreción de esa laudable idea, llevándola al estado en el que hoy se encuentra.

Cronológicamente, esas disonancias concurren en todas las interpretaciones constitucionales modeladas por la doctrina, desde sus análisis de la Constitución de 1828 hasta los de la de 1980, pasando por las modificaciones mayores o menores de 1833, 1874 y 1925, y aun de 1989, a propósito de la importante Ley núm. 18.825, que nuevamente dio origen en esta materia a afirmaciones en blanco y negro que no contribuyeron constructivamente a ningún resultado del país.

1. *El desencuentro doctrinal frente a las Constituciones de 1828 y 1833*

La actitud asumida por la doctrina frente a los artículos 96, numeral 3o., de la Constitución de 1828, y 104, numeral 7o., de la carta de 1833, que entregaron el conocimiento de los juicios “que resulten de contratos celebrados por el gobierno, o por los agentes de éste en su nombre” a la Corte Suprema de Justicia, y el de “las disputas que se suscitaren sobre contratos o negociaciones celebradas por el gobierno supremo y sus agentes” al Consejo de Estado, respectivamente, marcan el inicio de los desenfoques de análisis que se han dado en el ámbito de la justicia administrativa.

Los autores que se ocuparon de analizarlos, no dudaron en afirmar que se hallaban en presencia de la primera regulación chilena de lo contencioso administrativo, por el solo hecho de constatar allí presencia administrativa, sin reparar en que los conflictos derivados de las contrataciones o negociaciones a que ellos se referían eran asuntos reconocidamente civiles por aquellos años, y que las únicas notas originales que presentaban esos códigos constitucionales, al aprobar dichos preceptos, eran las de haber confiado el conocimiento de esos negocios civiles a un tribunal distinto de primera instancia que había de conocerlos, en el primer caso, y haberlos sustraído de la órbita de competencia de la jurisdicción civil, para adscribirlo a un órgano de gobierno, como era el Consejo de Estado, en el segundo.

“Lo contencioso administrativo empieza en Chile con la Constitución de 1828”, dirá en este sentido el profesor Juan Antonio Iribarren en 1936,⁷

⁷ Iribarren, Juan Antonio, *Lecciones de derecho administrativo*, Santiago, Editorial Nacimiento, 1936, p. 48. Alcayaga S., Eduardo, *De lo contencioso administrativo*, Memoria de prueba, Santiago, Universidad de Chile, El Esfuerzo, 1930, pp. 77 y 78.

adhiriendo así a lo expresado en 1930 por Eduardo Alcayaga, quién, en su memoria de prueba para optar al grado de licenciado por la Universidad de Chile, había afirmado que “la Constitución de 1828 establecía... lo contencioso administrativo”.

El profesor Manuel Jara Cristi ejecutaría con su autoridad estas aseveraciones señalando que “la Constitución de 1828 partía del principio de la unidad jurisdiccional”,⁸ pero sin detenerse tampoco a precisar por qué en este caso cabía hablar de un contencioso administrativo si sólo se trataba de un contencioso de la contratación; más aún cuando la posibilidad de demandar pecuniariamente al Estado en asuntos civiles nunca se había entendido cerrada a los agraviados en sus derechos por actitudes imputables a organismos estatales.

A su vez, refiriéndose al Código Político de 1833, otro memorista de la Universidad de Chile, José M. Rojas González, habría de sostener que el artículo 104, atribución 7a., del Código Político de 1833, testimoniaba haber consagrado una función contenciosa administrativa de naturaleza administrativa jurisdiccional, porque en él la “facultad de administrar justicia en esa materia le correspondía a un órgano administrativo”, que se situaba “en el mismo rango que la jurisdicción civil y penal”, dentro del “sistema de justicia delegada”, una de las variantes del “sistema administrativo” de organización de estos tribunales, y cuya característica se encontraba “en que [en él] la facultad de juzgar corresponde en principio a la administración y ésta la delega en organismos especiales formados con personal que la misma administración proporciona y al cual se le concede la debida independencia para el correcto desempeño de sus funciones”,⁹ incurriendo en un defecto análogo: identificar presencia administrativa con contencioso administrativo, sin detenerse a establecer qué era en verdad lo que constituía lo contencioso administrativo.

En la perspectiva del tiempo, con todo, parece claro que antes que consagrar una justicia administrativa, en tanto aplicación jurisdiccional a los conflictos jurídico administrativos, lo que estas Constituciones buscaron establecer no fue otra cosa que dar seguridad de juzgamiento al Estado, dentro de la libertad —en 1828—, confiando los más importantes asuntos contenciosos del país a la Corte Suprema de Justicia, y dentro

⁸ Jara Cristi, Manual, *Derecho administrativo*, Santiago, Editorial Nacimiento, 1943, p. 267.

⁹ Rojas González, José M., *Tribunales contencioso-administrativos*, Memoria de prueba, Santiago, Universidad de Chile, 1934, pp. 11, 20 y 51.

del orden —en 1833— al entregarlos al Consejo de Estado, órgano formado por hombres públicos de probada experiencia en asuntos estatales, sin que este pragmatismo constitucional pudiera abonar la idea de que esos códigos políticos estaban reconociendo por ello, en esas contrataciones, una caracterización jurídica especial, diferenciada de los demás actos jurídicos de esa naturaleza celebrados en la República, porque no existía, y lo único que se comprobaba como peculiar en ellas era el monto de lo involucrado en ellos, cuya disponibilidad era importante para la sociedad.

La readecuación de este contencioso, dispuesta por la carta de 1833, estuvo inspirada, sin lugar a dudas, en esa búsqueda de establecer “los medios de asegurar para siempre el orden y la tranquilidad pública”, que había guiado a sus redactores, y que destacara el presidente Prieto en el preámbulo de la Constitución; espíritu que sería ilustrado por la experiencia captada en Londres por uno de los padres de ese Código Constitucional, el insigne Mariano Egaña, primer decano de derecho del país republicano, quien hizo ver a su padre la importancia que revestía para Chile el conocimiento de los sistemas inglés y francés, consolidados, desde formas tan distintas en sus respectivos territorios, en una clara línea de desenvolvimiento institucional adaptada a sus específicas maneras de ser:

Muy defectuosa habría quedado mi educación política, si yo no hubiese venido a Francia —le dice a don Juan Egaña, en carta fechada en París el 16 de febrero de 1828—, porque es preciso observar estas dos grandes naciones vecinas y compararlas. De esta comparación resulta que se penetra uno prácticamente de grandes verdades políticas, cuyo conocimiento es indispensable para servir a la patria con provecho. Cuando uno conoce por medio de esta comparación [sus características], alcanza la certeza de aquel importantísimo principio que nada valen las instituciones si no están apoyadas sobre el carácter nacional, o lo que es lo mismo, que las leyes nada son sin las costumbres.¹⁰

En el contexto de su época, en 1833, no cabía someter al jefe de Estado a un fallo condenatorio de la Corte Suprema de Justicia, como lo admitía la Constitución de 1828, porque eso equivalía a debilitar peligrosamente la majestad del Estado, representada por el jefe de Estado.

¹⁰ Véase Campos Harriet, Fernando, *Historia constitucional de Chile*, 6a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1983, p. 359.

Los hombres de 1833 habían optado por realzar la potestad presidencial, y en esta definición no pudieron menos que arrastrar al artículo 99, numeral 3o., del Código Político de 1828, pero ajenos por supuesto a reconocer en esas contrataciones alguna especial naturaleza que los revistiera del carácter potestativo público que reconocía al ejercicio de la autoridad política.

Los constituyentes de 1833 —ha dicho Alberto Edwards— se inclinaron decididamente por la prerrogativa pública. Los fuertes poderes del jefe de Estado surgirían así, no “de una usurpación y de un abuso —como en un golpe de Estado—, sino por ministerio de la ley”.

Los constituyentes de 1833 comprendieron que los males inseparables de toda dictadura, y aun de todo poder demasiado vigoroso, serían reducidos a su mínimo, si legitimaban constitucionalmente esa forma de gobierno. Su autoridad —la del presidente de la República— sería más sólida y más respetable. Los elementos de desorden no se encontrarían delante de un revolucionario como ellos, que por obra de la audacia y sin más derecho aparente que su capricho usurpa la soberanía del pueblo y pisotea las leyes fundamentales. El poder absoluto que ejercieran antes los presidentes coloniales en nombre del soberano legítimo, que era el rey de España, lo ejercerían ahora los presidentes de la República, delegatarios también, en teoría, del nuevo soberano que era el pueblo. Nada iba a cambiar, Chile seguiría gobernándose en la forma a que estaba acostumbrado.¹¹

La Constitución de 1833 consagra la existencia de “un monarca constitucional”, —acotaría Guillermo Feliú Cruz—. ¹²

El artículo 104, atribución 7a., al radicar el juzgamiento del contencioso de los contratos celebrados por la administración al Consejo de Estado, no respondió, por consiguiente, a una convicción teórica, ni manifestó una convicción *a priori* del constituyente sobre especificaciones jurídicas determinadas que autorizaran una regulación distinta de la común; fue sólo el fruto del pragmatismo autoritario que animó al constituyente de 1833 a dar esa solución frente al estado de cosas existente en la época, por lo que es inductivo a error teorizar el contenido de ese precepto para erigirlo en una expresión normativa pionera de lo contencioso ad-

¹¹ Edwards, Alberto, *Organización política de Chile*, Chile, Editorial del Pacífico, 1972, pp. 128 y 129.

¹² Feliú Cruz, Guillermo, “Durante la República”, *La Constitución de 1833 y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1951, p. 112.

ministrativo que alcanza a Chile y, por el tiempo de su concreción, un significado que trascendería sus fronteras.

2. *El desencuentro doctrinal frente a la reforma constitucional de 1874*

Más abierto y contrastante habría de ser el desencuentro doctrinal que se produjo en 1874, a raíz de una de las grandes reformas impulsadas por el pensamiento liberal a la Constitución de 1833, a la cual, los espíritus avanzados de aquel tiempo, que eran mayoría, veían como una simple prolongación del autoritarismo colonial contradictorio con el espíritu y la vivencia republicanos.

