

RESEÑA Y COMENTARIO

Junta de Gobierno de la República de Chile. Primera Comisión Legislativa. *Los Tribunales Contencioso Administrativos*. Antecedentes para su estudio: Doctrina, Jurisprudencia, Proyectos.

Ha sido iniciativa de la Primera Comisión Legislativa, presidida por el Almirante José Toribio Merino Castro, Comandante en Jefe de la Armada y miembro de la Honorable Junta de Gobierno, preparar el estudio de un proyecto de ley sobre los Tribunales Contencioso Administrativos. Para ello, en una primera etapa, ha presentado a los profesores de Derecho Constitucional, Administrativo y Procesal, a los estudiosos del tema y, en general, a la ciudadanía, esta obra denominada "*Los Tribunales Contencioso Administrativos*". En dicha obra se refleja en su esencia el verdadero sentir y la real preocupación que por esta materia ha existido en Chile, tanto en los estudiosos del Derecho Público Nacional, como en los Tribunales de Justicia —a través de su jurisprudencia y discurso del Presidente de la Excm. Corte Suprema al inaugurar el año judicial de 1973—, como asimismo, el interés que el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo han tenido por la bien llamada *Justicia Administrativa*.

En el proceso de formación de la nueva institucionalidad y en su proyección futura, es el Poder Ejecutivo —radicado en la persona de S. E. el Presidente de la República—, y el Poder Legislativo —radicado en la Honorable Junta de Gobierno—, a quienes les corresponde especialmente pronunciarse sobre éstas y otras materias. A ellos les cabe asumir el mandato constitucional ineludible de organizar un régimen político y administrativo, moderno y adecuado a los requerimientos de nuestro tiempo y dentro de ello plasmar definitivamente para nuestro país una jurisdicción de lo contencioso administrativo ágil y eficiente, capaz de impedir las arbitrariedades del Poder Público detentado especialmente, y para estos efectos, por la Administración Pública.

El texto presentado sobre *Los Tribunales Contencioso Administrativo*, representa una obra en donde se recopila la doctrina nacional sobre esta materia y desde una perspectiva de clasificación tripartita en cuanto a opinión de los autores. Dicha clasificación se efectúa tomando en consideración la dependencia y organización de *Los Tribunales Contencioso Administrativos*. Así, algunos autores piensan que tales tribunales deberían formar parte de la propia organización de la Administración Pública, siguiendo en cierta manera la experiencia francesa del Consejo de Estado. Otra parte de la doctrina, quizás la mayoritaria, considera que los Tribunales Contencioso Administrativos deberían estar organizados bajo la dependencia del Poder Judicial, tal como se encuentra organizada esta jurisdicción en el sistema español. Por último, otros autores piensan que los Tribunales Contencioso Administrativos, deberían ser tribunales independientes tanto del Poder Judicial como del Poder Ejecutivo. Argumentos en favor de estas tres posiciones se han expresado por parte de la doctrina nacional y ellos se encuentran de alguna forma sistematizados y ordenados en la obra.

Por otra parte, no es menos cierto que ya existe una intención expresada por el constituyente de 1980, en el art. 38º, inciso 2º, dentro del párrafo *Bases generales de la administración de Estado*, en donde se consagra la existencia de los tribunales Contencioso Administrativos y también en el art. 79, inciso 1º, que establece la Superintendencia directiva, correccional y económica de la Exma. Corte Suprema respecto de todos los Tribunales de la Nación, incluso se señala expresamente y con el objeto que no exista duda alguna, que los Tribunales Contencioso Administrativos quedarán sujetos también a esta superintendencia conforme a la ley. Sólo se exceptúa en la aplicación de tal facultad de la Excm. Corte Suprema, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Calificador de Elecciones, a los Tribunales Electorales Regionales y a los Tribunales Militares de Tiempo de Guerra. Por otra parte, al parecer, la intención del constituyente en el art. 38º, inciso 2º, fue la de crear una jurisdicción contencioso administrativa, pues la Constitución se refirió a la creación de los *Tribunales Contencioso Administrativos* y no a *Tribunales Administrativos*, como en la Constitución Política de 1925, lo que haría pensar que el constituyente descartó la posibilidad que estos tribunales se crearan bajo el amparo del Poder Ejecutivo.

Con esta intención expresada por el constituyente pensamos que el debate debe centrarse en alguna de las dos últimas posiciones sustentadas por la doctrina. El contencioso administrativo será un tribunal organizado en forma independiente del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, o será un tribunal organizado bajo el amparo y dependencia del Poder Judicial. En todo caso cualquiera sea su organización, el Poder Judicial representado para estos efectos por la Excm. Corte Suprema y en virtud de la facultad de superintendencia directiva, correccional y económica, tendrá un papel fundamental en la implementación de la jurisdicción contencioso administrativa y

en la resolución de los asuntos administrativos sometidos a su consideración por esta vía.

