



Universidad Austral de Chile

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

JUAN CARLOS FERRADA BORQUEZ
COORDINADOR



LexisNexis®

ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO Y JUSTICIA ADMINISTRATIVA
EN EL MARCO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL Y
DEMOCRÁTICO DE DERECHO*

*Kamel Cazor Aliste***

I. CONTEXTO DEL ESTUDIO

El presente estudio busca abordar sintéticamente la problemática de la vinculación de la Administración del Estado y la Justicia Administrativa con el paradigma trazado por el Estado constitucional democrático. Cuestión que obliga a hacer frente al asunto de la *democracia constitucional*, donde ya no es suficiente la vigencia de un Estado constitucional a secas, sino que se requiere como principio legitimador del mismo que esté, inexorablemente, unido con la democracia. En otros términos, *partiendo de la base que no hay otra Constitución que la Constitución democrática, al unirse Estado de Derecho y Estado democrático no se persigue otra cosa que la juridificación de la democracia misma*, la cual se extiende como principio sustancial

* Este trabajo forma parte del proyecto Fondecyt N° 1030316 (2003-2004) titulado “El Recurso de Protección como instrumento de control jurisdiccional de la Administración del Estado”, del cual su autor es coinvestigador.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Valladolid. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Austral de Chile.

y procedimental hacia todo el orden constitucional y, por ende, legal y reglamentario.

Por esta razón, partiendo de la base que es un elemento esencial del Estado de Derecho la sumisión de la Administración a la juridicidad y su respectivo control (especialmente el jurisdiccional), la actuación y verificación de la misma se debe circunscribir, en consecuencia, al modelo del Estado constitucional democrático. Sin embargo, pese al amplio consenso que existe en torno a esta conclusión, este tema no está exento de controversias. Así, por ejemplo, *¿es posible compatibilizar el núcleo esencial de la filosofía del constituyente de 1980 que adhiere a la idea de una democracia protegida, con el umbral de juridicidad democrática que exige el Estado constitucional? Igualmente, ¿el principio democrático se traduce en una garantía de legitimidad hacia el conjunto de la Administración del Estado o, por el contrario, habría zonas de la misma no democratizadas?*

Del mismo modo, la Justicia Administrativa que, en el contexto del Estado de Derecho, parte de la premisa básica de que la actuación de *la Administración no es inmune al control jurisdiccional*, debe considerar dos aspectos fundamentales que no pueden perderse de vista: por un lado, la clara posición constitucional del Gobierno como actor legitimado, portador del liderazgo político, y la Administración pública, realizadora de esa política. Y por otro lado, el estatuto del poder público controlado, que determina la intervención jurisdiccional dentro de una estricta exigencia de un Estado constitucional y democrático. En este contexto surgen importantes dudas: *¿el tribunal administrativo en su labor de verificación emite decisiones primarias o decisiones secundarias de control? En otros términos, ¿cuál es el ámbito judicial de decisión que traza el parámetro del Estado constitucional democrático, por ejemplo, cuando controla la discrecionalidad de la Administración? Asimismo, ¿qué tipo de situaciones jurídicas subjetivas son tuteladas en el ámbito del control judicial de la Administración?*

Todas estas cuestiones se analizarán dentro del peculiar sistema de control contencioso-administrativo chileno, el que, como ha sido

tradicional, no cuenta con una jurisdicción especializada en esta materia. Asunto que está siendo suplido, principalmente, a través del ejercicio de la Acción de Protección que ampara directamente los derechos fundamentales de los administrados. Hecho que, como se analizará, plantea un importante *problema de jurisdicción*, particularmente en cuanto a la articulación entre el Recurso de Protección y los demás medios judiciales ordinarios de control de la Administración del Estado.

Por último, se expondrán las principales *conclusiones* del trabajo.

II. ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO Y ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Partiendo de la premisa que no toda subordinación del Estado al ordenamiento jurídico es Estado de Derecho, sino sólo aquella que responde a determinados presupuestos o elementos materiales inexcusables (es decir, como lo ha puesto de manifiesto E. Díaz, no todo Estado “con” Derecho es un Estado “de” Derecho¹). Se debe destacar una de las más importantes manifestaciones del Estado constitucional democrático asociada al tema en estudio, cual es la sumisión de la Administración del Estado a la juridicidad y su respectivo control, especialmente el jurisdiccional.

El Estado de Derecho, siguiendo a L. Parejo, “como principio y categoría constitucionales, carece, al igual que con el de Estado democrático, de un contenido teórico único y preciso”²; su punto de partida habría que encontrarlo, como bien es sabido, con el éxito de las revoluciones liberales de fines del siglo XVIII y primera mitad del

¹ Vid. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Taurus, Madrid, 1987, p. 17.

² PAREJO Alfonso, L.; JIMÉNEZ-BLANCO, A.; ORTEGA ÁLVAREZ, L. *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. 1, Ariel, Barcelona, 1998, p. 59.

XIX bajo la forma del Estado liberal de Derecho³. En este modelo tradicional –llamado también Jacobino–, el Estado de Derecho se fundaba esencialmente en la primacía de la ley, esto es, en un Estado *legal* de Derecho, todo ello asociado a la idea de la ley como la encarnación de la racionalidad y perfección. Donde el enjuiciamiento normativo se encontraba vinculado a “la antigua concepción mecanicista de la función del juez”⁴, que sólo le consideraba como la *boca muda que pronuncia las palabras de la ley* (“la bouche qui prononce les paroles de la loi”, decía Montesquieu⁵). Como bien resume E. García de Enterría: “En la historia general del Derecho hay un momento clave, el siglo XVIII, en el que aparece en el horizonte del mundo europeo una idea nueva, la de que el Derecho tiene que expresarse precisamente a través de leyes”⁶.

En la actualidad los sistemas constitucionales han configurado, en sus respectivos textos, una estructura de control destinada a hacer efectivos los postulados del Estado *constitucional* de Derecho⁷. Vale

³ *Ibíd.*, p. 2.

⁴ E. GARCÍA DE ENTERRÍA. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1981, pp. 3 y 4.

⁵ Vid. *De L'esprit Des Lois*, Editions Garnier Frères, Paris, 1949.

⁶ *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999, p. 17. Haciendo referencia a esta teoría L. Ferrajoli señala lo siguiente: “En el modelo tradicional, paleo-positivista y jacobino, el Estado de Derecho se fundaba esencialmente en la primacía de la ley(...) Es evidente –continúa– que en un paradigma como éste el papel del juez, como órgano sometido solamente a la ley -“*bouche de la loi*”, según la metáfora de Montesquieu- venía a confirmarse como una mera función técnica de aplicación de la ley, cualquiera que fuese su contenido” (“Jueces y Política”, en *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Nº 7, enero de 1999, p. 66). En este mismo sentido O. BACHOF expresa: “fue casi un credo jurídico que el juez debe limitarse a la aplicación de la ley mediante procesos mentales estrictamente lógicos y(...) que está vinculado solamente al poder secular de la justicia reflejado en la ley, sin tener que representar ni practicar un poder social propio” (*Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, p. 23).

⁷ En este sentido, como indica M. ARAGÓN, “el problema de la vinculación de los jueces a la ley ha de abordarse desde una perspectiva que podríamos llamar “moderna”, esto es, la

decir, ya no se identifica el Derecho con la ley, sino que se “eleva la Constitución desde el plano programático al mundo de las normas jurídicas vinculatorias y, por consiguiente, no sólo acoge el principio de la primacía de la ley *in suo ordine* sino que lo complementa con el principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley y, por tanto, sobre todo el ordenamiento jurídico, con la consiguiente anulación en la medida que en su conjunto o en alguno de sus preceptos no se adecue a la norma constitucional”⁸. Del mismo modo, “aparte de la supremacía de la Constitución sobre la ley (...) es característica del Estado constitucional de Derecho que todos los poderes públicos y, particularmente los poderes legislativo, ejecutivo y judicial estén sujetos [directamente] a la Constitución, es decir, que actúen (i) dentro de los límites de la competencia fundamental del Estado sin que puedan invadir la esfera de autodeterminación de las personas y la de autorregulación de la sociedad y (ii) dentro de los límites de las competencias específicas que a cada uno de ellos le señala la Constitución frente a las competencias atribuidas a los demás órganos constitucionales”⁹. Todo lo cual, por último, se debe añadir, para garantizar los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, como *telos* material del orden constitucional.

Frente a las tres características básicas del Estado constitucional reseñadas (supremacía constitucional, sometimiento a Derecho de todos los poderes públicos y orientación a la garantía de los derechos

Continuación Nota ⁷

propia de un Estado constitucional de Derecho, y esa perspectiva no es otra que la doble sumisión de los jueces a la Constitución y a la ley” (“El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en AAVV *La vinculación del juez a la ley*, Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad autónoma de Madrid, Madrid, 1997, p. 180).

⁸ GARCÍA PELAYO, M. *Estado legal y Estado constitucional de Derecho*, en AAVV *El Tribunal de Garantías Constitucionales en Debate*, Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1986, p. 30.

⁹ *Ibíd.*, p. 31.

e intereses de los ciudadanos), el control jurisdiccional –como se analizará luego– ejerce una *función de garantía* de cierre del sistema constitucional¹⁰. Es decir, “la función jurisdiccional es el elemento de cierre de todas ellas, pues verifica y hace efectiva la supremacía y los derechos así como el control del sometimiento de todos los poderes públicos al Derecho y el de su efectiva orientación al interés general”¹¹. Lo que en definitiva viene a constatar la legitimación en el accionar de los poderes públicos, especialmente de la Administración, “en tanto en cuanto su poder se ejerza conforme a Derecho y en la medida que dicho sometimiento sea verificable mediante su control”¹².

Del mismo modo y muy importante, el constitucionalismo y la democracia se combinan para formar un sistema de gobierno conocido bajo el nombre de *democracia constitucional*; futuros historiadores descubrirán las últimas décadas del siglo XX como la era en la cual el ideal de la democracia constitucional se extendió rápidamente en el mundo¹³. En efecto, durante el siglo XX se consolidó junto al Estado constitucional el Estado democrático, donde la democracia, como manifestación de la soberanía del pueblo como categoría legitimadora, es insoslayable al Estado constitucional. Dicho en otros términos, el principio democrático, que es una noción esencialmente política, también actúa como categoría jurídica que legitima el ordenamiento constitucional. Esto quiere decir que no hay demo-

¹⁰ Vid. PEÑA FREIRE, A. *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Trotta, Madrid, 1997, p. 229.

¹¹ *Ibíd.*, p. 229.

¹² *Ibíd.*, p. 240. Todo ello, como expresa L. FERRAJOLI, produce determinadas *relaciones institucionales*, en la cual “la actividad jurisdiccional se caracteriza y se define como *verificación de las violaciones del derecho*: de los actos inválidos en el ámbito administrativo y constitucional” (“Jueces y Política”, op. cit., p. 73).

¹³ Vid. C. S. Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 13.

cracia sin Constitución, ni Constitución sin democracia, pues un genuino Estado constitucional siempre debe ser un Estado democrático. En consecuencia, *no hay otra Constitución que la Constitución democrática*¹⁴.

Por ello, se ha dicho que el valor superior del Estado constitucional “también descansa en razones de orden lógico, puesto que la legitimación racional del poder sólo puede obtenerse a través del aseguramiento, por el Derecho, del principio de autodeterminación popular; ese es, justamente, el genuino sentido de la Constitución, que al unir Estado de Derecho y Estado democrático no persigue otra cosa que la juridificación (o racionalización) de la democracia misma”¹⁵. Razón por la cual, *es un requisito esencial que el paradigma que vincula a la Administración del Estado a la juridicidad y donde se verifica su actuación sea el Estado constitucional democrático*.