Los fuegos los encendió el segundo profesor de derecho constitucional con que contó la República, don Jorge Huneeus, al presentar a esa disposición como una copia servil del modelo de “los franceses, que han inventado el sistema jurisdiccional administrativo-contencioso”, ideación de un régimen del “más atroz despotismo”, para ampliar el radio de su arbitrariedad:

Organícense las cosas de manera que no exista posibilidad de que se promuevan contiendas de competencia —decía en 1891—, entonces no habrá para qué preocuparse de establecer quién ha de decidir las. Adóptese el sistema que rige en Inglaterra y en Estados Unidos, países en los cuales jamás juzga la administración, y desaparecerán por completo esas competencias que han sido entre nosotros tan frecuentes, y que, con placer lo notamos, van disminuyendo de día en día, merced al espíritu que en estos últimos años ha dominado en nuestra legislación, de arrancar de manos de la administración la facultad de fallar asuntos contenciosos.

La llamada jurisdicción contencioso administrativa —agregaba— sólo se explica por la filosofía de su creador, “El sistema napoleónico, concentración audaz del más atroz despotismo”, ya que sólo un régimen de esa naturaleza “ha podido tener interés en asilarse en el falso argumento que sirve de apoyo a la jurisdicción administrativo-contenciosa”.

Hay que borrar “por completo, y con mano firme, todo aquello que aún se conserva en nuestras instituciones del sistema francés”, —concluía afirmando convencidamente—.

La reforma de 1874, al suprimir la atribución 7a. del artículo 104 del Código Político de 1833, “es el mejor argumento que puede oponerse a los defensores de la jurisdicción administrativo-contenciosa, si todavía los hubiere en Chile”, —recalcaba—. “Todo esto, que hoy nos parece tan obvio, pues es una lógica consecuencia del principio de la separación de los poderes públicos, fue lamentablemente desconocido en diversas leyes, las que hoy están —¡a Dios gracias!— completamente derogadas.”¹³

Las opiniones del señor Huneeus tuvieron y aún tienen repercusión doctrinal en el país. Sin embargo, ellas se revelan doblemente injustificadas y se presentan al observador más bien como un ejemplo más de la accidentada ruta que ha seguido la justicia administrativa en Chile.

Eran injustificadas, en primer lugar, sus opiniones, porque no se ceñían a los hechos históricos e institucionales. Aquella afirmación que asimilaba la situación creada por el artículo 104, atribución 7a., de la carta de 1833, al “sistema francés”, como él sostenía, para encontrar allí un preconcebido ánimo de alimentar el “más atroz despotismo”, más que remontarse a Francia, encontraba su origen en una antigua práctica nacional heredada del sistema español, desde el cual evolucionó el sistema republicano nacional, haciéndola suya.

Es sabido, en efecto, que durante la monarquía española, bajo el imperio de los Austrias y de los Borbones, no existió separación de los poderes del Estado, atendida la *summa potestas* ejercida por el rey, nota peculiar de la época y de ese régimen político, como lo registra la historiografía.

En Chile, “Los gobernadores reunían en sus manos —recuerda Enrique Zorrilla Concha— el poder político, administrativo y militar”, y “En materia judicial, de acuerdo con su título de gobernadores, capitanes generales y justicias mayores, conocen de las apelaciones interpuestas contra las sentencias de los alcaldes ordinarios”. A nivel territorial, los corregidores y alcaldes mayores, que eran designados por el gobernador, eran sus verdaderos representantes, “por lo que podían conocer en asuntos de gobierno, de guerra, de pacificación y alzamiento”, y “en materia judicial, de pleitos civiles y criminales, tanto en primera instancia, sin usurpar la competencia de los alcaldes ordinarios, como de las apelaciones entabladas contra los fallos de estos últimos”.

Al implantarse “el régimen francés de intendentes —y subdelegados, expresa Zorrilla Concha—, estos funcionarios pasaron a desempeñar el

¹³ Huneeus, Jorge, *La Constitución ante el Congreso*, Santiago, Imprenta Cervantes, 1891, t. II, pp. 213, 226-228 y 230.

papel de justicia mayor, sustituyendo a los corregidores y alcaldes mayores, con similares atribuciones judiciales, aunque superiores”.¹⁴

Es injusta, en segundo término, la apasionada crítica formulada por el profesor Huneeus, porque la verdad es que surge de un concepto incompleto de lo que era, significó y representa el sistema contencioso administrativo en el régimen de justicia occidental. Como lo señala explícitamente, para él, “el único caso en que concurrían [los requisitos de un contencioso administrativo] era en el de las cuestiones referentes a contratos celebrados por el gobierno o por sus agentes, a los cuales se refería la parte 7a. del artículo 104”, porque en tal supuesto, si “la ruptura del contrato no fuere motivada por el contratista [los tribunales del fuero común], declararían que éste tenía derecho al abono de perjuicios con arreglo a la ley, y fijarían su monto, si había lugar a ellos”.

Esto, empero, no es así, porque las cuestiones referentes a contratos no configuran el único caso de contencioso administrativo. Justamente, la originalidad de la justicia administrativa emana de haber alcanzado a los decretos de la autoridad, a los actos unilaterales del poder ejecutivo, hecho inédito para la publicidad decimonónica y el rasgo verdaderamente novedoso del nuevo mundo administrativo.

El sistema francés reconoce un principio impugnatorio en los actos administrativos y, en él, una de las acciones procesales claves que justifica la existencia de los tribunales especializados es el *recour pour excés de pouvoir*, el recurso por exceso de poder, que carece de contenido pecuniario para orientarse hacia la realización del principio de la legalidad, llamando a los particulares a dejar sin efecto ante tribunales una decisión administrativa ilegalmente adoptada, en una fórmula que hoy se denominaría participativa, en defensa del imperio del derecho.

La cruda y enérgica condena del profesor Huneeus: “los decretos-sentencias, absurdos como el sistema mismo de jurisdicción administrativo-contenciosa, que no concebimos cómo puede ser concebido por publicistas de nota”,¹⁵ junto con desacreditar públicamente el sistema, ignoró la filosofía personalista que sustentaba la justicia administrativa, cayendo en apoyar lo que él buscaba rechazar: la razón de Estado, pues

¹⁴ Zorrilla Concha, Enrique, *Esquema de la justicia en Chile colonial*, Santiago, Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales de Santiago de la Universidad de Chile, 1942, Colección de Estudios y Documentos para la Historia del Derecho, Estudios Institucionales, t. IV, pp. 39-45.

¹⁵ Huneeus, Jorge, *op. cit.*, nota 13, p. 214.

apareció simultáneamente como el defensor de la inimpugnabilidad de los decretos y resoluciones de la autoridad administrativa, aliándose con el autoritarismo que había consagrado en esta materia el Código Civil, al disponer en su artículo 45 que el caso fortuito o fuerza mayor era un imprevisto al que es imposible resistir, como “el acto de autoridad de funcionario público”.

“En el caso propuesto —enfaticó el señor Huneeus—, no cabe que los tribunales ordinarios pudieran rever, revocar ni dejar sin efecto el acto administrativo que motivare el pleito.”¹⁶

En esta óptica se revelaba una vez más la herencia absolutista que asimiló el constitucionalismo clásico, al reconocer al rey y enseguida a la ley como la fuente de todo derecho y de toda justicia, y hacer inimpugnables las decisiones de la autoridad, como lo estableció paradigmáticamente el edicto de Saint Germain, de 1641, “que consagró la especificidad del contencioso administrativo frente al contencioso judicial prohibiendo a las cortes de justicia conocer de todos los negocios “que pueden referirse al Estado, su administración o al gobierno mismo”, principio que habrá de verse reafirmado por “dos decisiones del Consejo del Rey del 19 de octubre de 1657 y del 8 de julio de 1661, respectivamente, que reservaron el conocimiento de los asuntos administrativos a autoridades dependientes del poder real”.¹⁷

En la proyección de los tiempos, la verdad es que la tesis del profesor Huneeus contribuyó a confundir, más que a aclarar, la arquitectura republicana y democrática que el pensamiento liberal buscaba establecer; sin perjuicio que en lo inmediato mostrara con perfiles despóticos esa nueva vía impugnatoria abierta por la justicia administrativa en el ámbito de la defensa de los derechos de las personas, para mantener en definitiva un *statu quo* autoritario que frenaría severamente cualquier solución a las necesidades de justicia del país.

3. El desencuentro doctrinal frente a la Constitución Política de 1925

La circunstancia de que la Ley de Organización y Atribuciones del Poder Judicial prohibiera, en 1875, a los órganos del fuero común, inter-

¹⁶ *Ibidem*, p. 228.

¹⁷ Chevallier, Jacques, *L'elaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, París, LGDJ, 1970, p. 48. El principio según el cual “juzgar a la administración es también administrar”, se desprende ya desde el reinado de Luis XIII, aclara este autor.

venir en asuntos propios del Poder Ejecutivo, habría de enfatizar la convicción que animaba a la sociedad chilena de 1800 en orden a que la competencia judicial se hallaba circunscrita al ámbito de los conflictos privados, incluyendo en ellos a los suscitados por el Estado cuando actuaba en la misma forma que los particulares.

Por eso, no se cuestionó ni puso en duda la afirmación que hiciera el profesor Fernando Alessandri Rodríguez, en 1925, en el seno de la Subcomisión de Reforma Constitucional, al proponer la creación de “tribunales administrativos” a nivel constitucional, basando su sugerencia en que la justicia ordinaria “es y se declara incompetente” para conocer de demandas enderezadas en contra de una resolución administrativa, de manera que “si un particular sale perjudicado con alguna de estas resoluciones, no tiene más que el recurso de la conformidad”, a menos que “consiga con el ministerio respectivo que derogue el decreto”.

Con todo, —añadió—, “es tanta la necesidad de que estos actos puedan ser revisados por algún tribunal, que aun hoy día algunas cortes de apelaciones se han creído autorizadas para ello, no obstante su clara incompetencia”.

Pese a la reticencia mostrada por algunos miembros de la Subcomisión: “la creación de estos tribunales administrativos... va a constituir un rodaje peligroso e inútil”, —observó don Eliodoro Yáñez—; en definitiva, la Subcomisión aprobó la idea de establecer estas sedes jurisdiccionales, lo que hizo en el artículo 87 de la carta de 1925:¹⁸

Artículo 87. Habrá tribunales administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley.