Pensamos con parte de la doctrina, que los Tribunales Contencioso Administrativos deberían estar organizados bajo el amparo del Poder Judicial. Al respecto, los fundamentos señalados en los párrafos correspondientes del texto comentado son suficientes para inclinarnos por esa posición. En todo caso no podemos dejar de señalar el fundamento de la "independencia", que debe tener esta jurisdicción para juzgar en situaciones particulares (actos administrativos) o generales, (reglamentos) la posible ilegalidad o arbitrariedad que tales actos o reglamentos traen consigo y no sólo para anular el acto o reglamento con efectos generales, cuando así corresponda, sino también para condenar a la Administración Pública a los perjuicios o daños que ese actuar ilegal o arbitrario traiga consigo en el patrimonio del administrado. Vemos, pues, cómo la jurisdicción contencioso administrativa es una verdadera garantía integral de protección a los derechos de los individuos o administrados.

Definido el aspecto de organización de estos Tribunales Contencioso Administrativos, también la doctrina, —y así se refleja en el texto— se ha planteado otros problemas de la *Justicia Administrativa*. Se plantea la inquietud sobre la idoneidad del juez y sobre todo su especialización en materias administrativas y de Derecho Administrativo, aspecto que consideramos de especial interés puesto que el Derecho Comparado ha buscado algunas soluciones de Tribunales especializados en primera instancia y por salas especializadas en segunda instancia o, al menos, una heterogeneidad de especialistas en la composición de las salas de las Cortes de Alzada o Apelaciones y de la Corte Suprema. Esta solución nos parece la más adecuada para nuestra realidad, en donde faltan los especialistas en Derecho Público. Otros problemas jurídicos que podríamos citar y que aparecen de la lectura de esta obra

son las distintas acciones posibles de deducir frente a determinados actos de la Administración Pública considerados como ilegales o arbitrarios; el agotamiento previo de la vía administrativa y con ello la necesidad de contar con una ley de procedimiento administrativo que debe ser supuesto de una adecuada organización del contencioso administrativo; el problema del interés legítimo para litigar por parte del actor; el procedimiento propiamente tal; la interrelación entre Tribunales Contencioso Administrativos y Tribunales Ordinarios con competencia en lo civil o penal; la supresión o no de Tribunales Contencioso Administrativos Especiales y sus procedimientos; el control o no, del acto político; la responsabilidad indemnizatoria extracontractual del Estado; la ejecución de sentencias en contra del Estado; y otros que deberán ser motivo de especial preocupación por parte del legislador.

La segunda parte de la recopilación de antecedentes del texto sobre los "*Tribunales Contencioso Administrativos*", se refiere al rol que hasta la fecha ha cumplido la jurisprudencia del Poder Judicial a través del conocimiento de determinados asuntos propiamente administrativos. La jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia en esta materia ha sido fluctuante debido a la falta de normativa jurídica específica, con excepción del mandato constitucional general del art. 87, de la Constitución Política del Estado de 1925, legislación que en el Derecho Comparado hubiese sido más que suficiente para que la propia jurisprudencia, a través del tribunal correspondiente, o en definitiva el Tribunal Supremo, en razón de la Superintendencia directiva, correccional y económica y teniendo sólo en vista el valor *Justicia* y la competencia general atribuida a través del conocimiento y fallo de todos los conflictos sometidos a su decisión, hubiese estructurado, definido y dado vida jurídica al mandato constitucional antes referido. Pero se prefirió esperar que el legislador

dictara la correspondiente Ley Orgánica, ley que jamás fue dictada.

Teniendo presente lo anterior, debemos señalar que nuestra jurisprudencia ha declarado en más de las veces la incompetencia del Tribunal Ordinario para conocer directamente asuntos contencioso administrativos en razón del principio de separación de poderes del Estado. Así se ha pronunciado en la demanda de ilegalidad interpuesta contra un Decreto Supremo, señalando que sólo por mandato de la ley y por la vía de la excepción, pueden entrar a conocer los Tribunales Ordinarios de Justicia de tales materias. Nos preguntamos ¿y a falta de ley? dónde queda la *Justicia* frente a la indefensión del administrado.

Los Tribunales Ordinarios de Justicia en Chile han conocido sí, por la vía indirecta, asuntos administrativos emanados de un acto administrativo ilegal, pero ha sido necesario transformar la acción o demanda, de pública o contencioso administrativa, a privada y generalmente a través de acciones de indemnización por los eventuales perjuicios o daños causados por el acto administrativo ilegal y aplicando para esa situación, la normativa legal superior, y/o la responsabilidad patrimonial que corresponda. No es ésta, como debiera ser, una vía de enjuiciamiento directo al acto administrativo ilegal, que en definitiva pueda llevar a su anulación y en razón de ello, la correspondiente indemnización. Otra de las vías ha sido el Recurso de Protección, pero sólo respecto de las garantías constitucionales amparadas.

La tercera parte del texto "*Los Tribunales Contencioso Administrativos*", se refiere a la relación entre la Contraloría General de la República y tales tribunales. Ambas a nuestro entender juegan un rol fundamental en la protección de los derechos de los administrados. Contraloría General de la República realiza un control de la legalidad a través del trámite de "*Toma de Razón*" de los decretos y las resoluciones que ella misma ha señalado deben someterse a

dicho trámite, pero antes que el acto adquiriera vigencia con plenitud de efectos. Se trata de un control *a priori*, o sea, simplemente preventivo, puesto que el Tribunal Contencioso Administrativo controla el acto una vez que éste ha producido o se encuentra produciendo sus efectos. Es este último un control *a posteriori*, en donde el derecho es aplicado a circunstancias particulares según los antecedentes de hecho y conforme a las finalidades pretendidas por la ley, aspectos que juegan un papel fundamental en el juzgamiento de la actividad administrativa.