En el contexto del poder público administrativo, por ende, interesa analizar brevemente los efectos del principio democrático que, como regla estructural y funcional¹⁶, proyecta su eficacia sobre la Administración del Estado.

En nuestro ordenamiento jurídico, el principio democrático como regla estructural del Estado constitucional emana, principalmente, de los arts. 4º y 5º de la Constitución Política, que proclaman que Chile es una República democrática y hacen residir la soberanía nacional en el pueblo chileno y en los poderes constituidos (es decir, se distingue entre poder constituyente y poder constituido). Sin embargo, como es bien sabido, esta cuestión en nuestro país no es del

¹⁴ Vid. F. RUBIO LLORENTE, *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 51.

¹⁵ M. ARAGÓN, *Estado y Democracia*, en AAVV *El Derecho Público de finales de siglo una perspectiva iberoamericana*, Civitas, Madrid, 1997, p. 33.

¹⁶ Vid. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de derecho administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 235.

todo pacífica, pues el “núcleo esencial de la filosofía del constituyente autoritario” se basa en la idea de una democracia protegida, que desconfía de la soberanía del pueblo y privilegia las elites¹⁷. Esto tiene su explicación dentro del contexto histórico que generó la actual Carta, pues al constituyente autoritario no se le podía exigir más de lo que estaba en condiciones de dar, el cual sin duda reflejó una visión “desde arriba”, dentro de la lógica del mando y la obediencia preponderante, propia de aquellos que consideran la democracia como un medio y no como una comunidad de valores a alcanzar.

Dentro de esta noción elitista de la democracia, cabe destacar a Joseph Schumpeter, para quien ésta se traduce en un conjunto de reglas a través de las cuales se crean ciertas formas de convivencia que excluye cualquier elemento normativo de la misma, vale decir, se trata de una *democracia procedimental formal*, en ningún caso sustancial (como se plantea en el sistema *poliárquico* de Dahl), donde se considera que el principal acuerdo de los ciudadanos está en torno a ciertas *reglas del juego* y no una comunidad de valores, ya que para este autor cada ciudadano tiene valores distintos que persigue individualmente¹⁸. Esta concepción instrumental de la democracia era sustentada también por el principal ideólogo de la institucionalidad del régimen militar, el ex senador Jaime Guzmán, quien en el año 1979 expresaba: “*la democracia es una forma de gobierno, y como tal sólo un medio –y ni siquiera el único o el más adecuado en toda circunstancia– para favorecer la libertad, que en cambio integra la forma de vida hacia la cual todo sistema político humanista debe tender como fin u objetivo. Dicha forma de vida –prosigue– incluye además la seguridad y el progre-*

¹⁷ Vid. CAZOR ALISTE, K. y FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, M. “Constitución, principio democrático y reformas constitucionales”, en *Revista de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile*, Vol. XIII, diciembre 2002, p. 151.

¹⁸ *Capitalismo, sociedad y democracia*, AGUILAR, Madrid, 1968, pp. 311-312.

*so, tanto espiritual como material, y dentro de esto, tanto económico como social*¹⁹.

Un ejemplo de ello, no obstante la reciente aprobación en el Senado de una serie de reformas constitucionales que eliminan importantes enclaves autoritarios, es el mantenimiento con el rango de ley orgánica del sistema electoral. Instrumento que, a mi parecer, deliberadamente fue establecido a fin de posibilitar que una minoría constituida nacionalmente pudiera tener en el Congreso Nacional las posibilidades de contar con los quórum necesarios para evitar que la mayoría ejerza efectivamente su representatividad en el Parlamento²⁰. Asunto que, además, ha impulsado a que todavía los partidos políticos representativos en el Congreso sean herederos de una correlación de fuerzas nacida en el anterior régimen autoritario e, igualmente, *defiendan distintas concepciones democráticas*. En efecto, para unos, la democracia limitada que tenemos es la democracia a que aspiramos, y, para otros, la democracia limitada que tenemos no es la democracia a que aspiramos; es decir, en última instancia se trata de un problema conceptual²¹, ya que el uso que un sujeto haga del término democracia dependerá, además, de las condiciones de ese uso, y entre éstas y en primer lugar, de la situación existencial de dicho sujeto; de ahí que, por definición, el demócrata dispondrá, para su análisis de la democracia, de un *approach* esencialmente diferente del que no lo es²². De modo que, lógicamente, se podrá hablar tanto de

¹⁹ Citado por Renato CRISTI en su obra *Pensamiento político de Jaime Guzmán. Autoridad y libertad*. LOM, Santiago, 2000, p. 11.

²⁰ Vid. CAZOR ALISTE, K. y FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, M. "Constitución, principio democrático y reformas constitucionales", op. cit., p. 155.

²¹ *Ibidem*, p. 150.

²² CAZOR Aliste, K. "Algunas reflexiones en torno al actual desarrollo democrático de la sociedad chilena, a la luz de la articulación entre democracia política y democracia constitucional", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Nº 1, 2003, p. 21.

un concepto democrático de la democracia como de un concepto no-democrático de la democracia; todo dependerá de dónde proviene dicho concepto: si de una mente inmersa, o no, en ese estado de espíritu en que consiste la democracia, de acuerdo a uno de sus conceptos o definiciones²³.

Teniendo en cuenta la no menos importante salvedad anterior, es posible sostener que el principio democrático, en el contexto de nuestro Estado constitucional, se traduce en una garantía de legitimidad hacia el conjunto de la Administración del Estado, en tanto reconduce la acción administrativa, cuanto asegura una cierta condición democrática de las decisiones de la Administración²⁴. Sin embargo, para algunos autores, como Kelsen (y Merkl), el principio democrático debe operar tan sólo respecto del poder legislativo y del Gobierno; la Administración, en cambio, debe organizarse y actuar conforme a criterios autocráticos, en la medida en que debe ser un instrumento dócil y eficaz al servicio de las decisiones tomadas por los órganos representativos. Un Estado democrático –afirma este autor– requiere inexcusablemente una Administración organizada autocráticamente; una Administración “democratizada” puede convertirse en el enterrador de Estado democrático que, para seguir siéndolo, ha de ser ante todo fuerte y eficiente²⁵. Dicho en otros términos, “la articulación de la organización democrática del Estado conduce a la organización autocrática de la Administración, en la medida en que sólo aquélla permite hacer de la Administración un simple y obediente instrumento en manos de los órganos estatales propiamente políticos”²⁶. Si bien esta tesis es relativamente acertada si se refiere a la

²³ *Ibíd.*, pp. 21-22.

²⁴ Cuestión que es similar la que se plantea en el ámbito del ordenamiento español (vid. PAREJO Alfonso, L.; JIMÉNEZ-BLANCO, A.; ORTEGA ÁLVAREZ, L. *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. 1, op. cit., p. 49).

²⁵ Vid. *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, 1934, pp. 99 y sigs.

organización interna de la Administración (jerarquización)²⁷, no es asumible si se le aplica al conjunto del sistema estatal, por cuanto, “dialécticamente, podría también afirmarse que si una Administración “democratizada” puede sumir al Estado democrático en la debilidad y la anarquía, una Administración organizada con arreglo a pautas “autocráticas” puede desvirtuar el funcionamiento del sistema democrático y hacerlo derivar, *de iure* o *de facto*, a una dictadura burocrática”²⁸.

No obstante, pese a esta controversia, la labor del jurista se encuentra condicionada por los datos del Derecho positivo²⁹, y desde nuestra perspectiva constitucional y legal se desprenden dos hechos claros: primero, que no hay en la Constitución precepto alguno que permita excluir la eficacia del Estado democrático respecto a la Administración pública; y segundo, la clara posición constitucional del Gobierno y de la Administración pública (art. 24 Constitución y art. 1º Ley de Bases Generales de la Administración del Estado), donde el Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado con la colaboración de los órganos administrativos que establecen la Constitución y las leyes.

Por último, esta temática nos obliga a realizar una breve referencia a uno de los temas “clásicos” del Derecho administrativo, cual es la distinción entre Administración y Gobierno. La cual, siguiendo al profesor Santamaría Pastor, se encuentra motivada por dos razones: “el crecimiento espectacular de la burocracia y de la organización administrativa producida en el último siglo, y la comprobación de la realización por el Gobierno de actividades múltiples, sujetas a regí-

²⁶ PAREJO Alfonso, L.; JIMÉNEZ-BLANCO, A.; ORTEGA ÁLVAREZ, L. *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. 1, op. cit., pp. 55-56.

²⁷ *Ibidem*, p. 56.

²⁸ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de derecho administrativo*, op. cit., p. 235.

²⁹ *Ibidem*, p. 235.

menes jurídicos diversos. La primera de ellas –prosigue– forzaba a trazar una distinción estructural entre uno y otro término; la segunda, una división funcional”³⁰.

En la *división estructural* el Gobierno (Presidente de la República) asume una doble condición: de una parte, es un órgano administrativo, el órgano superior de la Administración del Estado (art. 24 Constitución y art. 1º Ley de Bases Generales de la Administración del Estado); de otra, el claro principio de la separación de los poderes del régimen presidencialista chileno, defiende un ámbito reservado para el Gobierno, cuya atribución está inspirada en un *telos* específicamente político³¹. Esta naturaleza bifronte lleva, asimismo, a la *división funcional* respecto de la Administración: el Gobierno se distingue de ésta sólo en la medida en que una parte de su actividad no puede considerarse como puramente administrativa.

De ahí que pueda concluirse que Gobierno y Administración son estructuralmente la misma cosa, al ser aquél la cúspide orgánica de ésta; funcionalmente, al contrario, el Gobierno (Presidente de la República) lleva a cabo un conjunto de actividades de dirección política, no estrictamente administrativas, que, en cierto modo, afecta principalmente su control jurisdiccional (no se trata de una inmunidad jurisdiccional, sino de una forma distinta de verificación, como acontece, por ejemplo, con los actos políticos o de gobierno³²).

³⁰ *Ibidem*, pp. 237-238.

³¹ CAZOR ALISTE, K. *La sumisión a Derecho de los actos y disposiciones del Presidente de la República de Chile*, Universidad Central de Chile, Santiago, 2002, Tomo II, p. 282.

³² Vid. CAZOR ALISTE, K. “Fundamentación y control del acto de gobierno en Chile”, en *Revista de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile*, Vol. XII, diciembre 2001, pp. 108-110.

III. ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO Y JUSTICIA ADMINISTRATIVA

La relación entre Estado constitucional y justicia administrativa debe partir de una premisa básica inexorable: *en el Estado constitucional y democrático de Derecho, cualquier acto o norma producto de la potestad jurídica del Gobierno y la Administración no es inmune al control jurisdiccional*³³. Por cuanto, como objeto controlado, tanto el ejercicio de la potestad reglamentaria como los actos de la Administración pública son la consecuencia de una potestad jurídica que, como tal, está sujeta al principio de juridicidad (art. 6º Constitución), cuyo parámetro útil de verificación lo constituye el Derecho, es decir, el conjunto del ordenamiento jurídico vigente. Por ello, además, la legitimación judicial a la hora del control es sólo jurídica, toda vez que el contenido y densidad normativa de su verificación viene dado por el Derecho³⁴.

A este respecto se deben destacar dos aspectos fundamentales que no pueden perderse de vista en el presente análisis. Por un lado, como ya algo se ha dicho, la *clara posición constitucional del Gobierno y de la Administración pública*, en el sentido de presentar al Gobierno como un actor legitimado, portador del liderazgo político, y la Administración pública, realizadora de esa política³⁵.