Un articulista criticó severamente esta iniciativa. El *Diario Ilustrado* de la época publicó un artículo que, entre exclamaciones que denotaban asombro e indignación, los mostraba como instrumentos fraguados por el gobierno para reforzar su poder político en perjuicio de los ciudadanos. Se trataba, se dijo, de “tribunales administrativos” constituidos por funciona-

¹⁸ Actas oficiales de las sesiones celebradas por la Comisión y subcomisiones encargadas del estudio de Proyecto de la Nueva Constitución Política de la República, Santiago, Ministerio del Interior, Imprenta Universitaria Santiago de Chile, 1926, pp. 519, 520 y 368.

rios públicos, por agentes del Estado sometidos a la jerarquía presidencial, llamados a justificar las pretensiones procesales del gobierno.

Esta observación indujo a don Fernando Alessandri a sugerir a la Subcomisión de Reformas la intercalación al artículo aprobado, de una frase que dijera precisamente que se trataba de tribunales independientes, de tribunales propiamente tales, lo cual propuso, así se aprobó y así quedó consignado en definitiva incorporada en dicho precepto, al señalar expresamente que esos tribunales estarían “formados con miembros permanentes”.

“Lo que se pretende —hizo ver el señor Alessandri en la sesión trigésimo tercera de las celebradas por la Subcomisión de Reforma Constitucional— es que de los actos de las autoridades administrativas que deban ejecutarse de acuerdo con las leyes y que no queden sometidos a la revisión de los tribunales ordinarios, pueda reclamarse a estos tribunales administrativos. Son tribunales encargados de lo contencioso administrativo.”¹⁹

No obstante lo anterior, la cátedra de mediados de siglo favorecería un nuevo y desconcertante desencuentro en la apreciación del texto constitucional y de la justicia administrativa en Chile.

En 1959, el profesor Enrique Silva Cimma, en su *Derecho administrativo*, publicado por la Editorial Universitaria, habría de afirmar perentoriamente que la jurisdicción contencioso administrativa era una función estrictamente administrativa:

Una actividad administrativa esencialmente contenciosa, pero administrativa siempre, por lo que su ejercicio ha de corresponder precisamente a la administración como cuestión innata, por naturaleza, y sería por lo tanto el principio de la separación de poderes, en el sentido de radicación de atribuciones distintas en cada uno de ellos en razón de la materia sustancial, el que impediría afirmar que esta clase de actividades habría de corresponder al Poder Judicial.

Los actos jurisdiccionales —afirmó— son actos administrativos. De allí que la doctrina haya distinguido con mucho acierto entre administración activa y administración jurisdiccional o contenciosa, radicando la esencia de los actos que ejecuta la primera, en su carácter imperativo y en el hecho de que se cumplen *in actum* en razón del fundamento activo de la administración, que provee siempre al bienestar general.

¹⁹ *Ibidem*, p. 519. Véase del autor “Alcance de la expresión «tribunales administrativos» empleada por el artículo 87 de la carta política”, *Revista de Derecho Público*, Santiago, núm. 2, enero de 1964, pp. 49-55.

La administración contenciosa, en cambio, no ejecuta actos administrativos de mando, sino que de jurisdicción, oyendo y resolviendo sobre los derechos heridos o lesionados por los actos de autoridad.²⁰

En todo caso, no fue éste el único desencuentro doctrinal que habría de producirse en torno al artículo 87 de la carta fundamental de 1925.

Hubo otros, entre ellos, por ejemplo, el relativo al contenido jurídico del contencioso administrativo previsto en esa disposición.

Mientras el profesor Pedro Pierry Arrau afirmaba que lo contencioso administrativo en la Constitución de 1925 apuntaba a establecer en Chile el contencioso anulatorio, ya que el contencioso patrimonial se había confiado a los tribunales del fuero común,²¹ los profesores Patricio Aylwin Azócar y Hernán Pitto Dalmazzo, bajo la misma carta política, sostenían, respectivamente, que “El examen de este precepto —del artículo 87— revela el propósito del constituyente de establecer una jurisdicción contencioso administrativa con plenitud de competencia en la materia”, con competencia para conocer de “los diversos recursos contencioso administrativos”; esto es, fundamentalmente de los recursos o acciones de anulación y de plena jurisdicción, y que, “evidentemente —en palabras del profesor Hernán Pitto— el tribunal verdaderamente contencioso administrativo tendrá jurisdicción plena, en el sentido que ante él se podrán ejercer todas las acciones que la ley haya establecido en favor del particular”.²²

4. *El desencuentro doctrinal frente a la Constitución Política de 1980*

Los ecos de aquellas encontradas opiniones habrían de proyectarse en el estudio del anteproyecto de Constitución de 1980, como se advirtió temprana-

²⁰ Silva Cimma, Enrique, *Derecho administrativo*, Santiago, Editorial Universitaria, 1959, t. II, pp. 386 y 390. Admitir esta idea sería “fatal”, apuntó el profesor Bertelsen Repetto en la sesión 397 de las celebradas por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, del 11 de julio de 1978.

²¹ Para la opinión del profesor Alessandri, véase lo expuesto por él en la sesión 33 de las celebradas por la Subcomisión de Reformas Constitucionales de 1925, y para la del profesor Pierry, la sesión 303 de las celebradas por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, el 5 de julio de 1977.

²² Aylwin Azócar, Patricio, *Derecho administrativo*, Santiago, Editorial Universitaria, 1959, t. II, pp. 162, 163, 176 y ss. Pitto Dalmazzo, Hernán, “Organización del contencioso administrativo”, *Lo contencioso administrativo*, Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, Escuela de Derecho, Ediciones Universitarias, 1976, p. 51.

namente en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, en cuya sesión 303, del 5 de julio de 1977, uno de los miembros de la Subcomisión de Estudio de lo Contencioso Administrativo manifestó habersele instruido por la Comisión en el sentido de que el ejercicio de la justicia administrativa habría de radicarse en el Poder Judicial. “El señor Pierry —miembro de esa Subcomisión— observa que la Comisión Constituyente había establecido entre las bases para que la Subcomisión trabajara, que tenía que ser el Poder Judicial el que conociera de lo contencioso-administrativo”, razón por la cual se habían limitado a redactar un anteproyecto de procedimiento contencioso administrativo, sin referirse a su organización y atribuciones.

Pero los desencuentros que habían caracterizado el desarrollo de la justicia administrativa en Chile no habrían de detenerse aquí, pues al analizarse en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política el que habría de ser el texto del anteproyecto de carta fundamental de 1980, habrían de sucederse otras actitudes igualmente desconcertantes.

Así, por ejemplo, asistiendo a los miembros de esa Comisión el convencimiento pleno de que los tribunales contencioso administrativos debían establecerse definitivamente en el país, en intercambios de opinión que contaron incluso con la activa cooperación de la señorita ministra de justicia, y además, habiéndose designado por ella, con tal objeto, una Subcomisión que se abocara al análisis del tema, se dio el caso sorprendente de que la misma ministra, en la sesión 307, celebrada el 26 de julio de 1977, desautorizara la competencia que habría de asignarse a esos órganos juzgadores, al negarles tajantemente la posibilidad de ejercer facultades anulatorios de los actos administrativos ilegales. Sería inaceptable, —afirmó—, conferir a esos tribunales “la facultad anulatoria”, ya que tal potestad “tiene el inconveniente práctico de que podría convertir a tales tribunales, el día de mañana, en los administradores del gobierno, en administradores de la nación”. “Eso lo encuentra de una peligrosidad ilimitada”, consignan las respectivas Actas oficiales, apoyada en su afirmación por un profesor de derecho procesal presente en ese momento en la sesión de estudio de esta materia, que avalaba igual opinión.

“En esto —subrayó la ministra en esa sesión— interpreta el sentir del presidente de la República, con quien conversó sobre la materia.”²³

²³ Véase Actas oficiales..., *op. cit.*, nota 18, pp. 1312, 1403 y 1404.

Sin embargo, la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución demostró en diversas oportunidades —verbigracia en la sesión 354, celebrada el 19 de abril de 1978— tener clara la arquitectura funcional de la justicia administrativa. En esa ocasión, el señor Raúl Bertelsen lo hizo ver en términos explícitos: “Las dos grandes vías de lo contencioso administrativo son el recurso de anulación y el de plena jurisdicción para obtener una indemnización”, y en la sesión 303, celebrada el 5 de julio de 1977, aceptaría que: “Básicamente, lo contencioso administrativo está constituido por el recurso entablado para anular un acto de la administración”, recogiendo los ejes de la construcción occidental de lo contencioso administrativo, los mismos ejes que ahora se veían contradichos por la ministra de justicia del gobierno militar, interpretando “el sentir del presidente de la República, con quien conversó sobre la materia”.

En otro aspecto, ha de recordarse que la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución se mostró abiertamente judicialista. El artículo que acotó en el anteproyecto de carta fundamental la competencia absoluta del Poder Judicial así lo consagró, al innovar en la tradición constitucional chilena y atribuir a los órganos judiciales no sólo facultades para conocer, juzgar y hacer ejecutar lo resuelto en las causas civiles y criminales, sino al agregar a ellas, además, en texto expreso, iguales facultades respecto de las causas contencioso administrativas. Este criterio fue compartido por el Consejo de Estado, el órgano gubernativo revisor del anteproyecto, y así fue elevado a conocimiento de la Junta de Gobierno, quién debía aprobar el proyecto que habría de ser sometido a plebiscito.

El inciso 1o. del artículo 79 del Anteproyecto de Constitución Política aprobado por la Comisión de Estudio, hecho suyo por el Consejo de Estado bajo el número 73,²⁴ que es el que correlativamente mantiene hasta hoy, dispuso, en su primera parte, que “La facultad de conocer de las causas civiles, de las criminales y de las contencioso administrativas, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”: “*Artículo 79, inciso 1o., primera parte.* La facultad de conocer de las causas civiles, de las criminales y de las contencioso administrativas, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”.

²⁴ Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, *Anteproyecto constitucional y sus fundamentos*, op. cit., nota 20, p. 380. Además, “Textos comparados de los anteproyectos de Constitución Política”, *La Nación*, 9 de julio de 1980.