La Cuarta Parte del texto se refiere a los Proyectos y Anteproyectos de Ley sobre la creación de los Tribunales Contencioso Administrativos. Distintos han sido los proyectos de ley en que se propone la organización y el procedimiento para actuar ante estos tribunales. Ya desde 1927, (Proyecto Koch) dos años después de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1925, existió la intención del legislador de poder materializar el mandato constitucional del art. 87º, de crear estos Tribunales Contencioso Administrativos. Se podría decir que periódicamente y durante nuestra reciente historia, el Poder Legislativo ha manifestado la intención de regular la existencia de estos tribunales. Aparece en 1945 el Proyecto Juliet; en 1958, el Proyecto Zúñiga; en 1968, el Proyecto Lorca; en 1969, el Proyecto Foncea; en 1977, el Anteproyecto de la Subcomisión de Reforma Constitucional, sin que pueda concretarse en definitiva tal intencionalidad. Por otra parte, no podemos desconocer que también otras instancias oficiales se han pronunciado al respecto. Una comisión del Supremo Gobierno en el año 1961, presidida por el entonces Ministro de Justicia, don Enrique Ortúzar Escobar, estudió la materia y propuso un proyecto de ley al Poder Ejecutivo; el Quinto Congreso Nacional de Abogados en 1965, que también propuso un anteproyecto; las III, IV y V Jornada de Derecho Público Nacional en los años 1964, 1965 y 1966, respectivamente, y las jornadas de estudio sobre lo Con-

tencioso administrativo en la Universidad Católica de Valparaíso en 1975, que debatieron detenidamente los principales y más importantes aspectos sobre la materia.

Todo lo que hasta aquí se ha realizado de alguna forma tiene hoy vigencia y un resultado, que no es otro que la preocupación del Supremo Gobierno y de la Honorable Junta de Gobierno por crear definitivamente los Tribunales Contencioso Administrativos, cerrando así en nuestro país la única brecha existente del verdadero Estado de Derecho.

No podemos dejar de señalar que si bien la intención de crear los Tribunales Contencioso Administrativos existió permanentemente en la mente del legislador, no es menos cierto que fueron factores políticos los que llevaron a un rechazo o a un no pronunciamiento del legislativo en la materia. En los programas de trabajo de por lo menos los últimos tres Presidentes de Chile anteriores al *11 de septiembre de 1973*, se proponía la creación de los Tribunales Contencioso Administrativos, pero una vez elegidos los gobernantes y en el ejercicio del poder, no cumplieron tal programa o proposición. No podría ser de otra forma, debido a que la jurisdicción contencioso administrativa es un *control* al actuar de la Administración Pública en razón de la legalidad; hubiese sido el establecimiento de un *autocontrol* que antes no existía. De allí que el estudio que hoy se inicia para la creación de los *Tribunales Contencioso Administrativos* debe ser, a los menos, un verdadero y real legado del Gobierno de las FF. AA. y de Orden, que preside S. E. el Presidente de la República y la Honorable Junta de Gobierno, con ello se daría un paso más en la materialización del justo y adecuado funcionamiento de la nueva institucionalidad jurídica que hoy se construye.

La quinta parte de la obra *Los Tribunales Contencioso Administrativos*, es una verdadera síntesis de los contenidos anteriores en donde se plantean las principales

interrogantes a que hemos hecho referencia, dándose respuestas alternativas en relación a lo señalado por la Doctrina Nacional y Comparada, la jurisprudencia, los Proyectos de ley y la Legislación Extranjera.

Por último, debemos reconocer la importancia de esta recopilación de doctrina, jurisprudencia, proyectos de ley y opiniones de juristas que la obra sintetiza y sistematiza, sin desconocer que ella llega en tiempo justo para que sus contenidos se tengan en cuenta en la creación de nuestra *Justicia Administrativa*, que estamos ciertos transformará radicalmente los planteamientos jurídico-administrativos nacionales y dará la vitalidad necesaria para el surgimiento de un Derecho Administrativo chileno renovado.

En definitiva, pensamos que caben aquí, para expresar nuestra propia inquietud y nuestra intención sobre lo comentado, las palabras de Ortega cuando escribía: *“Yo creo que es siempre magnífico y solemne para un pueblo el momento en que llega a un recodo de su historia y, “velis nolis”, tiene que resolverse a seguir nuevas rutas, a mudarse de arriba abajo, dislocando su viejo cuerpo para articularlo según otra arquitectura; cuando llega, en suma, la fecha de la gran reforma”*. Esta, para nuestra patria, debería ser la existencia de un verdadero Estado de Derecho.

Oswaldo Oelckers Camus
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad Católica de Valparaíso
Universidad de Valparaíso