Y por otro lado, el *estatuto del poder público controlado*, que determina la intervención judicial dentro de una estricta exigencia de un Estado constitucional y democrático. Donde en general se destaca un Poder Judicial que sólo puede depender exclusivamente de la ley y

³³ Vid. D. BLANQUER. *El control de los reglamentos arbitrarios*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 65 y sig.

³⁴ Vid. PAREJO Alfonso, L.; JIMÉNEZ-BLANCO, A.; ORTEGA ÁLVAREZ, L. *Manual de Derecho Administrativo, Vol. 1*, op. cit., pp. 837 y 838.

³⁵ Vid. A. GALLEGO ANABITARTE. *Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1971, p. 349.

el Derecho (es decir, sólo puede emitir decisiones secundarias de control y no primarias), sin poder inmiscuirse en, ni invadir el ámbito entregado al Poder Ejecutivo (así, la intervención judicial presupone una previa actuación del Poder Ejecutivo sometido a control, con lo que no altera el estatuto de éste más que en lo necesario, justamente, para la verificación plena de dicho control)³⁶.

La vinculación entre la técnica del control jurisdiccional y el sometimiento de la Administración al Derecho son resultado de un largo proceso histórico, que tiene su punto de partida en la Revolución Francesa. En efecto, como se sabe, en este proceso revolucionario se introducen dos principios capitales: el principio de legalidad de la acción de los poderes públicos y el principio de la libertad³⁷. Posteriormente le tocó al Consejo de Estado francés poner en relación a esos dos dogmas básicos, con su gran invención del *excés de pouvoir*³⁸. Sin embargo, como se verá a continuación, en la actualidad se ha configurado un modelo de jurisdicción contencioso-administrativa “revisora”³⁹, que considera un “nuevo paradigma” basado

³⁶ Vid. PAREJO Alfonso, L.; JIMÉNEZ-BLANCO, A.; ORTEGA ÁLVAREZ, L. *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. 1, op. cit., p. 837.

³⁷ Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho administrativo II*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 547 y 548.

³⁸ “Ese recurso de exceso de poder o de anulación –señala E. GARCÍA DE ENTERRÍA–, considerado como un recurso “objetivo” o de la legalidad, sin partes propiamente dichas (el “interés” que ha de alegar el recurrente sería un “simple requisito de seriedad” para poner en marcha los poderes de oficio del juez administrativo, él mismo parte de la Administración), un verdadero “proceso al acto” y no de tutela de derechos, puramente declarativo, cuyas consecuencias sólo a la Administración tocaría extraer” (*Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 90 y 91). Vale decir, como señala T. R. FERNÁNDEZ referido a la doctrina del *excés de pouvoir*, “cuyo único objeto posible es la mera anulación de los actos administrativos irregulares y que concluye, en consecuencia, con el reenvío a la Administración para que, tras la anulación del acto recurrido, ésta haga lo que sea de Derecho” (*De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1999, p. 29).

³⁹ “La solución definitiva que acaba imponiéndose y perfilándose hasta nuestros días –dice L. PAREJO–, es la de mantener el estatuto del poder ejecutivo, que continúa así pudien-

en el principio de la tutela judicial efectiva de los derechos de los ciudadanos⁴⁰.

De esta forma, y sistematizando lo argumentado, como expresa E. García de Enterría, el primer sistema contencioso-administrativo general, se manifiesta en la forma de una “justicia retenida” (por el Gobierno o por el Prefecto, que deciden sobre las propuestas de sus órganos), cuya justificación se hace sobre el principio *juger l'Administration c'est encore administrer*. Y luego, prosigue el autor citado, se pasa al sistema de “jurisdicción delegada”, donde un control abstracto cada vez más afinado, especialmente por la línea del recurso de anulación o por exceso de poder, hizo que en 1872 se delegase directamente en los hasta entonces sólo órganos consultivos, el *Consejo de Estado* y los Consejos de Prefectura, la facultad de resolver directamente los recursos⁴¹.

Sin embargo, como se ha adelantado, el *paradigma histórico*, profundamente influido por el modelo francés, ha sido sustituido por otro *nuevo paradigma*, que podría ser caracterizado del siguiente modo:

a) Existe consenso en estimar que *la jurisdicción contencioso-administrativa supone una contienda, controversia o litigio en que es parte la Administración*⁴², o dicho en otras palabras, *como aquella jurisdic-*

Continuación Nota ³⁹

do actuar y decidir por sí solo (acción gubernativa o administrativa), pero privar a esa actuación y capacidad de decisión de todo carácter último, gracias a la articulación de un control judicial de legalidad, lo que determina la configuración de la jurisdicción contencioso-administrativa como “revisora” (vid. PAREJO ALFONSO, L.; JIMÉNEZ-BLANCO, A.; ORTEGA ÁLVAREZ, L., op. cit., p. 832). Sobre el particular ver también: J. R. FERNÁNDEZ TORRES. *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 33-50.

⁴⁰ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Hacia una nueva justicia administrativa*, op. cit., p. 92.

⁴¹ Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho administrativo II*, op. cit., pp. 549 y 550.

⁴² Vid. E. SILVA CIMMA. *Derecho Administrativo chileno y comparado, el control público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, pp. 185 y 186.

ción que posee la competencia para conocer de los litigios donde participa o toma partido la Administración del Estado.

b) Dada la importancia del sujeto cualificado que integra la relación procesal y el *objeto de su control*⁴³, el poder judicial ordinario, en la mayoría de los casos, se ha articulado conforme al principio de la jurisdicción única, aunque organizado internamente en órdenes especializados, uno de los cuales es precisamente el contencioso-administrativo⁴⁴.

c) El proceso contencioso-administrativo es una auténtica relación procesal, donde se cumple a plenitud la potestad jurisdiccional; del mismo modo, el carácter *revisor* de la jurisdicción contencioso-administrativa expresa una condición de control *ex post*, que, como se ha dicho, en forma alguna limita el contenido del acto o norma objeto del control judicial⁴⁵.

d) Por último, como expresa E. García de Enterría, “es un proceso plenario a la Administración como sujeto por parte de otro sujeto [el administrado] en vista de obtener una tutela judicial efectiva y completa a sus derechos e intereses legítimos”⁴⁶.

En lo que respecta al ordenamiento jurídico chileno, sin lugar a dudas receptor de los principios básicos de esta nueva tendencia en lo contencioso-administrativo, cabe recordar que se destaca en él una *doble garantía simultánea* frente a las potestades jurídico-normativas

⁴³ La particularidad de esta especialización competencial es el objeto controlado, “que –en palabras de L. PAREJO Alfonso– es primariamente el control jurídico externo del Gobierno y de la Administración pública, en su doble manifestación funcional de regulaciones de rango y eficacia reglamentarias y actuación concreta administrativa” (vid. PAREJO Alfonso, L.; JIMÉNEZ-BLANCO, A.; ORTEGA ÁLVAREZ, L. *Manual de Derecho Administrativo, Vol. 1*, op. cit., p. 837).

⁴⁴ *Ibídem*, p. 836.

⁴⁵ *Ibídem*, p. 839.

⁴⁶ *Hacia una nueva justicia administrativa*, op. cit., p. 95.

del Presidente de la República: por un lado, su sometimiento integral a Derecho; y, por el otro, el pleno control jurídico, donde los órganos jurisdiccionales, en especial los tribunales ordinarios, juegan un papel trascendental en la garantía de su Estado constitucional y democrático. Todo lo cual, además, circunscrito al principio general del Derecho público chileno de *plena revisión judicial de los actos administrativos*.

Sin embargo, en la esfera específica del control judicial de los actos de la Administración, el sistema normativo de Chile no posee una jurisdicción especializada en las materias contencioso-administrativas. Y ello pese a haber existido siempre una clara tendencia dentro de su historia constitucional, que se ha caracterizado por la voluntad constante del constituyente por crear los tribunales administrativos.

Esta situación es posible constatarla en la Carta de 1833, donde se facultaba al Consejo de Estado de entonces “*para resolver las disputas que se suscitaren sobre los contratos o negociaciones celebrados por el Gobierno o sus agentes*” (art. 104, N° 7); facultad que fue eliminada en 1874, producto de la reforma constitucional de ese año⁴⁷. A su vez, como se analizará, la Constitución de 1925, a fin de llenar el vacío jurídico existente en esta materia, contemplaba un mandato específico para que se crearan los tribunales administrativos (art. 87); pero, al igual que ocurrió posteriormente con la Carta de 1980, nunca se dictó la ley correspondiente que regulara la organización y atribuciones de dichos tribunales. Por esta razón, a fin de suplir dicha carencia, en la actualidad los tribunales ordinarios han asumido el conocimiento de las materias administrativas, especialmente por la vía del recurso o acción constitucional de protección.

⁴⁷ Vid. VERDUGO MARINKOVIC, M.; PFEFFER URQUIAGA, E.; NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Derecho Constitucional, Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, pp. 214 y 215.

En este sentido, particularmente después de la reforma constitucional de 1989, dicha acción constitucional se ha traducido en la práctica en el medio procesal más eficaz que poseen los particulares frente a los actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, provenientes de la Administración del Estado. Lo que contrasta diametralmente con la anterior situación existente –antes de la dictación del Acta Constitucional N° 3, de 1976, que creó el recurso de protección–, donde los administrados se encontraban prácticamente indefensos frente a la actividad administrativa del Estado; pues, al igual que en la actualidad, no existía “un sistema orgánico de tribunales para la composición del contencioso-administrativo”, no obstante que coexistían ciertas atribuciones de los tribunales ordinarios, tribunales especiales, tribunales mixtos y tribunales insertos en la propia Administración (sin intervención de la judicatura ordinaria), que conocían asuntos contencioso-administrativos⁴⁸. Cuestión que el profesor H. Pereira, en el año 1971, sintetizaba del siguiente modo: “En suma, no puede ser más inorgánico, falto de técnica y de sistema, el mecanismo nacional vigente para la composición de los conflictos administrativos. Se puede objetar la enorme multiplicidad de organismos con naturaleza y ubicación de suyo variada y, por lo mismo, obviamente lesivos al principio de unidad de jurisdicción, producto sin duda de la improvisación de “legisladores que viven al día”, como asimismo una gama procedimental de acciones, recursos, reclamos y reclamaciones muy extensas. Por cierto, esta deteriorada y pulverizada estructura debe reemplazarse con urgencia por una organización moderna, eficaz y sencilla con auxilio de la doctrina, el Derecho comparado y una vasta experiencia, propia y ajena”⁴⁹.

⁴⁸ PEREIRA ANABALÓN, H. “Unidad de jurisdicción y justicia administrativa en el Derecho chileno”, en *Revista de Derecho Público* N° 12, 1971, pp. 44-46.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 49-50.

IV. EL ESTADO ACTUAL DEL SISTEMA DE CONTROL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y EL RECURSO O ACCIÓN DE PROTECCIÓN⁵⁰

Para abordar el estado actual del control de la Administración en Chile, se deben necesariamente distinguir tres etapas: el sistema en vigor durante la Constitución de 1925; el sistema después de la puesta en vigor de la Carta de 1980, pero antes de la reforma constitucional de 1989; y el sistema actual como resultado de dicha reforma constitucional.

A. El sistema de control contencioso administrativo durante el vigor de la Carta de 1925.

La Carta de 1925 entregó el conocimiento de los asuntos contencioso-administrativos a tribunales especializados en dicha materia (art. 87)⁵¹, para lo cual condicionó su funcionamiento a la dictación de una ley que estableciera la organización y atribuciones, que nunca fue dictada⁵². Hecho que ocasionó un vacío legal y el consiguiente llamado al legislador para que lo subsanara⁵³. En este sentido A.