Se trataba de superar anteriores interpretaciones y puntos de vista, eliminando de raíz cualquier equívoco que pudiera despertar el texto de ese importante precepto. De allí la redacción evidentemente explícita de ese artículo 79, que aunque fue observada y no compartida por el presidente de la Corte Suprema de Justicia y presidente de la Comisión de Estudio de las Normas Constitucionales (CENC) relativas al Poder Judicial, don José María Eyzaguirre, por estimar inoficiosa la inclusión en él de la frase “y de las contencioso administrativas”, por redundante, en su concepto,²⁵ fue aprobada en esos términos.

Con todo, la Junta de Gobierno no aceptó los planteamientos coincidentes de la CENC y del Consejo de Estado respecto del actual artículo 73, inciso 1o., pues eliminó de él las frases “contencioso administrativas” y la incorporó al artículo 38 inciso 2o., circunscribiendo las facultades judiciales únicamente a los ámbitos civil y criminal y creando los tribunales contencioso administrativos:

Artículo 38, inciso 2o. Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales contencioso administrativos que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.

De concordancia con esta modificación, dispuso que los tribunales administrativos quedaran bajo la superintendencia de la Corte Suprema de Justicia, “conforme a la ley”. “*Artículo 79, inciso 1o., tercera parte.* Los tribunales contencioso administrativos quedarán sujetos a esta superintendencia conforme a la ley.”

De esta forma se aprobó el proyecto de Constitución sometido a plebiscito, y aprobado en él, y de esta forma rigió hasta la reforma constitucional de 1989, dispuesta por la Ley núm. 18.825.

Pero no podía dejar de hacerse presente ese desencuentro desorientador que había asolado el campo de los entendimientos en materia de justicia administrativa.

Con la Constitución de 1980, —sostendrá el profesor Gustavo Fiamma Olivares—, enfrentando la historia fidedigna de su establecimiento, “Ya no tiene ningún asidero dentro del régimen constitucional chileno”

²⁵ Actas oficiales..., *op. cit.*, nota 18, sesión 303, celebrada el 5 de julio de 1977, p. 1331.

sostener la incompetencia absoluta del “Poder Judicial... para revisar los actos de la administración del Estado”, como solía hacerse al amparo de la Constitución de 1925. “Basta sólo con mencionar el artículo 38, inciso 2o., en relación a lo dispuesto en el artículo 79”, para comprobar, con el primero de ellos, que las personas lesionadas por la administración pueden ocurrir “ante los tribunales contencioso administrativos” en demanda de sus derechos, y con el segundo, que dichos tribunales “quedarán sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema”, para verificar que ellos han de integrarse al Poder Judicial.

5. *El desencuentro doctrinal frente a la reforma constitucional de 1989*

El escenario en que se había desenvuelto la justicia administrativa en el país habría de verse remecido una vez más por la hermética reforma constitucional aprobada por la Ley núm. 18.825, de 1989, nacida de un acuerdo entre el Partido Renovación Nacional y la Concertación de Partidos por la Democracia, por una parte, y el gobierno militar, por la otra, que fue analizada y redactada por una comisión de juristas formada por personas representativas de esas sensibilidades,²⁶ quienes trabajaron prácticamente en secreto. No hay actas de sus deliberaciones y sólo se conoce su informe: “Acuerdos de la Comisión Técnica de Reforma Constitucional”, del 5 de abril de 1989, cuyos numerandos 6o. y 24 se limitan a consignar, sin explicaciones, el cambio de redacción de los respectivos artículos.²⁷

Sin embargo, esta reforma constitucional asume una importancia capital en el ámbito contencioso administrativo, desde el momento que dio su conformación actual al organigrama de la justicia en Chile. Por su trascendencia, causó estupefacción en los círculos *ius* administrativos: esta “reforma... resulta inexplicable, dado el propósito general que tuvo la reforma de 1989”, —hará presente el profesor Pedro Pierry Arrau—. ²⁸

²⁶ Esta Comisión de Juristas, que la prensa dio a conocer con el nombre de Comisión Técnica, estuvo formada por los señores Miguel Luis Amunátegui, Carlos Andrade G., José Luis Cea E., Francisco Cumplido C., Óscar Godoy, Juan Enrique Prieto, Carlos Reymond, Ricardo Rivadeneira, José Antonio Viera Gallo y Adolfo Veloso.

²⁷ Véase diario *La Época*, edición correspondiente al 7 de abril de 1989, sección Política, pp. 12 y 13.

²⁸ Pierry Arrau, Pedro, *op. cit.*, nota 5, pp. 102 y 103.

De acuerdo con ella, se eliminaron del Código Político las dos remisiones claves que la Junta de Gobierno había hecho a los tribunales contencioso administrativos en sus artículos 38 y 79.

De esta manera, mientras el texto constitucional, aprobado y plebiscitado en 1980, contemplaba *los tribunales contencioso administrativos*, el texto post 1989 borró estas expresiones de la Constitución, dándole al artículo 38, inciso 2o., una peligrosa similitud de redacción con su antecesor en el anteproyecto redactado por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, que modelaba, junto al artículo 73, el principio de la unidad jurisdiccional en el Poder Judicial:

Artículo 38, inciso 2o. Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la administración del Estado, de sus órganos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los *tribunales contencioso administrativos* que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.

Artículo 79, inciso 1o., tercera parte. Los *tribunales contencioso administrativos* quedarán sujetos a esta superintendencia conforme a la ley.

Iniciando un nuevo capítulo en el *iter* de los desencuentros doctrinales que jalonean la historia de la justicia administrativa en Chile, esta reforma fue celebrada con júbilo por el sector judicialista, en una versión que no podría sino ser posteriormente contradicha, incluso por quienes participaron en ella.

Celebrándola, el profesor Gustavo Fiamma Olivares estimó altamente positivo que se hubiera hecho desaparecer del mapa jurídico chileno la idea misma de los tribunales contencioso administrativos, proclamando, por segunda vez en nuestra historia, la defunción misma del sistema de justicia administrativa:

La consecuencia más obvia de ella es la desaparición definitiva, dentro del ordenamiento constitucional, de los tribunales contencioso administrativos, y el inmediato trasvase de las competencias que para el conocimiento de los asuntos administrativos pudieren haberle correspondido a aquéllos, a los tribunales ordinarios. En consecuencia, tanto el ejercicio como la titularidad de esas competencias quedan radicados en éstos.²⁹

²⁹ Fiamma Olivares, Gustavo, "Derecho y libertad", *El Mercurio*, Santiago, 18 de diciembre de 1989, p. A-2. Para el profesor Fiamma, esta modificación importaría un trán-

Después del plebiscito de 1989 y la consiguiente reforma constitucional que, entre otros artículos, modificó el inciso 2o. del artículo 38 de la carta —dirá el profesor Enrique Silva Cimma, adhiriendo al anterior parecer—, el problema ha sido aclarado definitivamente en el sentido de entregar al Poder Judicial plena competencia en la materia contenciosa administrativa, la que, a nuestro juicio, es hoy indiscutible.³⁰

Pero esa consecuencia obvia: el automático “trasvase de las competencias” contencioso administrativas a los tribunales del Poder Judicial, y esa aclaración definitiva del problema de la justicia administrativa en Chile por la reforma de 1989, al confiarse la competencia contencioso administrativa a los órganos del fuero común, que en forma indiscutible entendían verificar los señores Fiamma y Silva, después de la entrada en vigencia de la Ley núm. 18.825, tropezaba irremediablemente con el claro sentido del mismo Código Político.

Por una parte, porque el artículo 38, inciso 2o., no decía lo que ellos decían que decía. No es efectivo que la eliminación en ese artículo de la frase “*tribunales contencioso administrativos*”, haya significado la remisión de esos asuntos a la magistratura común, porque el constituyente mantuvo una cláusula de reserva en favor del legislador, preceptuando que el derecho a reclamo por él franqueado, habría de ejercerse ante “los tribunales que *determine la ley*”, no en forma automática, requerida ni tampoco exclusiva, ante los tribunales ordinarios.

Por otra parte, quienes piensan de aquella manera desconocen la historia fidedigna de la carta fundamental, en cuanto desconocen la transformación del diseño jurisdiccional de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución y el Consejo de Estado aprobada por la Junta de Gobierno, que implantó en la Constitución un arquitectura jurisdiccional distinta de aquél, y que significó y significa negarle al Poder Judicial el carácter de única magistratura juzgadora del Estado, para reducir estrictamente su competencia sólo a los asuntos civiles y criminales, naturaleza juzgadora que es la que le ha reconocido el país a esta magistratura desde la aurora de los tiempos republicanos.

No extrañó, por eso, que uno de los miembros de la Comisión de Juristas de 1989, el profesor don Carlos Andrade Geywitz, al analizar “la

sito en el derecho administrativo, desde un “derecho del poder, por el poder y para el poder” a un “derecho del poder para la libertad”.

³⁰ Silva Cimma, Enrique, *Derecho administrativo chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, Principios fundamentales, pp. 41 y 42.

reforma de la Constitución de 1980”, manifestara tener una opinión del todo diferente a la de los señores Fiamma y Silva.

Para el profesor Andrade Geywitz, en efecto, la supresión de la frase “tribunales contencioso administrativos” de los artículos 38 y 79 de la carta fundamental no importó la eliminación de esas sedes jurisdiccionales del texto de la Constitución, lo que jamás habría estado en la mente de sus redactores; puesto que la finalidad perseguida por ella era flexibilizar el artículo 38, al que estimaba centrado en forma dogmática en los tribunales contencioso administrativos, impidiendo toda otra solución al problema jurisdiccional.

Para flexibilizar el artículo, eliminó la remisión a esos tribunales y confió “a la ley” la determinación del tribunal competente para conocer de la justicia administrativa, incluyendo y no desechando la creación de “los tribunales contencioso administrativos”, permitiéndole al legislador, asimismo, regular, si lo consideraba del caso, el alcance de la posible superintendencia de la Corte Suprema de Justicia sobre esas magistraturas, “pudiendo en consecuencia la ley que los cree, señalar su independencia, su dependencia del Poder Judicial u otra forma de integración a la administración del Estado”.³¹

De aquí la nueva redacción del artículo 38, inciso 2o., del Código Político, dada por el constituyente de 1989 y que constituye el texto vigente en la materia:

Artículo 38, inciso 2o. Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante *los tribunales que determine la ley*, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.