⁵⁰ En este apartado se ha tenido como base principal el texto siguiente: CAZOR ALISTE, K. *La sumisión a Derecho de los actos y disposiciones del Presidente de la República de Chile*, Tomo II, op. cit., pp. 174 y sigs.

⁵¹ El artículo 87 de la Constitución de 1925, señalaba: “Habrán tribunales administrativos, formados por miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas y administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley”.

⁵² Vid. A. AYIWIN AZÓCAR. “Efectos de la reforma del art. 38, inciso 2º, de la Constitución Política sobre el régimen de lo contencioso administrativo”, en *Cuadernos de análisis jurídico*, N° 13, enero de 1990, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, p. 45.

⁵³ Vid. E. SILVA CIMMA. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado, El Control Público*, op. cit., p. 191. A su vez, sobre el particular E. SOTO KLOSS expresa: “la abulia o irrespon-

Aylwin Azócar señala: “Frente a este vacío los tribunales ordinarios de justicia se declararon reiteradamente incompetentes para conocer de las acciones de nulidad en contra de los actos de la Administración, sobre la base de sostener que ello correspondía sólo a los tribunales administrativos programados por la Constitución. Lo anterior fue –prosigue– sin perjuicio de que los mismos tribunales reconocieran su competencia para reconocer demandas declarativas de derechos patrimoniales desconocidos por la Administración, aun cuando el desconocimiento de tales derechos hubiera tenido su origen en actos administrativos”⁵⁴.

Es importante resaltar que frente a esta clara situación de indefensión para los administrados, la Contraloría General de la República, haciendo uso de sus potestades preventivas de fiscalización, asumió un importante rol en el control de los actos de la Administración⁵⁵. Del mismo modo, también, parte de la doctrina *iuspublicista*

Continuación Nota ⁵³

sabilidad legislativa como ocurriera entre 1925 y 1973, en que el legislador no quiso intervenir a través de una ley (...) para concretar el artículo 87 creando los tribunales administrativos, produciendo el lamentable espectáculo de la indefensión del ciudadano frente a la arbitrariedad de la administración” (“1976-1986, Diez años de recurso de protección. Una revolución silenciosa”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo 83, Nº 3, septiembre-diciembre de 1986, p. 158).

⁵⁴ “Efectos de la reforma del art. 38, inciso 2º, de la Constitución Política sobre el régimen de lo contencioso administrativo”, op. cit., p. 45. Sobre este tema, E. SOTO KLOSS indica lo siguiente: “Para nadie es un secreto(...) que durante muchas décadas desde 1925 el ciudadano no tuvo un fácil acceso a la jurisdicción cuando se veía agraviado por un acto o una omisión de la Administración, y muchísimas veces se vio oponer una denegación de justicia pura y simplemente, al fallar la Suprema Jurisdicción de que carecía de competencia para conocer la nulidad de los actos de aquella Administración por cuanto ello era de competencia de los tribunales administrativos -cuya creación previera el art. 87 de la CP de 1925(...)” (*El Recurso de Protección*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, p. 401).

⁵⁵ Vid. E. SILVA CIMMA. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado, El Control Público*, op. cit., p. 192.

chilena abogaba entonces por que se le reconociera a los tribunales ordinarios su plena competencia en lo contencioso administrativo⁵⁶.

B. El sistema contencioso-administrativo después de la puesta en vigor de la Carta de 1980, pero antes de la reforma constitucional sobre la materia

Desde la entrada en vigor de la Constitución de 1980, pero antes de la reforma constitucional de 1989, en principio la situación no varió sustancialmente⁵⁷. Ello en virtud de que el texto primitivo de la nueva Constitución reiteró el mandato para que los tribunales contencioso-administrativos fueran creados por ley⁵⁸. En este sentido el primitivo texto del artículo 38, inciso 2º, expresaba lo siguiente: “*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*

⁵⁶ Sobre el particular ver: SOTO KLOSS, E. “La competencia contenciosa administrativa de los tribunales de justicia”. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 1, N°s. 3 y 4, año 1974, págs. 349-359.- PEREIRA ANABALÓN, H. “Unidad de jurisdicción y justicia administrativa en el Derecho chileno”, op. cit., pp. 60-61.- PANTOJA BAUZA, R. “Organización de los tribunales chilenos de lo contencioso-administrativo”, en *Revista de Derecho Público* N° 11, 1970, pp. 233-315.

⁵⁷ Por ello A. AYLWIN AZÓCAR señaló en su oportunidad lo siguiente: “(...) ha sido lamentable que en lugar de haber radicado en los tribunales ordinarios la competencia contenciosa administrativa mientras no fuesen creados los tribunales especiales previstos en el artículo 38, se haya preferido el camino de postergar la solución hasta que se dicte la ley respectiva. Nuestra experiencia –continúa– es bastante amarga en la materia, pues no hay que olvidar que la Constitución Política de 1925 estableció substancialmente lo mismo y durante toda su vigencia no se crearon los tribunales administrativos impidiéndose la justicia contenciosa administrativa” (*Análisis de la Constitución Política de 1980 desde el punto de vista del Derecho Administrativo*, en AAVV, *La Constitución de 1980. Estudio crítico*, Ediar ConoSur, Santiago, 1988, p. 28).

⁵⁸ Vid. E. SILVA CIMMA. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado, El Control Público*, op. cit., pp. 192 y 193.

perjuicio de la responsabilidad que pudiera afectar al funcionario que hubiese causado el daño”⁵⁹.

Sin embargo, pese a reiterarse el mandato de que los tribunales administrativos fueran creados por ley, con la sola dictación de la Carta de 1980 las circunstancias variaron substancialmente. Ya que el constituyente contempló, además del importante *principio de inexcusabilidad* y del *derecho a la acción*, que luego se mencionarán, nuevas vías de recursos contencioso-administrativos ante los tribunales ordinarios, dentro de las que se destaca en forma particular el *recurso de protección* (que ya estaba en vigor desde el año 1976). Sobre esta cuestión A. Aylwin Azócar señala: “Así ha ocurrido con el reclamo que se puede interponer ante la Corte Suprema con motivo de la pérdida o desconocimiento de la nacionalidad por hecho de la Administración (art. 12). Así ha ocurrido también –prosigue– tratándose de la impugnación de los actos administrativos de expropiación (art. 19, N° 24, inciso 3°). Y lo mismo –continúa– se ha presentado tratándose del recurso de protección cuando la privación, perturbación o amenaza de los derechos y garantías especificados en el artículo 20 de la Constitución Política tienen su causa en actos u omisiones arbitrarias o ilegales de la Administración del Estado cometidos en el ejercicio de sus potestades públicas”⁶⁰. Por esta razón, a partir de la dictación de la Constitución de 1980, y antes de la refor-

⁵⁹ Para una mayor profundización sobre el tema ver también: L. RÍOS ÁLVAREZ. “Los tribunales de lo contencioso administrativo y el art. 38 de la nueva Constitución”, en *Revista de Derecho Público* núm. 29-30, enero-diciembre de 1981, pp. 195-208.- P. PIERRY ARRAU. “Lo contencioso administrativo en la Constitución Política de 1980. Competencia del Poder Judicial hasta la dictación de la ley”, en *Revista de Derecho Público* N°s. 29-30, enero-diciembre de 1981, pp. 209-225.- PIERRY ARRAU, P. “Conferencia inaugural lo contencioso administrativo y el recurso de protección”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVI (1991-1992), pp. 155-171.

⁶⁰ “Efectos de la reforma del art. 38, inciso 2°, de la Constitución Política sobre el régimen de lo contencioso administrativo”, op. cit., p. 46.

ma constitucional de 1989, algunos autores ya hablaban de un “régimen administrativo tutelado judicialmente”⁶¹.

No obstante lo anterior, al mantenerse en la normativa constitucional igual disposición que la Carta de 1925, continúa la ambigüedad en torno a la competencia de los tribunales ordinarios en los asuntos contencioso-administrativos. Por ello se hizo necesario introducir una reforma constitucional sobre la materia⁶².

C. El sistema contencioso-administrativo en la Carta de 1980 después de la reforma constitucional de 1989

Sobre la materia en cuestión, la reforma constitucional, aprobada en el plebiscito de 30 de julio de 1989, se tradujo sólo en suprimir la palabra “contencioso administrativo” del primitivo artículo 38, inciso 2º, quedando de la siguiente forma: “*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 pudiera afectar al funcionario que hubiese causado el daño*”.

De este modo, como se desprende de su tenor literal, el constituyente no da competencia directa a los tribunales ordinarios para conocer las contiendas contencioso administrativas, sino que se remite a lo que determine la ley. Por esta razón, el nuevo precepto no descar-

⁶¹ Vid. FIAMMA OLIVARES, G. “El régimen administrativo tutelado”. En *Gaceta Jurídica*, N° 71, 1986, pp. 7-10.

⁶² En este sentido se ha expresado: “Temiéndose(...) que los tribunales contencioso-administrativos no fueran establecidos, a pesar de los intentos, por cierto frustrados, que se registran desde 1925, y no se dictare en el futuro la ley que los cree, pareció aconsejable, con motivo de la reforma constitucional plebiscitada el 30 de julio de 1989, clarificar qué son los tribunales ordinarios, quiénes tienen jurisdicción para conocer y resolver los conflictos suscitados entre las personas y la Administración del Estado, sus organismos o las municipalidades” (VERDUGO MARINKOVIC, M.; PFEFFER URQUIAGA, E.; NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Derecho Constitucional, Tomo II*, op. cit., p. 216).

ta la existencia de tribunales administrativos, pero tampoco los contempla como una imposición, diferencia notable respecto de lo que establecía la Constitución antes de la reforma⁶³. Como consecuencia de ello, y mientras no se dicte la ley que determine cuáles serán los tribunales competentes en lo contencioso administrativo, los tribunales ordinarios, basados en el *principio de la inexcusabilidad judicial* (art. 73, inciso 2º, de la Constitución⁶⁴) y en el *derecho constitucional a la acción* (art. 19, Nº 3, inciso 1º⁶⁵, de la misma Carta)⁶⁶, han adquirido competencia plena para resolver las contiendas que versen sobre dicha materia, salvo las que en virtud de una norma expresa estén asignadas a un tribunal especial⁶⁷.

En virtud de esta nueva orientación constitucional, con *fecha 6 de mayo de 1992*, el Presidente de la República envió a la Cámara de Diputados *Proyecto de Ley sobre lo contencioso-administrativo*⁶⁸,

⁶³ Vid. AYLWIN AZÓCAR, A. "Efectos de la reforma del art. 38, inciso 2º, de la Constitución Política sobre el régimen de lo contencioso administrativo", op. cit., p. 48.

⁶⁴ El artículo 73, inciso 2º, de la Carta Fundamental expresa: "*Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión*".

⁶⁵ El artículo 19, Nº 3, inciso 1º de la Constitución señala: "*La Constitución asegura a todas las personas (...) 3.º La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos*".

⁶⁶ En este sentido como recuerda G. FIAMMA OLIVARES: "Tanto la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos como el principio de inexcusabilidad surgieron frente al temor que se repitiera la situación de indefensión frente a la Administración producida en relación al artículo 87 de la Constitución de 1925" ("La acción constitucional de nulidad: un supremo aporte del constituyente de 1980 al Derecho Procesal Administrativo". En *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo 83, Nº 3, septiembre-diciembre de 1986, p. 127).

⁶⁷ Vid. AYLWIN AZÓCAR, A. "Efectos de la reforma del art. 38, inciso 2º, de la Constitución Política sobre el régimen de lo contencioso administrativo", op. cit., pp. 49 y 50.- E. Silva Cimma. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado, El Control Público*, op. cit., pp. 193 y 194.

⁶⁸ Anteriormente, bajo el vigor de la Carta de 1925, han existido otros proyectos de ley que elaboró en su oportunidad el Gobierno y que daban cumplimiento al art. 87 de dicha

cuyo trámite parlamentario se encuentra en la actualidad paralizado.

No obstante, sobre el particular conviene hacer una breve mención a la *expresión de motivos* del proyecto Presidencial: “*El problema suscitado en Chile –señala– por la inexistencia de tribunales con plenitud de jurisdicción en lo contencioso administrativo, ha movido al Ejecutivo para presentar este proyecto de ley que dota a determinados tribunales de competencia para conocer de las materias contencioso-administrativas*”. Y a continuación agrega: “*En sus aspectos de mayor relevancia, el proyecto establece la acción contencioso-administrativa, considerando en su tramitación un procedimiento más expedito y rápido que el ordinario que contempla nuestro Código de Procedimiento Civil, y consultando mayores facultades en la actuación oficiosa del juez, como también medios para impedir una dilación innecesaria*”.

Del mismo modo, también, el proyecto de ley contiene una serie de apartados; donde cabe destacar lo referente al *recurso de protección*, que permite a las Cortes de Apelaciones competentes “transformarlos en contiendas administrativas”⁶⁹. Todo lo cual, como a continuación se analizará, debido a la particular clasificación del contencioso administrativo ordinario que se puede constatar en el ordenamiento jurídico chileno. Igualmente, el nuevo criterio constitucional, después de la reforma, es coincidente con el sistema jurisdiccional de control de los órganos integrantes de la Administración del Estado. En efecto, la ley orgánica constitucional N° 18.575, de *Bases Genera-*

Continuación Nota ⁶⁸

norma fundamental, el Proyecto Koch de 1929 y el Proyecto Zúñiga de 1958 (vid. PANTOJA BAUZÁ, R. “Organización de los tribunales chilenos de lo contencioso-administrativo”, op. cit., pp. 254-256). También existieron mociones parlamentarias que dieron lugar a proyectos de ley sobre organización de tribunales administrativos (vid. PEREIRA ANABALÓN, H. “Unidad de jurisdicción y justicia administrativa en el Derecho chileno”, op. cit., pp. 38-40).

⁶⁹ Vid. T. OVIEDO SOTO. “Actual y nueva justicia administrativa”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, núm. 2 y 3, tomo II, mayo-diciembre de 1993, pp. 769-773.

les para la Administración del Estado, en su artículo 2º expresa lo siguiente: “(...) *Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades [de los órganos de la Administración del Estado] dará lugar a las acciones y recursos correspondientes*”. Luego agrega en su artículo 9º: “*Los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley (...) sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar*”.

Dentro del sistema de control contencioso administrativo, citando al profesor E. Silva Cimma, se puede distinguir: “un *contencioso administrativo ordinario* constituido por la competencia asumida en la materia por los órganos del fuero común, y un *contencioso administrativo especial* representado por los procedimientos que por mandato de texto expreso de ley se encuentran consignados en órganos determinados ajenos a la judicatura ordinaria, como sucede, v. gr., con el juicio de cuentas [ante la Contraloría General de la República]”⁷⁰.

A su vez, dentro del *contencioso administrativo ordinario* se puede subdistinguir: a) una vía de carácter tradicional, constituida por los *procedimientos comunes* –juicio ordinario y/o juicio sumario, cuando proceda–, como por ejemplo, la acción constitucional de nulidad o también llamada “nulidad de Derecho Público” (art. 7º de la Carta); b) otra vía de carácter sumaria y “extraordinaria”, constituida por el *recurso o acción de protección*; y, c) por último, los *procedimientos específicos que contempla la Constitución* ante los tribunales ordinarios, tales como, el reclamo por pérdida o desconocimiento de la nacionalidad (art. 12) y la impugnación de los actos administrativos de expropiación (art. 19, Nº 24, inciso 3º).

En definitiva, haciendo una breve recapitulación de lo expuesto hasta ahora, se puede determinar lo siguiente:

a) En la actualidad los tribunales ordinarios de justicia son claramente competentes para conocer de cualquier tipo de asuntos con-

⁷⁰ *Derecho Administrativo Chileno y Comparado, El Control Público*, op. cit., p. 200 (lo destacado en cursiva es mío).

tencioso administrativos, con excepción de aquellas materias cuyo conocimiento esté asignado a otro órgano especial.

b) Dentro de dicha realidad, los tribunales ordinarios pueden asumir el conocimiento de materias contencioso-administrativas aplicando las distintas vías procedimentales que el ordenamiento jurídico les concede: los procedimientos comunes, los procedimientos especiales que contempla la Constitución y el recurso de protección. Especial relevancia posee esta última acción constitucional, toda vez que “la doctrina y la jurisprudencia coinciden en reconocer la plena procedencia del recurso de protección para reclamar de las acciones y omisiones arbitrarias o ilegales en que incurran las autoridades administrativas y, en general, los diversos órganos de la Administración del Estado”⁷¹.

c) Por último, la anterior circunstancia ha traído como consecuencia que la acción constitucional de protección, en la práctica, haya suplido la falta de una jurisdicción especializada en lo contencioso-administrativo. De ahí la estrecha, y trascendental, relación existente entre este amparo constitucional y lo contencioso-administrativo.

Ahora bien, en Chile se parte de una singular situación en el sistema orgánico de control jurídico, que se traduce en la *inexistencia de un Tribunal Constitucional que ampare directamente los derechos fundamentales de los administrados*, pese a la constatación en nuestro ordenamiento de dicho Tribunal.

Esta singularidad del sistema constitucional de control chileno, como bien es sabido, se suple con la acción directa que poseen los particulares ante los tribunales ordinarios cuando ejercitan el recurso de protección, cada vez que se vean perturbados, privados o amenazados en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales que el constituyente garantiza (art. 20 de la Constitución).

⁷¹ *Ibidem*, p. 205.

La peculiar circunstancia de la acción constitucional de protección que se ha descrito –teóricamente de naturaleza “extraordinaria”–, la ha transformado en el remedio más rápido y eficaz que poseen los ciudadanos frente a los actos u omisiones ilegales o arbitrarios de cualquier autoridad política o administrativa, o de un particular. Constituyéndose, de paso, y en lo que interesa a este estudio, en la *más importante instancia “ordinaria” de control de la Administración*. Por ello se ha dicho que “si en su origen la protección fuera un recurso extraordinario, hoy(...) ha devenido [en] una acción de ordinaria ocurrencia”⁷².

El importante papel asumido por el recurso de protección ha traído, como lógica consecuencia, la proliferación de su ejercicio, en claro desmedro de los procedimientos ordinarios o de *lato conocimiento*, también competentes en el ámbito administrativo. Por esta razón, como respuesta de los Tribunales a este *problema de jurisdicción*, se constata en la práctica jurisprudencial de protección, particularmente en el tema administrativo, la alusión constante al carácter sumario y cautelar de dicha acción, cuando se vincula con asuntos (v. gr., de “nulidad de derecho público”) que requieren para su resolución de un juicio de *lato conocimiento*; donde se asegure a las partes las garantías procesales suficientes, “más allá de la sumariedad y no contradicción que caracteriza al procedimiento de protección”⁷³.

⁷² SOTO KLOSS, E. “1976-1986, Diez años de recurso de protección. Una revolución silenciosa”, op. cit., p. 161.

⁷³ Esta argumentación jurisprudencial es posible encontrarla en las siguientes *Sentencias de la Corte Suprema*: Rol N° 21.511, de 4 de noviembre de 1993; Rol N° 22.756, de 13 de abril de 1994; y Rol N° 24.501, de 25 de marzo de 1995. Así, por ejemplo, los *hechos y fundamentos jurídicos* de la Sentencia de 4 de noviembre de 1993, Rol N° 21.511, se pueden resumir del siguiente modo:

Se interpone recurso de protección contra el Servicio de Salud del Ambiente de la Región Metropolitana, por haber revocado este organismo público una anterior Resolución que confería al recurrente autorización para instalar un Cementerio particular en terrenos de su propiedad. La Corte en el considerando 4º de su fallo señala: “(...)del estudio de los diversos

Todas estas circunstancias producen como resultado una *inacabada construcción teórica de la acción de protección*, que ha alterado su verdadera naturaleza y propósito. En este sentido, resulta conveniente citar las palabras del Presidente de la República, que en la expresión de motivos del Proyecto de Ley sobre lo contencioso administrativo, antes mencionado, pone en evidencia esta situación: “(...) en el último tiempo se ha constatado que el recurso de protección está siendo usado en asuntos de lato conocimiento o de naturaleza contencioso-administrativa (...) lo que ha desvirtuado el propósito de esa acción”⁷⁴. En esta esfera se puede observar, igualmente, que si bien la acción constitu-

Continuación Nota ⁷³

antecedentes acompañados por las partes del recurso(...) esta Corte llega a la conclusión que el Servicio de Salud del Ambiente, Región Metropolitana, carecía de competencia para dictar la resolución N° 6933, al tenor de la normativa atinente al caso(...). A su vez, dentro de este contexto, el Tribunal determina en esta situación la existencia de una “nulidad de derecho público” propia de un juicio de lato conocimiento. En efecto indica en el mismo considerando lo siguiente: “(...) el acto administrativo dictado por autoridad que carece de competencia legal para ello es nulo al tenor de lo preceptuado en el inciso final del artículo 7° de la Constitución Política de la República”. Por esta razón, en el considerando 7° de la Sentencia la Corte Suprema concluye que “(...) en esta contingencia, esta Corte no puede adoptar medida alguna en sede de protección, por cuanto el acto invalidado por el que aquí se impugna es ineficaz, por afectarle el vicio de nulidad a que se hizo referencia(...) De esta forma no se hace lugar al recurso de protección”.

⁷⁴ De ahí que el profesor J. GONZÁLEZ PÉREZ, haciendo una referencia general a los sistemas jurídicos latinoamericanos de justicia administrativa, señale lo siguiente: “Los ordenamientos jurídicos iberoamericanos ofrecen reglamentaciones muy distintas de los instrumentos para hacer efectiva la sumisión plena de la Administración pública a la Ley y al Derecho. Y más distintos aún son –prosigue– los niveles de eficacia alcanzados, abstracción hecha de los sistemas políticos(...) La inexistencia, total o parcial, de reglamentaciones específicas de las instituciones propias de la Justicia administrativa –continúa–, obliga a algunos Estados [por ejemplo, Chile] a acudir a las establecidas para otros fines [o las establecidas para fines que no son exclusivamente contencioso-administrativos, como es el caso de la acción de protección que no constituye la única vía procedimental en esta materia]” (*Justicia Administrativa*, en AAVV *El Derecho Público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, dirigida por E. García de Enterría y M. Clavero Arévalo, Civitas, Madrid, 1997, p. 677), desvirtuando por ende, habría que agregar, su naturaleza.

cional de protección fue establecida como mecanismo extraordinario para tutelar exclusivamente ciertos y determinados derechos fundamentales, se aprecia una ampliación progresiva de éstos (incorporando nuevos derechos e intereses legítimos), especialmente por la vía de la interpretación extensiva de los mismos. Esta tendencia, se estima, lleva a un *debilitamiento progresivo del núcleo duro de derechos fundamentales protegidos*, rompiendo con la excepcionalidad de este proceso constitucional y transformándolo, cada vez más, en un proceso ordinario de tutela de distintas posiciones jurídicas subjetivas, sirviendo “más que como instrumento de tutela de derechos fundamentales, como vía de control de legalidad de la actuación administrativa”⁷⁵.