El informe que el asesor del ministro del Interior, don Arturo Marín Vicuña, coordinador entre el Ministerio y la Comisión de Juristas, elevó a conocimiento del ministro dándole cuenta del contenido y alcance de las proposiciones de la Comisión Técnica; desautoriza también las opiniones de los profesores Fiamma Olivares y Silva Cimma. “Con esta modificación —se lee en ese Informe— se persigue aclarar que el constituyente

³¹ Andrade Geywitz, Carlos, *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980*, 2a. ed. actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 216 y 231.

no ha pretendido exigir que se creen tribunales... para lo contencioso administrativo”, dejando en esta materia la decisión del legislador, quién podrá asignar la justicia administrativa incluso a los tribunales del Poder Judicial. “La Constitución ordena al legislador que establezca la jurisdicción en la materia, a fin de que los derechos ciudadanos queden debidamente resguardados”, —expresa en su informe el señor Marín Vicuña—.

Esta tesis ha cobrado mayor autoridad jurídica en los medios nacionales a raíz del fallo Rol núm. 176, de 1994, del Tribunal Constitucional, cuyo considerando 6o. acepta que “El objetivo de la reforma constitucional de 1989”, al eliminar “la referencia a lo contencioso administrativo, fue... que mientras no se dicte la ley que regule a los tribunales contencioso administrativos, corresponderá a los tribunales ordinarios del Poder Judicial el conocimiento de estos asuntos”.

VI. UNA TESIS JUDICIAL CONTRADICTORIA: DESDE INCOMPETENCIA ABSOLUTA A LA PLENA COMPETENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Antecedentes

Bajo la influencia de las ideas que estructuraron el constitucionalismo moderno, los juristas chilenos que modelaron la institucionalidad republicana garantizaron los derechos naturales, inalienables e imprescriptibles del hombre y establecieron la separación de los poderes del Estado, compartiendo las observaciones de Montesquieu, en orden a que la única forma de resguardar la libertad política era dividiendo el ejercicio del poder, ya que una experiencia eterna de la humanidad demostraba que cuando se reunía el total del poder público en una sola persona o en un cuerpo de notables, indefectiblemente se caía en la dictadura o el despotismo.

El ilustre Manuel Montt, profesor de Derecho romano de la Universidad de Chile, presidente de la República entre 1851 y 1861, y luego presidente de la Corte Suprema de Justicia, hombre de “una voluntad de acero para respetar y hacer respetar la Constitución de 1833”,³² dio sello de autenticidad a esta configuración político jurídica de la República al hacer presente durante su mandato que “La Constitución no ha conferido a

³² Amunátegui Solar, Domingo, *La democracia en Chile. Teatro político (1810-1910)*, Santiago, Universidad de Chile, 1946, pp. 120 y 125.

ningún poder el derecho de hacer ilusorias sus prescripciones; como tampoco ha dado a ninguno de los poderes que creó, el derecho de anular las facultades propias de cualquiera de los otros”.

Así lo entendió también la Corte Suprema de Justicia por sentencia del 29 de mayo de 1914 al señalar que:

A pretexto de que las leyes no han sido bien aplicadas, los tribunales de justicia no pueden rever, ni apreciar, ni revocar, ni modificar los decretos que hubiere dictado el presidente de la República sobre asuntos que corresponden a las atribuciones de éste. El Poder Judicial carece de competencia para conocer de la dictación y contenido de un acto administrativo, pero es competente para conocer de cualquier asunto de orden pecuniario que derive de ellos.

Con todo, el Poder Judicial estaba necesariamente llamado a determinar el radio de cobertura de su competencia absoluta, en tanto y en cuanto requería indefectiblemente determinar hasta dónde llegaba ese grado de intangibilidad que le reconocía a los decretos supremos, pues la misma complejidad de la vida práctica hacía que los decretos recayeran sobre toda una gama muy diversa de materias, entre las cuales había también algunas susceptibles de originar un conflicto civil, a menos que se admitiera la absoluta falta de jurisdicción del Poder Judicial frente a las decisiones de la autoridad administrativa, cualquiera que fuera el contenido de sus actos y los efectos que acarrearán sus decisiones.

En este sentido, la Corte se inclinó por considerar que dentro del sistema republicano del país, que descansaba en un sistema de separación de los poderes del Estado, las atribuciones de la judicatura ordinaria habían de detenerse frente a la dictación de un decreto o modificación de su texto, con mayor razón ante peticiones referentes a su extinción, cualquiera que fuere la causa que promoviera lo pedido; pero, puntualizó, era plenamente competente para conocer de demandas pecuniarias dirigidas contra las autoridades administrativas.

De aquí que aceptara en forma reiterada y uniforme que “Los tribunales de justicia son incompetentes para conocer y juzgar sobre montepíos, retiros y jubilaciones, y no pueden pronunciarse en esas materias, porque es facultad exclusiva del presidente de la República”, según lo dispuesto por la Constitución Política;³³ pero también admitía, simultáneamente,

³³ Corte Suprema de Justicia, fallos del 21 y 30 de mayo, 13 y 15 de junio, 28 de julio de 1898, y 23 de octubre de 1907.

que eran competentes, en cambio, para juzgar los aspectos pecuniarios del acto administrativo de concesión de ese beneficio, relacionados con el monto fijado a una pensión, con su reajuste o con los descuentos ordenados para practicar sobre ellas por la autoridad administrativa.³⁴

Fue esta jurisprudencia, precisamente, la que llevó al presidente de la República, don Arturo Alessandri Palma —exitoso abogado de ejercicio profesional—, a anotar en la sesión 33 de la Subcomisión de Reformas Constitucionales, del 3 de agosto de 1925, que los tribunales ordinarios “revisan las pensiones en cuanto a la liquidación de los haberes de los que jubilan, pero no en lo que se refiere al derecho mismo”, lo que no le parecía ser buena doctrina aplicable en la materia al profesor Fernando Alessandri.

En sentencias posteriores, la Corte Suprema de Justicia reiteró su tesis jurisprudencial. Resolviendo la contienda de competencia trabada en los autos Sociedad Cooperativa de Compraventa de Transportes Colectivos Ltda. (Socotransco Ltda.) con Fisco, determinó una vez más, en 1974, que la demanda dirigida contra un decreto supremo hacía surgir “de inmediato la instancia de carácter contencioso administrativo a que se refiere el artículo 87 de la Constitución Política”, e inhabilitaba al juez común, en consecuencia, para conocer de la pretensión correspondiente, lo que importaba, en ese caso concreto, era concluir que “el juez del Tercer Juzgado Civil de Mayor Cuantía de Santiago haya carecido en absoluto de competencia para conocer de este litigio”.

Interpretando el sentir jurídico ciudadano, los presidentes de la Corte reiteraron en sus mensajes de inauguración de cada año judicial “la necesidad de resolver con urgencia la creación de los tribunales de lo contencioso administrativo, cuya falta cada día se hace sentir con mayor intensidad” —como dijera don Ramiro Méndez Braña en su Memoria de 1971—; agregando el señor Enrique Urrutia Manzano, en la sesión inaugural de 1973, que sin entrar en detalles, “podría adelantar mi opinión personal en orden a que creemos que la segunda instancia en esas reclamaciones debe ser del conocimiento o competencia de las Cortes de apelaciones”.³⁵ “Aceptación judicial de una tesis administrativista: los tribu-

³⁴ Corte Suprema de Justicia, fallos del 23 de septiembre de 1896, 18 de abril de 1904, 26 de octubre de 1906 y de 29 de julio de 1927.

³⁵ En el mensaje correspondiente a 1970, el señor Ramiro Méndez Brañas había hecho un detenido examen de los “tribunales de lo contencioso administrativo”, desarrollando incluso las ideas matrices que habrían de regularse al establecerlos. Los mensajes

nales ordinarios carecen de jurisdicción para conocer de lo contencioso administrativo por la vía de la acción, pero tienen competencia absoluta «por la vía de la excepción».”

Los más influyentes profesores de derecho administrativo, entre 1940-1950 y 1950-1960, habrían de abrir un espacio de justicia frente a la “urgencia” de la situación denunciada por los círculos jurídicos, al formular una interpretación ampliativa de la competencia judicial.

Don Guillermo Varas Contreras, con su experiencia en el foro, habría de sentar el criterio que prevalecería en definitiva en la doctrina y la jurisprudencia. Según este autor, si bien era cierto que “en general todo decreto debe ser cumplido [no era menos efectivo] que en el orden civil los tribunales de justicia llamados a apreciar la legalidad o ilegalidad de un decreto pueden negar sus efectos al decreto que estiman ilegal, cualquiera que sea el mérito que puede corresponderle en el orden administrativo o público”.

Esta tesis fue llamada, incorrectamente, por cierto, de la competencia judicial en materia contencioso administrativo por “la vía de la excepción”, en tanto y en cuanto reconocía que el agraviado por un acto administrativo no podía accionar en contra de esa decisión a través de una demanda anulatoria, pero que nada impedía al juez, empero, dentro de un juicio regularmente promovido ante él, desechar un acto administrativo que en su concepto violentara la ley para dar prioridad a la aplicación de ésta.

Esta tesis fue reiterada en la década siguiente por los profesores Patricio Aylwin y Enrique Silva, quienes afirmaron que no había duda de que esta vía permitía a los jueces del fuero común “interpretar el alcance de los actos administrativos y aun calificar su legalidad”, —en palabras del primero de ellos—; “puesto que si se privara a los jueces de esta libre apreciación, quedarían impedidos de ejercer completamente sus funciones” —en la explicación ofrecida por el segundo—. ³⁶

de los presidentes de la Corte Suprema de Justicia inaugurando todos los 1o. de marzo del respectivo año judicial, se encuentran reproducidos *in integrum* en el tomo correspondiente a los meses de enero-marzo de cada año, de la *Revista de derecho Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, publicada por la Editorial Jurídica de Chile.

³⁶ Estas opiniones las recogen y transcriben los fallos del juez de Melipilla con el presidente de la República, de 1967, en el voto de prevención confirmatoria, y Juan Bravo Ramos, de 1972.

En momentos sociales difíciles, esta doctrina se hizo valer agresivamente por los demandantes ante los tribunales de justicia, y fue sancionada como criterio judicial por la Corte Suprema de Justicia.