En resumidas cuentas, la importancia de la acción de protección es una consecuencia de su propia naturaleza y finalidad de amparo, esto es, como un medio procesal específico de tutela efectiva de los derechos fundamentales. Sin embargo, aunque parezca un contrasentido, esta propia virtud que encarna se ha transformado, a su vez, en la génesis de sus principales problemas. En efecto, el “maximalismo” que se le exige al recurso de protección es una consecuencia de su peculiar naturaleza jurídica, lo que se ve enfrentado con los impedimentos propios, tanto “estructurales” (objetivos) como “intrínsecos” (subjetivos) (vale decir, no sólo los inconvenientes objetivos particulares representados por la estructura del sistema jurisdiccional, sino también los que son generados por los propios jueces en su calidad de operadores del Derecho), que se detectan dentro del sistema orgánico de control judicial chileno.

⁷⁵ FERRADA BÓRQUEZ, J. C.; BORDALÍ SALAMANCA, A.; y CAZOR ALISTE, K. “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”, en *Revista de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile*, Vol. XIV, julio de 2003, p. 81.

En fin, esta problemática, igualmente, nos enfrenta a la importante cuestión de la *discrecionalidad judicial*⁷⁶. Por cuanto, por ejemplo, la idea de los jueces como controladores de la discrecionalidad administrativa, no sólo ponen en cuestión el núcleo discrecional de esta última, sino también los ámbitos judiciales de decisión⁷⁷. Que en ningún caso puede traducirse en la circunstancia de que los jueces, por la vía del control, la sustituyan por “su” decisión más óptima, razonada o adecuada.

En este sentido, teniendo presente la distinción que lleva a cabo la doctrina entre el *control de la atribución* y el *control del ejercicio*⁷⁸, se debe expresar que el control judicial estricto de una potestad administrativa en ningún caso puede invadir *competencias atributivas* que la propia Constitución le reserva al órgano emisor del acto admi-

⁷⁶ La expresión *discrecionalidad judicial* refleja un espectro de problemas jurídicos que enfrenta la función de adjudicación de normas, motivo por el cual ha sido definida desde dos puntos de vista. Por una parte está la llamada “discrecionalidad judicial *débil*”, que alude a aquella situación en la que, aun cuando el derecho ofrezca una respuesta al caso que debe ser dirimido, esta solución no es obvia, y para poder lograr su identificación se requiere de un proceso intelectual complejo. En otras palabras, la idea de discreción débil refleja la necesidad de juicio y discernimiento para identificar la respuesta jurídica correcta cuando la literalidad del texto jurídico no ofrece una respuesta clara o evidente. A su vez, por la otra, la llamada “discrecionalidad judicial *fuerte*” podría ser definida como la posibilidad de elección entre diferentes cursos de acción igualmente válidos. Este sentido de discreción presupone la existencia de un ámbito en el que el derecho deja un margen de libertad al intérprete para determinar los estándares que guiarán su decisión. No obstante, para la mayoría de los autores (entre los que se encuentra R. Dworkin), aunque la discreción fuerte implique por definición la ausencia de una respuesta jurídica unívoca para la resolución de un determinado supuesto, la actuación discrecional sigue estando sujeta a estándares de racionalidad y justicia (vid. M. IGLESIAS VILA, *El problema de la discreción judicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 24-29).

⁷⁷ Vid. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, L. “Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial”, en *Revista de Administración Pública*, Núms. 100-102, enero-diciembre de 1983, pp. 1086-1088.

⁷⁸ Vid. CAZOR ALISTE, K. *La sumisión a Derecho de los actos y disposiciones del Presidente de la República de Chile*, Tomo II, op. cit., pp. 38-41.

nistrativo correspondiente (art. 7º de la Constitución)⁷⁹. Por ello, la tutela judicial no consiste en adoptar una decisión “primaria” (que podría ser en este caso de *sustitución*, en el evento de que no se respetaran por parte del órgano judicial las competencias atributivas de la Administración), sino en un control “secundario” cuyo único parámetro es, en última instancia, la aplicación del Derecho, particularmente el paradigma del Estado constitucional democrático. De esta forma, la esfera del control judicial debe estar circunscrita más al ámbito del *ejercicio* de la respectiva potestad administrativa, donde sí es posible controlar ampliamente la juridicidad de un acto, respetando, eso sí, los límites jurídicos de dicha potestad.

Dentro de la misma lógica argumental que se ha descrito, el profesor M. Aragón ha indicado igualmente lo siguiente: “(...) en la medida en que al integrarse hoy la “prudencia” (la capacidad de previsión, las exigencias del caso, la “razonabilidad”, la “ponderación”, los valores) en la ciencia del Derecho (y de ese modo en la teoría de la interpretación jurídica y, por lo mismo, en la aplicación del Derecho), la política no se separa tan fácilmente de la justicia, acrecentándose, sin duda alguna, los riesgos del activismo judicial. Frente a ello –prosigue el autor citado– no queda otra solución (...) que la de limitar el poder de los jueces (por otra parte, el constitucio-

⁷⁹ Ratificando en cierto modo la línea de este razonamiento, conviene citar la *Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago* (relativa al tema de los ascensos dentro de la jerarquía de las Fuerzas Armadas), de 7 de diciembre de 1992, Rol N° 2.909, que en lo pertinente indica: “(...) de las normas(...) se desprende que al Comandante en Jefe corresponde “proponer” los ascensos, pero sólo el Presidente de la República puede “disponer” al respecto, es decir, resolver sobre los ascensos(...) la disposición legal acerca de que los ascensos se concederán por orden de antigüedad no puede significar que el Presidente de la República esté obligado a aceptar todos los ascensos, puesto que ello iría contra las normas fundamentales de los artículos 24 y 32 N° 18 de la Constitución, que confieren al Presidente la calidad de Jefe del Estado, superior de las Fuerzas Armadas, que dependen de él, y la atribución especial de disponer de los ascensos; y transformaría la “proposición” del Comandante en Jefe en “disposición” definitiva, lo que iría contra toda lógica y contra la esencia misma de la organización constitucional sobre las Fuerzas Armadas(...)”.

nalismo significa eso: limitar *todos* los poderes), no restándoles ámbitos de control, sino reduciendo su papel de creadores de normas para impedir, al menos, que sean los dueños del Derecho en lugar de sus servidores. La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos –concluye– no está referida sólo a la Administración, sino también a los jueces”⁸⁰.

Ratificando la prevención que se ha tenido en torno a la discrecionalidad judicial, el profesor C. Peña González incluso va más allá, ya que expresa que el actual parámetro jurídico de verificación que emplean los Tribunales de protección, implicaría que éstos hagan uso de una discrecionalidad muy amplia, bajo la apariencia de no poseerla en absoluto. En efecto, como indica el autor citado, “en

⁸⁰ “Estado de Derecho y Democracia”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 47, mayo-agosto de 1996, p. 365. Esta situación puede ser constatada, igualmente, en el creciente papel que ha asumido la justicia en los sistemas políticos democráticos, en el fenómeno que se ha definido como “judicialización de la política”. Por esta razón se ha dicho lo siguiente: “La justicia, aunque sea con formas que le son propias, se ha convertido en un “partner” casi cotidiano del proceso político en sus distintos segmentos: desde la formulación de las políticas, mediante el poder de interpretar las leyes y de criticar su constitucionalidad, hasta su puesta en práctica, a través del control de los actos administrativos(...) Sin embargo, como el juez no puede activarse *motu proprio*, su intervención sigue pues condicionada –y no se trata de un aspecto secundario– por la voluntad de un sujeto externo que tiene que promover una acción legal. Pero –se prosigue– a medida que el juez se convierte en un actor importante e influyente, y es percibido como tal, aumentan las posibilidades que se active. Está claro –se concluye– que en este sentido las posibilidades dependen de los contextos concretos, de las prerrogativas atribuidas a los tribunales en los distintos países, así como de las dinámicas que caracterizan a los sistemas jurídicos y sociales considerados” (Guarnieri, C.; Pederzoli, P. *Los jueces y la política*, Taurus, Madrid, 1999, pp. 23-27). De ahí que también el profesor G. PECES-BARBA MARTÍNEZ puntualice sobre el tema, que “la realidad incontrovertible y necesaria en las modernas sociedades de la creación judicial del Derecho, disputando espacio al Parlamento y a las leyes, ha producido en muchos jueces una conciencia de su poder amparado en su independencia y en el estatuto constitucional y legal que les protege, que está produciendo en algunos supuestos, desviaciones graves y abusos relevantes que dan la sensación de arbitrariedad, de falta de límites y de impunidad” (“El poder de los jueces”, *El País*, 28 de julio de 1999, p. 11). Ver también: F. TOMÁS y VALIENTE, *a orillas del Estado*, Taurus, Madrid, 1996, pp. 127-130.

la práctica, [los jueces] optan libremente por una u otra norma aplicable a un caso, sin mayor sujeción a los parámetros constitucionales –primariamente obligatorios– contenidos en las garantías. Además –prosigue–, en términos generales, esta opción se realiza sin explicación de los principios en los cuales se basa, lo que impide, en gran medida, el examen y control públicos de las decisiones”⁸¹.

Sin embargo, sobre esto último, el *Auto Acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección*, recientemente modificado (9/6/98), ha introducido una importante reforma al respecto, que se traduce en la obligación de los jueces de protección para que fallen, en conformidad a los antecedentes que se les proporcionen, de acuerdo con las reglas de la *sana crítica* y no en conciencia como se disponía anteriormente⁸². Esto obliga al juez en la sentencia a dar razones de los elementos lógicos y de entendimiento (necesarios para formar su convicción) que tuvo presente al resolver la cuestión sometida a su conocimiento. Con lo cual la decisión judicial, en teoría, se enmarcaría dentro de un ámbito más objetivo y, por ende, menos discrecional.

Vale decir, se canalizaría dentro de lo que la doctrina denomina como *discrecionalidad cognitiva o de juicio*, esto es, la “función de interpretación y de entendimiento de conceptos y principios que, aunque entrañen una cierta libertad, es fundamentalmente un proceso intelectual sometido al rigor lógico y sujeción a las reglas de la sana crítica”⁸³. Al contrario también, en la otra cara de la misma moneda, “los razonamientos, motivos, consideraciones que han lle-

⁸¹ *Práctica constitucional y derechos fundamentales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1996, p. 163.

⁸² Vid. OTÁROLA, W. “Inquietud por el recurso de protección”, en *Gaceta Jurídica*, Nº 216, junio de 1998, p. 24. El Auto Acordado respectivo en su Nº 5º, inciso segundo, dispone lo siguiente: “La Corte apreciará de acuerdo con las reglas de la sana crítica los antecedentes que se acompañen al recurso y los demás que se agreguen durante su tramitación(...)”.

⁸³ Así lo señala A. GALLEGO ANABITARTE, en “Función ejecutiva, actuación administrativa y discrecionalidad”, estudio que sirve de prólogo a A. Mozo Seoane, *La Discrecionalidad de la Administración Pública en España*, Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 12 y 13.

vado a la Administración a otorgar o denegar un derecho subjetivo en un caso concreto, tienen que ser racionales, sometidos a la sana crítica, a la lógica, de manera que el juez de lo contencioso pueda mentalmente seguir el argumento del órgano administrativo: si no lo puede hacer, está constitucionalmente obligado a anular el acto”⁸⁴.

V. CONCLUSIONES FINALES

1. En el contexto de nuestro Estado constitucional, el principio democrático se traduce en una garantía de legitimidad hacia el conjunto de la Administración del Estado, en tanto reconduce la acción administrativa, cuanto asegura una cierta condición democrática de las decisiones de la Administración. Razón por la cual, *es un requisito esencial que el paradigma que vincula a la Administración del Estado a la juridicidad y donde se verifica su actuación sea el Estado constitucional democrático*; cuestión que, también, reconduce el control que lleva a cabo la justicia administrativa.

⁸⁴ *Ibídem*, p. 28. Por esta razón, L. FERRAJOLI ha planteado el siguiente criterio diferenciador entre jurisdicción y administración: “La diferencia entre jurisdicción y administración –señala– reside en el hecho de que la primera se ocupa de la *aplicación*, mientras que la otra actúa sólo en el *respeto* de la ley; donde por “aplicación” se entiende la actividad vinculada al cumplimiento de las obligaciones, mientras que “respeto” alude a una actividad desarrollada dentro de la mera observancia de los límites o de las prohibiciones impuestas por la ley. De aquí –continúa– el carácter tendencialmente cognitivo de la primera y decisionista de la segunda. No hay jurisdicción –prosigue– si no es con la verificación de un acto, tanto inválido como ilícito, y con la aplicación de la ley a los actos verificados. No hay política ni administración –concluye– en ausencia de discrecionalidad, en el respeto –pero no en la aplicación– de la ley” (“Jueces y Política”, op. cit., p. 74). Motivo por el cual, igualmente, T. R. FERNÁNDEZ realiza una observación común, tanto para la discrecionalidad judicial como administrativa, que se traduce en lo siguiente: “Hay que esforzarse en precisar *en cada caso cuánta es la libertad concedida, hasta dónde llega y cuáles son sus límites* y eso depende de la estructura y de la densidad de cada norma, que *nunca* son iguales de una norma a otra, dado el diferente contexto en el que cada una de ellas se inserta” (*Principios y reglas: la discrecionalidad administrativa y la judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 167).

2. En Chile, la falta de una jurisdicción especializada en lo contencioso-administrativo ha llevado a los tribunales ordinarios de justicia a asumir el conocimiento de las materias administrativas, en lo que constituye el *contencioso administrativo ordinario*. Esta situación ha sido posible, entre otras causas, debido principalmente a la existencia de la acción de protección, que ha suplido, además de la falta de tribunales administrativos especializados, la carencia de un Tribunal Constitucional que ampare directamente los derechos fundamentales de los administrados.

3. Por último, se estima que, para enfrentar de raíz el *problema de jurisdicción* existente (ya que el meollo de la cuestión se plantea fundamentalmente en poder lograr una mejor articulación entre el recurso de protección y los demás medios ordinarios de impugnación competentes en el ámbito del control de la Administración), necesariamente se debe armonizar el actual sistema *ordinario* de control judicial de la Administración. El primer paso, en este sentido, sería la concreción de una ley que regule la organización y atribuciones de los tribunales especializados en los asuntos contencioso-administrativos. Y asentado claramente el ámbito jurisdiccional en el control de los actos y normas de la Administración (especialmente las esferas competenciales de los procedimientos comunes y el procedimiento de amparo), los verdaderos problemas de derechos fundamentales podrían ser llevados de un modo más expedito ante el tribunal de protección y, por ende, ser resueltos satisfactoriamente por éste; no como una instancia *ordinaria*, sino como un medio procesal extraordinario y eficaz, estrechamente vinculado con su propia naturaleza jurídica y no desnaturalizado como ocurre en la actualidad. En definitiva, teniendo presente su carácter extraordinario y la especificidad de su naturaleza, el objetivo último es lograr en este campo administrativo la más amplia tutela de la acción de protección en el amparo de los derechos fundamentales. Dicho en otras palabras, aunque parezca un contrasentido, lo que se busca de esta acción constitucional es *potenciar la amplitud que encarna su propia especificidad*.

JUSTICIA ADMINISTRATIVA: ¿TRIBUNALES ORDINARIOS, TRIBUNALES
DE JURISDICCIÓN GENERAL O TRIBUNALES ESPECIALES DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO?

*Rolando Pantoja Bauzá**

“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”.

Profesor Guillermo Varas Contreras, 1940¹.

“En suma no puede ser más inorgánico, falto de técnica y de sistema, el mecanismo vigente para la composición de los conflictos administrativos”, explicable sólo por “la ausencia de órganos jurisdiccionales especiales para el conocimiento general o en plenitud de lo contencioso administrativo”.

Profesor Hugo Pereira Anabalón, 1971²

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad Central de Madrid. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Chile. Presidente del Instituto Chileno de Derecho Administrativo.

¹ VARAS CONTRERAS, Guillermo, *Derecho Administrativo*, Editorial Nascimento, Santiago, 1949, p. 382.

² PEREIRA ANABALÓN, Hugo, *Unidad de Jurisdicción y Justicia Administrativa en el Derecho Chileno*, Revista de Derecho Público N° 12, 1971, pp. 49-50.

“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 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”.

*Profesor Pedro Pierry Arrau. 2000*³.

SUMARIO

1. La Justicia en Chile. 2. La Constitución chilena carece de una visión sistemática de lo administrativo en el país. 3. El análisis de la Justicia Administrativa como tema de reflexión jurídica, demuestra desactualizaciones, desencuentros cuando no contradicciones. 4. En este contexto, se distingue, en principio, entre tribunales ordinarios y tribunales especiales. 5. Inserción de la Justicia Administrativa como función juzgadora del Estado en los órganos jurisdiccionales previstos en la Constitución. 5.1. En el texto de la Constitución, a 1980. 5.2. En el texto de la Constitución, desde 1989. 6. Conclusiones.

I. LA JUSTICIA EN CHILE

Voy a referirme a la Justicia Administrativa y si ésta, según la Constitución Política de la República, ha de ser ejercida por los tribunales del fuero común, por tribunales contencioso administrativos de jurisdicción general, por tribunales especiales o por un sistema mixto que concilie estas posibilidades organizativas, partiendo de la base que la Carta Fundamental consagra la existencia de una Justicia

³ PIERRY ARRAU, Pedro, *Tribunales contencioso administrativos*, Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, año I, N° 2, diciembre, 2000, p. 97.

civil y criminal, de una Justicia constitucional, de una Justicia electoral y de una Justicia de cuentas, conforme a lo establecido en sus artículos 73, 82 y 83, 84 y 85, y 87 y, en mi concepto, además, de una Justicia Administrativa.

2. LA CONSTITUCIÓN CHILENA CARECE DE UNA VISIÓN SISTEMÁTICA DE LO ADMINISTRATIVO EN EL PAÍS

Antes de hacerlo, permítaseme rendir un homenaje de admiración y aprecio, en estas Primeras Jornadas Chilenas de Derecho Administrativo, a todos mis distinguidos colegas, los juristas que cultivan esta disciplina en el país, por su estimulante entusiasmo y magnífico esfuerzo en el desarrollo de su vocación *ius* administrativa.

En efecto, si bien las universidades chilenas honran sus altos méritos académicos y profesionales confiándoles el ejercicio de sus cátedras de Derecho Administrativo, esta circunstancia no oculta la realidad que enfrentan día a día en un ambiente caracterizado por una determinada forma de apreciar la cosa pública administrativa, que no honra el pasado jurídico chileno ni habla bien tampoco de la cultura jurídica del país.

Desde luego, nunca el constituyente chileno ha normado sistemáticamente el ejercicio de la función administrativa en Chile. Hasta ahora, la inorganicidad de su regulación permite que se la caracterice como una actividad de ejecución de ley, en un extremo, o como una actividad de desarrollo sustentable del país, de las regiones y de las comunas, en el otro⁴.

⁴ Véase: SOTO KLOSS, Eduardo, *Comentario al fallo recaído en el recurso de protección deducido por Administradora de Inversiones y Supermercados Unimarc S.A.*, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 88, N° 2, 1991, segunda parte, sección quinta, p. 191. CALDERA DELGADO, Hugo, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica de Chile, 1979, p. 7. En sentido contrario, PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *Derecho Administrativo, Clasicismo y modernidad*, Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 179 y ss.

En el ámbito organizacional, la Comisión de Estudio de las Leyes Orgánicas Constitucionales, al estudiar el proyecto de la que fue la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, llegó a prescindir en 1983, de la nomenclatura de servicios que establecía el artículo 62, inciso 4º, numeral 2, del Código Político, por estimarla obsoleta, lo que hizo que la clasificación de servicios públicos que contiene actualmente esa ley desconozca la denominación-caracterización que le atribuyó la Constitución⁵.

En el campo del actuar administrativo, la Contraloría General de la República sostiene hasta hoy la tesis decimonónica que postula la expresión decretal como única manera válida de decidir de la autoridad administrativa, desconociendo cualquier otra forma de manifestar el actuar de la Administración, incluso sus mismos dictámenes: “Los hechos y operaciones materiales –afirmó en 1956 el dictamen N° 40.966– simplemente se ejecutan, pero los actos jurídicos que las autoridades administrativas dotadas de potestad de ejecución dictan en uso de esa potestad se deben revestir de ciertas formas sin las cuales no tendrían expresión externa”.

“Los decretos y resoluciones son, precisamente, las formas que el acto adopta en la Administración y la ley los somete a una tramitación determinada para su plena eficacia”.

Y la jurisprudencia administrativa no sólo exige la dictación de un decreto o resolución para concretar sus disposiciones unilaterales, sino que la hace obligatoria también para perfeccionar los contratos que celebre la Administración Pública. De este modo, celebrado un contrato, obliga a la autoridad que lo suscribió a dictar en seguida un decreto o resolución aprobatorio del contrato, como lo hizo una vez

⁵ “Informe de la Comisión Asesora de S.E. el Presidente de la República recaído en el Anteproyecto de ley orgánica constitucional que determina la organización básica de la Administración Pública y garantiza la carrera funcionaria y los principios en que deba fundarse”, 30 de noviembre de 1983: “En este aspecto, es necesario recordar que la Carta Fundamental mantiene en algunos artículos términos tales como “institución semifiscal y ‘organismo autónomo’, clasificaciones que la Comisión consideró totalmente obsoletas...”.

más por oficio N° 20.063, pese a habersele demostrado que el acuerdo de voluntades de que se trataba se había celebrado por escrito, de acuerdo con su naturaleza, y mantenido sin problemas en el tiempo y sin observaciones de ilegalidad por más de veinticinco años.

3. EL ANÁLISIS DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA COMO TEMA DE REFLEXIÓN JURÍDICA, DEMUESTRA DESACTUALIZACIONES, DESENCUENTROS CUANDO NO CONTRADICCIONES

La Justicia Administrativa no ha sido ajena a estas dosis de desactualización, desencuentro, cuando no de vaguedad, que concurren en el campo *ius* administrativo.

Para no retroceder más en el tiempo, ha de recordarse que desde la década de 1930 se ha afirmado que el contencioso administrativo nació en Chile con las Constituciones de 1828 y 1833, al constatarse que esas Cartas confiaron la composición de los conflictos originados en contratos o convenciones celebrados por el Supremo Gobierno y sus agentes, a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado, respectivamente, y verificar, asimismo, que tal afirmación nunca estuvo respaldada por un estudio que precisara de qué contratos y convenciones se estaba hablando, cuál era su régimen jurídico, cuál su situación procesal anterior a los años en que el constituyente se ocupó de señalar el tribunal que juzgaría los conflictos jurídicos a que dieran lugar y, en definitiva, qué cabía entender por contencioso administrativo desde la perspectiva *ius* administrativa para determinar si esos contratos eran civiles o de otra naturaleza⁶.

⁶ ALCAYATA S., Eduardo, *De lo contencioso administrativo*, memoria de prueba, Universidad de Chile, Imprenta El Esfuerzo, 1930, p. 78. ROJAS GONZÁLEZ, José M., *Tribunales contencioso administrativos*, memoria de prueba, Universidad de Chile, Imprenta Aracena, 1934, p. 51. IRIBARREN, Juan Antonio, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Editorial Nascimento, 1936, p. 48. VARAS CONTRERAS, Guillermo, *Derecho Administrativo*, Editorial Nascimento, 1940, p. 379.