Ocupado un predio en la década de los sesenta por sus trabajadores y decretada por el presidente de la República la reanudación de faenas, con el consiguiente nombramiento de interventor encargado de implementar esa medida, el dueño del terreno dedujo querrela posesoria de amparo ante el tribunal de primera instancia, pidiendo ser restituido en su posesión alterada por la ocupación ilegal, escrito que fue admitido a tramitación por el juez de letras de Melipilla. El presidente de la República pidió dejar sin efecto esa resolución judicial, argumentando que con ella se estaban desconociendo prerrogativas inherentes al jefe de Estado, lo que contravenía la Constitución y la ley, y haciendo presente al juez, al mismo tiempo, que de persistir en su decisión entendiera trabada la respectiva contienda en competencia y elevara los autos a la resolución de la Corte Suprema de Justicia, conforme correspondía.

El fallo de la Corte, de 1967, hizo suya la tesis del profesor Varas Contreras, y el voto de prevención confirmatoria de lo resuelto, suscrito por el ministro Varas (don Eduardo), dejó constancia explícita de las opiniones de los profesores de derecho administrativo, como fundamento de la sentencia que confirmó la competencia del juez civil para conocer de la querrela de amparo y desestimó el planteamiento del Ejecutivo.

Análoga actitud, con iguales argumentos, asumió la Suprema Corte en materia criminal. El año de 1972 acogió el recurso de queja presentado por don Juan Bravo Ramos, propietario de la empresa periodística *La Mañana* de Talca, en contra de los ministros de la Corte de Apelaciones de esa ciudad, por haber negado lugar a la querrela interpuesta por los delitos de usurpación, daños y atentado contra la libertad de trabajo cometidos por quienes irrumpieron inusitadamente en el inmueble de la empresa, ocupándolo ilegalmente, basándose en que existía un decreto supremo vigente que había normalizado lo ocurrido con el nombramiento de un interventor.

En ambos casos, la Corte aplicó la misma tesis:

Si bien los tribunales de justicia carecen de jurisdicción para dejar sin efecto un decreto supremo en razón de su ilegalidad, se encuentran plenamente facultados para desconocer eficacia al acto de autoridad que excede los límites que le han fijado la Constitución y las leyes, *cuando dicho problema se discute dentro de un proceso cuyo conocimiento les corresponde.*

Asimismo establece Urrutia Manzano en su tesis “La reivindicación valórica del Poder Judicial”, que: “No aceptamos el arrasamiento de todos los principios vigentes. Las libertades que consagra el derecho actual son valores que se precisan no sólo conservar sino ampliar”.

Los argumentos jurídicos habrían de verse alcanzados irremediabilmente por las transformaciones sociales y económicas que se sucedieron en el país desde el gobierno del presidente Eduardo Frei Montalvo (1964-1979), de filosofía demócrata cristiana, bajo el lema “Revolución en libertad”,³⁷ hasta el del presidente Salvador Allende Gossens (1970-1973), de pensamiento socialista marxista, que lo sucedió en el poder, para abrir un “camino chileno al socialismo”.³⁸

Frente a los graves acontecimientos que se fueron sucediendo unos a otros en ese ambiente y a las críticas que se dirigieron al Poder Judicial, don Ramiro Méndez Brañas, presidente de la Corte, en su mensaje de inauguración del año judicial 1971, hará ver decididamente que “Los magistrados no nos resistimos al avance del derecho”, pero “no aceptamos el arrasamiento de todos los principios vigentes como algunos lo pretenden”, ya que:

Mientras el mundo se apresura en la búsqueda, descubrimientos y explicación de los misterios de la física, algunos gobiernos destruyen hasta la ilusión libertaria del hombre y lo someten a la tortura de no poder pensar en voz alta. Las libertades que consagra el derecho actual son valores que se precisan no sólo conservar sino ampliar. Los hombres de derecho no podemos aceptar el cercenamiento de esos valores, porque el ciudadano del presente y del futuro pierde sin ellos la alegría de vivir, que en la más elevada de sus concepciones es pensar, estudiar, expresarse, todo ello libremente sin más trabas que el respeto a la jerarquía y a los derechos sociales y personales.

³⁷ “Los últimos años de la administración de Frei se vieron ensombrecidos por un desorden social exteriorizado en huelgas, paros, “tomas” de predios, asaltos a mano armada protagonizados por grupos extremistas”. Véase Villalobos, Sergio *et al.*, *Historia de Chile*, Santiago, Editorial Universitaria, 2004, p. 868.

³⁸ El Poder Judicial también. En 1969, por primera vez en la historia judicial, su personal se declaró en huelga, “hecho sin precedentes en que jueces, auxiliares y subalternos hicieron abandono de sus funciones, situación que se prolongó por espacio de cinco largos días”, anotará el presidente de la Corte, don Ramiro Méndez Brañas, en su mensaje inaugural del año judicial 1970. Éste, y todos los mensajes que se citan en este párrafo, se encuentran reproducidos *in integrum* en el tomo correspondiente a los meses de enero-marzo de cada año, de la *Revista de Derecho Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, publicada por la Editorial Jurídica de Chile.

Con todo, “en los tres últimos años, la justicia chilena ha sido víctima de los más injustos ataques” por parte de quienes “dicen preconizar el establecimiento en Chile de un orden nuevo” —agregó—; críticas que el Poder Judicial acepta cuando se formulan de buena fe, pero que rechaza enfáticamente cuando revisten los caracteres de “la injuria soez o la calumnia aleve para pretender destruir nuestro patrimonio moral logrado a través de largos años de duro ejercicio”. “Pese a ellas, todas las Cortes nunca han comentado los actos del Ejecutivo y del Legislativo”, porque el Poder Judicial es consciente de su respetabilidad:

Y formulo mis mejores votos porque la conserve, que contribuya a mantener el régimen democrático y que sea garantía para todos los habitantes de esta generosa tierra chilena que podamos seguir pensando con libertad, creyendo libremente lo que nuestros conciencias nos señale, disfrutando legítimamente de lo que hemos adquirido y que la suprema garantía de la verdadera libertad nos permita expresar lo que pensamos y manifestar públicamente lo que creemos.

En 1973, el señor Enrique Urrutia Manzano, invistiendo la misma calidad, protestará de que en el año anterior:

Un grupo de secuaces pretendieran asaltar un Juzgado de Letras porque se había negado la ex carcelación a unos sujetos de la misma condición política de ellos, y un subsecretario de justicia, llevando como lo expresó en ese entonces, la autoridad del gobierno, concurrió al lugar de los hechos y arengó en forma tal a los subordinados que resultó amparándolos, e impidiendo al juez dictar las órdenes respectivas para despejar los alrededores del tribunal.

Y encontrará inadmisibles que ese mismo año “un propio ministro de Estado en lo Interior”, desde la Plaza Montt-Varas, “vociferara, es la palabra que acomoda, contra los miembros de esta Corte, y con un bullicio tal que ésta hubo de suspender sus labores, ante los infructuosos esfuerzos de carabineros por hacer respetar el orden público”.

En cuanto a la justicia administrativa, para el señor Urrutia Manzano era necesario destacar que:

Cuando la Constitución expresó en su artículo 87 que habría tribunales administrativos... no dijo implícitamente que mientras no se crearan tales tribunales, los particulares afectados con tales actos o disposiciones quedaban en la más absoluta indefensión, puesto que como lo establece el artículo 50.

del Código Orgánico de Tribunales a ellos compete el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República... con las solas excepciones que señala dicho precepto, entre las cuales no se encuentran los asuntos contencioso administrativos. Esto es indudable.

La agitación de aquellos años no pudo excluir el delicado campo de la economía nacional, más aún cuando el gobierno del presidente Salvador Allende decidió implementar sus reformas hacia el socialismo por la vía administrativa y no legislativa, haciendo uso para ello de las facultades que le confería al gobierno un importante decreto ley dictado durante la breve República socialista de 1932; el Decreto Ley núm. 520, vigente en 1970 en un texto refundido fijado por el Decreto Supremo núm. 1374, de 1969, y que por su mismo origen le otorgaba los más amplios poderes discrecionales para afrontar cualquiera disfuncionalidad que afectara la economía, consagrando entre las medidas instrumentales que consultaba para normalizar las anomalías producidas, las figuras de la requisición y de la expropiación de bienes y establecimientos privados, industriales y comerciales.

A propósito de los muchos juicios provocados por estas medidas, la Corte Suprema de Justicia habría de sentar una nueva tesis frente a lo contencioso administrativo, que a la larga la llevaría a afirmar que las causas contencioso administrativas no eran más que causas civiles juzgables por los tribunales ordinarios.

En el fallo de casación de fondo recaído en los autos Tejidos Caupolicán S. A. con Oportos Ricci, Mario y otros, de 1974, la Corte habría de sostener esta nueva doctrina. En sus considerandos 3o., 4o. y 5o., esta sentencia afirmó, en efecto, que los artículos 2o. y 5o. del Código Orgánico de Tribunales radicaban en el Poder Judicial “el conocimiento de todos los judiciales, sean éstos contenciosos o no contenciosos, que se promuevan... dentro del territorio de la República”, sin más excepciones que las que el mismo artículo 5o. enumera, entre las cuales “no existe ninguna relacionada con los conflictos contencioso administrativos”, de modo que ellos eran competentes para conocer de este tipo de conflictos.

“En consecuencia, al presentarse una disputa de esta índole, los tribunales ordinarios son competentes para dirimirla”, porque civil es todo juicio en que “se litiga sobre intereses privados de carácter patrimonial”, en que no existe “una petición referida a un acto administrativo, sino a

apreciar la validez de éste en orden a la jerarquía de las normas y en relación exclusivamente al fundamento de la acción” (considerandos 7o. y 9o.). Se lee en esta sentencia: “El concepto de causa civil «comprende todo lo que no sea penal»: las causas contencioso administrativas son causas civiles, de competencia de los tribunales del fuero común”.

El fantasma de lo contencioso administrativo, vestido de naturaleza administrativa, que había levantado el señor Silva Cimma en 1959, habría de rondar las sesiones de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Para exorcizar el ambiente jurídico de esta “fatal” presencia, el profesor Raúl Bertelsen, en la sesión 397, del 11 de julio de 1978, de esa Comisión de Estudio, reiteró derechamente la idea de “que la jurisdicción contencioso-administrativa sea entregada a los tribunales ordinarios de justicia, sin crear una jurisdicción especial, porque se correría el riesgo de que tales tribunales quedaran dependiendo del Ejecutivo”, lo que, a su juicio, sería fatal.

La Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, como ya ha tenido oportunidad de recordarse, demostró *ab initio* una clara inclinación judicialista, de modo que la sugerencia fue bienvenida. Así lo había puesto de relieve en las sesiones 303 y 304 de las celebradas por los miembros de la Comisión. Por eso, al redactar el primer artículo del capítulo VI, referido al Poder Judicial, que llevó el número 79, y que equivale al actual artículo 73, la Comisión incorporó a él, para plasmar inequívocamente la intención que la animaba, las causas contencioso administrativas, como constitutivas, junto a las civiles y criminales, de la competencia absoluta de las magistraturas judiciales.

En la sesión 303, el señor Sergio Diez recordó que la Comisión entendía “que la expresión «causas civiles» comprende también lo contencioso administrativo. Pero, dada la tradición chilena... ¿por qué no poner expresamente «causas civiles, criminales y contencioso administrativas»?... la doctrina las ha dividido siempre de esa manera”.³⁹

Agregó el mismo Sergio Diez en la sesión 304:

Como no existirán tribunales administrativos, sino que serán los tribunales ordinarios los que tendrán procedimientos administrativos, propone encabezar el artículo 79 (73) refiriéndose a las causas civiles, criminales y contencioso-administrativas. Se podría pensar que las civiles también com-

³⁹ Actas oficiales..., *op. cit.*, nota 18, sesión 303, celebrada el 5 de julio de 1977, p. 1331.

prenden a las contencioso-administrativas, pero en vista de la historia de la interpretación, él sugirió que se incluyera expresamente lo contencioso-administrativo, de manera que, como pasa con el Tribunal Supremo Español, se empiece a dividir las causas en civiles, criminales y contencioso-administrativas, es decir, en las tres grandes etapas de la jurisdicción.

Ante esta proposición, al señor José María Eyzaguirre, presidente de la Corte Suprema, y presente en la sesión en su calidad de presidente de la Subcomisión Constitucional encargada de estudiar las normas relativas al Poder Judicial, junto con rechazar esa especialización, aclaró públicamente el concepto que en 1977 tenía formado la Corte sobre lo contencioso administrativo en Chile.

Lo hizo al oponerse a la redacción propuesta por el señor Diez, porque consideró:

Que al incluirse a las causas contencioso-administrativas en el inciso primero, aparecían caracterizadas como distintas de las civiles, con lo cual se le daba un carácter un poco limitativo el precepto, ya que se le apartaría de lo que siempre ha entendido la Corte Suprema por “causas civiles”, es decir, que comprenden todo lo que no sea penal. En realidad, agregar ahí la frase “y de lo contencioso administrativo” podría prestarse a que otras causas civiles similares no quedaran comprendidas en el artículo [73].

El señor Diez le solicita que le aclare dicho concepto.

El señor Eyzaguirre —presidente de la Corte Suprema— le explica que la Corte Suprema siempre ha estimado que la frase “causas civiles” está solamente en contraposición con la de “causas criminales”. O sea, el panorama de las “causas civiles” comprende todo lo que no sea penal. Todas las contiendas “en el orden temporal”, de acuerdo con el artículo 5o. del Código Orgánico de Tribunales... la jurisprudencia se ha uniformado en el sentido de que esa frase, “en el orden temporal”, corresponde a todo.

El señor Diez manifiesta que tiene sus dudas. Indica que dentro de la forma clásica del derecho chileno, es cierto que las “causas civiles” comprenden todo lo que no es “causa criminal”. Hay “causas civiles” y “causas criminales”. Es la separación más primitiva de las causas: dividir las en civiles y criminales. Pero la realidad es que la Constitución de 1925 sacó las administrativas de las civiles al crear los tribunales administrativos, y restringió la expresión “causas civiles”. La jurisprudencia ha sido bastante variada, hasta llegar a la actual jurisprudencia de la Corte Suprema. En es-

ta materia existen sentencias en todo sentido, aunque, en realidad, en el último tiempo la jurisprudencia se ha uniformado.

Aprobado el cuerpo del inciso 1o. del artículo 79 del Anteproyecto de Constitución Política, aprobado por la CENC, fue confirmado por el Consejo de Estado bajo el número 73,⁴⁰ que es el que mantiene hasta hoy, y en él se recogió esa voluntad judicialista mostrada por la Comisión de Estudio; pues según este precepto: “La facultad de conocer de las causas civiles, de las criminales y de las contencioso administrativas, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”, redacción que fue, precisamente, la que rechazó más tarde la Junta de Gobierno —según se ha expresado— al eliminar de su texto la alusión “a las contencioso administrativas” para incluirlas en un nuevo precepto, el artículo 38, inciso 2o.⁴¹

“*Artículo 79, inciso 1o., primera parte.* La facultad de conocer de las causas civiles, de las criminales y de las contencioso administrativas, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”.

VII. EL PAPEL JURIDIZADOR DEL CONTROL ADMINISTRATIVO EXTERNO: “GARANTE DE LA VIGENCIA EFECTIVA DE UN ESTADO DE DERECHO”

Una creación institucional de Chile, que surgió con abierta naturalidad dentro de un maduro Estado social de mediados del siglo pasado, ha contribuido asimismo a desplazar a la justicia administrativa del centro de la preocupación ciudadana y pública, y que es inédita en occidente: la Contraloría General de la República.

Nació, como todas sus congéneres de la Costa Pacífico, de las indicaciones formuladas por la Comisión Kemmerer, creada en 1927 de la fusión del Tribunal de Cuentas, la Dirección de Contabilidad, la Dirección General de Estadística y la Inspección General de Bienes de la Nación, buscando concretar un objetivo de orden en la gestión de los recursos públicos: personal, bienes y manejo del presupuesto nacional, y fines estadísticos. Su objeto fue contribuir al buen funcionamiento de la nueva administración por instalarse en el país, que buscaba transformar una

⁴⁰ Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, *Anteproyecto constitucional y sus fundamentos*, *op. cit.*, nota 20, p. 380. “Textos comparados...”, *op. cit.*, nota 24.

⁴¹ Véase párrafo 5.4.

organización contemplativa, tradicional, en una administración eficiente, moderna.

Fue creada como un organismo dependiente del gobierno, llamado a entenderse con el presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda, cartera con la que se relaciona con él hasta el día de hoy.

Tal vez por haber roto esa dependencia jerárquica del jefe de Estado, que marcó su nacimiento, la doctrina y la jurisprudencia administrativas destacan la reforma constitucional de 1943 como un hecho vital en el desarrollo de la Contraloría General de la República, que la consagró como un organismo autónomo de toda otra autoridad del Estado, en el ejercicio de sus atribuciones.

Artículo 21, inciso 2o. Un organismo autónomo, con el nombre de Contraloría General de la República, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades, de la beneficencia pública y de los otros servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades, llevará la contabilidad general de la nación y desempeñará las demás funciones que determine la ley.

Sin embargo, esta afirmación es sólo de orden formal. La verdad es que a raíz de la reforma constitucional misma, nada cambió en la funcionalidad controladora del país, que siguió realizándose de la misma forma en que lo había hecho desde 1927.

Los grandes cambios en la concepción contralora, los que habrían de imprimirle los rasgos de originalidad que le darían una fisonomía propia en el ámbito latinoamericano y diferente de la que hasta entonces la había caracterizado, provienen en realidad de la Ley núm. 9.687, del 21 de septiembre de 1950, y de su Ley Orgánica núm. 10.336, de 1964. Ellas fueron las que produjeron un giro de trescientos sesenta grados en la Contraloría General de la concepción Kemmerer, haciendo de ella lo que es hoy día.⁴²

La Ley núm. 9.687, de 1950, en primer lugar tuvo esa destacada importancia, porque en su artículo 8o., al fijar las plantas de personal de la Contraloría, hizo exigible el requisito de ser “abogado” para desempeñar los cargos de contralor general de la República y de subcontralor, separando, además, el ejercicio de los cargos de inspector general de Oficinas

⁴² Véase Pantoja Bauzá, Rolando, *El derecho administrativo. Clasicismo y modernidad*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994, párrafos 57 y ss.

y Servicios Públicos y jefe del Departamento de Inspección y Examen de Cuentas, del de subcontralor, constituyéndolos en empleos directivos diferentes entre sí.

Con los profesionales del derecho a cargo de la conducción de la Contraloría General de la República, las funciones contraloras tomaron un impulso y una dirección nueva, al hacer revivir la intachable tradición jurídica heredada del Tribunal de Cuentas, una antigua magistratura muy respetada en el país por la inmaculada hoja de vida de sus ministros y por el destacado papel que desempeñó en la formación del derecho público administrativo en el país, y cuya característica esencial fue su sentido de identidad con los valores patrios.

Ha de recordarse en este sentido, por ejemplo, que uno de sus fiscales, por casi veinte años, don Valentín Letelier, primer profesor de derecho administrativo, dos veces rector de la Universidad de Chile, un gran educador, autor de una obra señera en educación en el país, *Filosofía de la educación*, fue un personaje notable y un impulsor decidido e ilustrado de la visión jurídica de una administración moderna.⁴³

Con los profesionales del derecho en la conducción del más importante órgano de control administrativo del país, varió la dirección e intensidad del control que hasta entonces le habían impuesto a esta función los anteriores contralores contadores, lo que quedó de manifiesto, sobre todo, en la forma de entender dos de las grandes atribuciones que el legislador había confiado al organismo de control: la potestad interpretativa de la ley administrativa y la toma de razón de los decretos y resoluciones administrativos.⁴⁴

Por efecto de esta nueva manera de entender sus funciones, la administración pública se vio conminada a obedecer la ley administrativa, pero obligatoriamente debió hacerlo desde entonces en la forma interpretada y aplicada por la Contraloría General a través de sus dictámenes o informes en derecho y de la toma de razón, bajo apercibimiento de responsabilidad y sanciones.⁴⁵

⁴³ El señor Letelier era profesor de Estado y abogado.

⁴⁴ El Proyecto Kemmerer no consultaba la existencia de un Departamento Jurídico, hoy División Jurídica, pues concebía a la Contraloría como un organismo de otra naturaleza. El Departamento Jurídico se creó con posterioridad, en 1928, por el Decreto del Ministerio de Hacienda núm. 162, de ese año.

⁴⁵ Así, el dictamen núm. 27.393, de 1992, habría de afirmar que “los dictámenes de la Contraloría General son obligatorios para los servicios. Por tanto, su falta de aplica-

En aquellos complejos momentos socioeconómicos que vivió el país bajo los gobiernos de los presidentes Frei Montalvo y Allende, esta forma de entender sus atribuciones por parte de la Contraloría General habría de llevarla a complementar su función de toma de razón, admitiendo que los interesados en la tramitación de un decreto supremo o de la resolución de un jefe de servicio, en ejercicio del derecho constitucional de petición, podían acceder, en el trámite de toma de razón, a los antecedentes que justificaban la adopción de una medida administrativa que los afectara, abriendo así, de oficio, una posibilidad jurídica de impugnación, que en la terminología inglesa se llamaría cuasijurisdiccional, y que implicó, en el fondo, abrir una instancia de audiencia a todo afectado con alguno de esos actos, recibiendo sus defensas y alegatos y reservándose la facultad de dar curso o rechazar el respectivo decreto o resolución, según la convicción que se formara de su constitucionalidad y legalidad luego del estudio de los antecedentes que se hicieran valer ante ella, como justificativos de la impugnación interpuesta.

Como resultado de este modo de ejercer sus atribuciones, la juridización de la administración del Estado se profundizó grandemente, en términos que bien puede afirmarse hoy que el sistema de sujeción de la administración al derecho rige en el país, fue el resultado de la acción inducida por los dictámenes de la Contraloría General de la República.

El segundo factor de cambio que hizo de la Contraloría General lo que es en la actualidad, fue la dictación de la Ley núm. 10.336, de 1964. Pese a llevar número de ley, este texto jurídico no surgió del debate parlamentario, sino de un decreto supremo autorizado dictar al Ejecutivo por el legislador para actualizar la ley de ese número, incorporándole las modificaciones a él aprobadas por el legislador con posterioridad a su dictación. Este texto refundido fue elaborado por la misma Contraloría General bajo la dirección del contralor general de la República, e incluyó la doctrina interpretativa de sus disposiciones contenida en los dictámenes de la Contraloría. Para realizar este trabajo, el Contralor contó con la asesoría de don Daniel Schweitzer Speisky, un respetado hombre de derecho

ción implica tanto el no cumplimiento de la norma legal interpretada en el dictamen, cuanto la inobservancia de su Ley Orgánica, y puede, por tanto, irrogar responsabilidad para los funcionarios que deban adoptar medidas conducentes para ejecutar la ley, cuyo alcance fijan aquellos dictámenes. Esta responsabilidad podría ser perseguida a través de los procedimientos que la ley establece al efecto”, entre ellos, un sumario administrativo, cuya instrucción es de libre determinación del contralor general.

que venía llegando al país luego de cumplir una misión diplomática en el extranjero.

Esta “Ley” núm. 10.336 recogió, entonces, lo más avanzado de las tesis administrativas modeladas por el entonces Departamento Jurídico del Organismo Contralor, lo que se tradujo en un significativo y determinante cambio de redacción de los textos vigentes, la que fue aceptada sin observaciones de inconstitucionalidad o ilegalidad en el trámite de toma de razón, y que en síntesis implicó transformar la competencia de fiscalización por atribución que ejercía hasta entonces la Contraloría General, en una competencia contralora por naturaleza; es decir, se operó el cambio de un sistema de atribuciones taxativas de organismos y actos a un sistema de atribuciones abierto a todo asunto que denotara naturaleza administrativa, al margen de su denominación específica.⁴⁶

La transformación se logró mediante el cambio del adjetivo “fiscal” —organismo fiscal, patrimonio fiscal, empleado fiscal, etcétera—, que centraba la competencia contralora en lo fiscal, restringiéndola únicamente a los aspectos relacionados con el Fisco, persona jurídica de derecho público, por el adjetivo “público” —organismo público, patrimonio público, empleado público, etcétera—, término genérico que comprendía todo asunto relativo al sector público administrativo formado por las personas jurídicas del Estado, servicios descentralizados, instituciones y empresas, y las municipalidades, y a sus actuaciones.

En otras palabras, un organismo de control creado para fiscalizar la administración gestión, el manejo de los recursos humanos, materiales y financieros de la administración pública, y servir a fines de estadística pública respecto del Fisco; manteniendo estas atribuciones apareció erigido, después de estas modificaciones, en un organismo que controlaba la administración gestión y la administración función del Estado en general, y, en este último supuesto, la actividad desarrollada por el gobierno ante la sociedad para cumplir los fines del Estado, conociendo y pronunciándose, en consecuencia, sobre todas las decisiones, importantes o

⁴⁶ Ello importó, verbigracia, que las empresas del Estado, caracterizadas como servicios descentralizados, debieron someter todos sus actos a las formas públicas y sujetarlos al trámite de toma de razón. “Según los dictámenes núms. 36.146 de 1978, y 6.046 de 1984, el personal de la empresa tiene la calidad de empleados públicos regido por la legislación laboral común, y por lo tanto sus contrataciones deben traducirse en actos formales sujetos al examen de juridicidad —toma de razón— que compete efectuar a esta entidad de fiscalización”, reiteró una vez más el Dictamen núm. 2.096, de 1988.

secundarias, adoptadas por el gobierno y sus agentes, a lo largo y ancho del país, para cumplir con esas finalidades de bien público.

La Contraloría General de la República adquirió plena conciencia del papel que ha pasado a desempeñar, y de su importancia en la institucionalidad nacional. En su oficio del 26 de agosto de 1987, dirigido a la Junta de Gobierno, justificando las facultades que en su concepto le correspondía ejercer frente a la administración del Estado, en ese caso concretamente ante los municipios del país, no dudó en afirmar que conforme “con la tradición chilena..., la Contraloría tiene la calidad de órgano fiscalizador del manejo de los recursos públicos y de garante de la vigencia efectiva del Estado de derecho”, y la práctica administrativa, constante y uniforme que se da en la vida diaria del país, confirma esos dos papeles que ella sostenía corresponderle y que abarcan todo el mundo administrativo del Estado: la función administrativa, ejercida ante la sociedad, y la gestión administrativa, que se ejerce al interior de las estructuras administrativas.

VIII. CONCLUSIONES

Los antecedentes reseñados en el cuerpo de este estudio fortalecen la tesis ya planteada, en orden a que la ausencia de un sistema general de justicia administrativa en Chile no responde a causas específicas: deseo del gobierno de sustraerse a cualquier mecanismo de control y falta de recursos presupuestarios, por ejemplo.

El *iter* de este tema revela en verdad que, tras esa ausencia, en Chile existe una honda fractura sistémica en la estructura institucional, cuya profundidad ha impedido la formación de una convicción nacional sobre la materia.

Todos los protagonistas de esta obra de bien público dicen apoyar calurosamente la idea de instituir una justicia administrativa de carácter general en el país, destacándola incluso como una columna esencial de sustentación del Estado de derecho; pero en la práctica, cual más, cual menos, ha hecho su aporte, bien intencionado a no dudarlo, pero aporte al fin, para impedir la concreción de esta iniciativa, adoptando actitudes contraproducentes con esa finalidad y presentándose en definitiva, cada uno de ellos, como defensor de su propia verdad, de su propia justicia administrativa, la que como tal ha venido a quedar entrampada en el re-

ducido espacio que le han dejado los paredones doctrinales y jurisprudenciales que se le han levantado a su alrededor.

La doctrina, porque en una cruda reivindicación de un individualismo subjetivista, ha hecho una interpretación *pro domo sua* que ha fungido más bien como factor de desorientación del país jurídico que como elemento constructivo de la institucionalidad, puesto que en lugar de construir un cosmos jurídico, ha colocado a los diversos círculos ciudadanos ante un caos de opiniones incompatibles entre sí, defendidas dogmáticamente como verdades que se presentan como indiscutibles en uno u otro sentido.

El Poder Judicial, porque luego de llamar con urgencia a la creación de los tribunales contencioso administrativos, reconociéndola como responsabilidad del legislador, proponiendo ideas concretas para darles vida, terminó sosteniendo, en 1973, que las causas administrativas no eran sino un tipo más de juicios civiles, que es lo mismo que negar su necesidad de creación, pues la magistratura civil apareció habilitada por naturaleza para ejercer esa competencia.

La Contraloría General de la República, por último, porque dentro de sus facultades de autodeterminación pasó a desempeñar un consciente papel resolutor de conflictos administrativos e interadministrativos, supliendo de hecho la ausencia de tribunales administrativos y a autoerigirse en “garante del Estado de derecho”, papel no previsto en esos términos por la Constitución ni por la ley, en lugar de instar por la creación de una justicia administrativa o completar inteligentemente el vacío institucional proponiendo al legislador que le confiara parte de esa jurisdicción, como, por ejemplo, desahuciando su temático Juzgado de Cuentas para transformarlo en un Tribunal de la Función Pública, idea que interpretaría mucho mejor las necesidades de justicia de la nación.

La falta de una justicia administrativa en Chile no debe ser pues motivo de desilusión para los diversos círculos jurídicos del país, porque ha dejado de ser un asunto de derecho. Ella sobrepasa en este instante cualquier esfuerzo jurídico que busque realizarse en tal sentido, y representa el fracaso cultural de generaciones de chilenos que han sido, o hemos sido, incapaces de superar el individualismo personal o institucional, desechando el entendimiento para privilegiar un precipitado emprendimiento parcial de mejoras, que en último término se han quedado ilegítimamente con los despojos de una justicia administrativa concebida como sistema general de composición de conflictos jurídico administrativos, desga-

rrándola en disputados islotes jurisdiccionales de dudosa especificidad propia, en una actitud incomprensible, ajena a la lúcida serenidad que requiere el tratamiento de un tema del país que centra su razón de ser en el equilibrio de las competencias estatales y en la razonabilidad de las soluciones contencioso administrativas, si se quiere, en la definición de una parte fundamental de la estructura institucional en que ha de erigirse el futuro de la República.