Asimismo, que en tanto para don Jorge Huneeus en 1891, si se organizan “las cosas de manera que no exista posibilidad de que se promuevan contiendas de competencia, 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”, para la Corte Suprema de Justicia todo tribunal, funcione en el Poder que funcione, por ser tal, queda sujeto a sus facultades de superintendencia, en lo que interesa, sea que se trate de un tribunal especial que funcione en la Administración o de una autoridad administrativa investida de tal función, según explicara en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución su Presidente, don José María Eyzaguirre, autorizándola para ordenarle el horario de trabajo, la forma de tramitar el procedimiento e incluso facultándola para aplicar a esa magistratura medidas disciplinarias que pueden llegar a la remoción de la respectiva función.

Por otra parte, data también del siglo XIX, de 1874 concretamente, el haber restituido a los tribunales ordinarios de justicia la plenitud de su competencia respecto del contencioso contractual que la Carta de 1833 había confiado al Consejo de Estado, puesto que ese año se eliminó del Código Político la atribución 7ª del artículo 104 de la Constitución que así lo había establecido; con todo, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 19 de noviembre de 1946, expresaría aún que si bien correspondía al Presidente de la República aprobar las liquidaciones de los contratos de obras públicas, nada obstaba a que en una situación contenciosa aceptada por ambas partes intervinieran los tribunales ordinarios de justicia ejerciendo sus atribuciones propias, lo que no implicaba por eso mezclarse en las atribuciones de otro poder público.

Ha de anotarse también dentro de este orden de ideas, que en tanto la Comisión encargada de la redacción del proyecto de Ley de Organización y Atribuciones del Poder Judicial, actual Código Orgánico de Tribunales, hacía constar, en su sesión del 15 de julio de 1870, que las magistraturas del fuero común eran incompetentes para conocer de los juicios que “no pertenecen al derecho privado, único sobre el cual legisla el presente Código”; que el Código de Procedimiento Civil, a comienzos del siglo XX, en palabras de don Eugenio Ballesteros, reconocía que “el principio capital que domina esta materia es que todas las cuestiones que hayan de resolverse por reglas generales de interés común, ya se considere en ellas la sociedad formando un todo capaz de derechos y obligaciones, ya con relación a la generalidad de los ciudadanos, deben ser decididas por la autoridad administrativa; y siempre que se trate de cuestiones entre particulares o entre la sociedad o un particular, pero que hayan de resolverse por los principios de derecho civil, corresponde su conocimiento a los tribunales”⁷; y que don Fernando Alessandri Rodríguez proponía en 1925 crear los tribunales administrativos a nivel constitucional, precisamente porque la justicia ordinaria “se declara incompetente para conocer en esas materias y el particular queda burlado, a menos que recurra a gestores administrativos para que ellos consigan con el Ministro respectivo que derogue el decreto de renovación”⁸; el profesor Eduardo Soto Kloss aseverará en 1983 que “con las reformas de 1874 y la entrada en vigencia de la nueva ley orgánica de tribunales, de octubre de 1875, los tribunales ordinarios formados por miembros permanentes, independientes de toda otra autoridad e inamovibles, adquirirán esa plenitud de jurisdicción, conociendo ellos de modo

⁷ Véase: HARASIC YAKSIC, Davor, *Jurisdicción contencioso-administrativa*, Gaceta Jurídica, agosto de 1964, Anexo 50, pp. 3 y 4.

⁸ Actas Oficiales, sesión 33^a de la Subcomisión de Reformas Constitucionales, de 3 de agosto de 1925.

exclusivo de todos los asuntos judiciales que en el orden temporal se promovieren en el territorio de la República, sea cual fuese su naturaleza o la condición de las personas que en ellos intervinieren. Incluso si es el mismo Estado a través de sus órganos que le gobiernan o administran”, acusando a “La Constitución de 1925, al menos en la interpretación que le dieron doctrinarios y jueces, —de tronchar— gravemente este desarrollo de la juridicidad del actuar del Estado/administrador rompiendo abruptamente esa tradición de respeto a la ley de autoridades y funcionarios; la inmunidad de jurisdicción que a partir de 1935 la judicatura regalara a la Administración conducirá como necesaria evolución, lenta pero irremisiblemente, a esa quiebra que llegaría a su clímax en 1973” con el pronunciamiento militar y la caída del Gobierno del Presidente Salvador Allende Gossens⁹.

Ya vigente la Carta de 1925, cuyo artículo 87 había cuidado de referirse a tribunales administrativos “formados por miembros permanentes” para denotar que se trataba de una función juzgadora ejercida por órganos jurisdiccionales propiamente tales, a mediados de siglo se enseñaba en aulas, sin embargo, que “Habiéndose producido un acto de autoridad, y siendo ese acto el causante de la contienda entre el particular y la Administración responsable de ese acto, el asunto deberá radicarse en la Administración, para dar lugar así a la jurisdicción contencioso administrativa”¹⁰.

En una situación igualmente disímil se encuentran aquellas actitudes que concurren paralela y contradictoriamente en el mes de julio de 1977 durante el estudio del anteproyecto de la Constitución de 1980. Mientras la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución

⁹ SOTO KLOSS, Eduardo, *El Estado en la Constitución de 1833: la libertad dentro del orden*, Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, enero-diciembre 1983, N.ºs. 33-34, p. 53 a 70.

¹⁰ Véase: HUNEEUS, Jorge, *La Constitución ante el Congreso*, edición nacional, tomo II, Imprenta Cervantes, 1891, pp. 21 a 214. Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo*, tomo II, Editorial Universitaria S.A., Santiago, 1959, pp. 384 a 386.

y la Subcomisión de Tribunales Contencioso Administrativos por ella designada estudiaban desde 1973 la forma y manera de institucionalizar la Justicia Administrativa, acotada en la sesión 303^a de las celebradas por esa Comisión, en martes 5 de julio de 1977, diciendo que “básicamente lo contencioso administrativo —es—: el recurso entablado para anular un acto de la Administración”, la señorita Ministro de Justicia, en la sesión 307^a, del día 26 de ese mismo mes, expresaba sus aprensiones sobre “la facultad anulatoria” que pudieran ejercer los tribunales de lo contencioso administrativo, 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”. “En esto —subrayó la Ministro en esa sesión— interpreta el sentir del Presidente de la República, con quien conversó sobre la materia”¹¹.

Mientras los profesores Fernando Alessandri Rodríguez y Pedro Pierry¹², cada uno en su tiempo, coinciden en aseverar que lo contencioso administrativo en la Constitución de 1925 apuntaba a establecer en Chile el contencioso anulatorio, en cuanto admitían que el contencioso patrimonial se hallaba radicado en los tribunales del fuero común, el profesor Hernán Pitto Dalmazzo, bajo la misma Carta Política, afirmaba que “Evidentemente que 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 a favor del particular”¹³.

¹¹ Ver Actas Oficiales, pp. 1312 y 1403-1404.

¹² Ver, para la opinión del profesor ALESSANDRI, lo expuesto por él en la sesión 33^a de las celebradas por la Subcomisión de Reformas Constitucionales el año 1925, y para la del profesor PIERRY, la sesión 303^a de las celebradas por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, en martes 5 de julio de 1977.

¹³ PITTO DALMAZZO, Hernán, *Organización del Contencioso Administrativo*, en “Lo Contencioso Administrativo”, Universidad Católica de Valparaíso, Escuela de Derecho, Ediciones Universitarias, 1976, p. 51.

En tanto la jurisprudencia judicial sostuvo uniforme e invariablemente, v.gr., en los autos Socotransco Ltda. con Fisco, contienda de competencia, Corte Suprema de Justicia, 1964, “Que si un particular se siente lesionado en sus derechos por el acto de la autoridad y reclama formalmente ante el tribunal con jurisdicción propia para conocer el reclamo, nace de inmediato la instancia de carácter contencioso administrativo” (considerando 5º), e inhibe a los jueces para conocer de ella, porque carecen “en absoluto de competencia para conocer de este litigio” (considerando 9º); en 1967, en los autos juez de Melipilla con Presidente de la República, contienda de competencia, Corte Suprema de Justicia, habría de sostener que si bien ello era efectivo, no era menos cierto que ejerciéndose una acción civil ante tribunal competente, “es el tribunal ante quien se entabló la querrela de amparo quien debe resolver si el decreto objetado...importa o no un acto constitutivo de turbación o embarazo a la posesión”; agregando en el recurso de queja entablado por el propietario del diario “La Mañana” de Talca, en fallo del año 1972, que deducida una acción criminal ante el juez competente del fuero común, éste “se encuentra plenamente facultado para desconocer eficacia al acto de autoridad que excede los límites que le han fijado la Constitución y las leyes”; predicamento que habrá de culminar con la absorción total de los asuntos contencioso administrativos por parte de un nuevo concepto de causa civil, al manifestar el Presidente de la Excma. Corte, don José María Eyzaguirre, en la sesión 304ª, de 6 de julio de 1977, de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, que “la Corte Suprema siempre ha estimado que la frase causas civiles está solamente en contraposición con la causas criminales. O sea, el panorama de las causas civiles comprende todo lo que no sea penal”, incluyendo a las de carácter contencioso administrativas.

Mientras la Corte Suprema de Justicia afirmaba por sentencia de 30 de marzo de 1971 que “Compartiendo el ejercicio de la soberanía nacional –con los otros poderes públicos–, corresponde a los tribunales de justicia conocer y fallar los asuntos judiciales que se promue-

van en el orden temporal dentro del territorio de la República, ya sea resolviendo conflictos, imponiendo sanciones o cursando peticiones de acuerdo con las normas legales preestablecidas”, en 1977 afirmaba por boca de su Presidente, don José María Eyzaguirre, que la Corte Suprema bien podía dirigir y sancionar a una autoridad administrativa en tanto ejerciera funciones jurisdiccionales, porque sus facultades de superintendencia se extendía a “todo tribunal”, sea que perteneciera a la estructura judicial o a la del Poder Ejecutivo, lo que la facultaba para “disponer el horario de los tribunales, el modo de funcionar; si deben confeccionar tabla; si deben escuchar alegatos; si deben funcionar en audiencia pública, en fin, la forma en que deben actuar”; así como también la autorizaba para aplicar medidas disciplinarias a quienes formaran parte de ellos, ya que “esos funcionarios son miembros de los tribunales”: “No se trata de que pierdan su cargo administrativo, porque en eso no puede intervenir la Corte Suprema. Sencillamente su potestad de superintendencia está circunscrita a los tribunales, es decir –su potestad disciplinaria– se ejerce en cuanto esos funcionarios actúan como miembros de los tribunales”¹⁴.

Discrepancias análogas a algunas antes citadas se han suscitado con la reforma constitucional aprobada por la ley N° 18.825, de 1989, las que se han planteado en dos planos: primero, por su significado, al “resultar inexplicable”¹⁵ para un autor, en tanto que para otro implicó la supresión de toda jurisdicción general contencioso administrativa, al producir, como dijo el profesor Fiamma Olivares, “el trasvase –inmediato– de las competencias...a los tribunales ordinarios”¹⁶;

¹⁴ Actas Oficiales, cit., sesión 303ª, celebrada en martes 5 de julio de 1977, pp. 1316 y 1317.

¹⁵ PIERRY ARRAU, Pedro, *Tribunales Contencioso Administrativos*, Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, N° 2, diciembre 2001, pp. 102-103.

¹⁶ FIAMMA OLIVARES, Gustavo, *Derecho y Libertad*, diario El Mercurio, Santiago 18 de diciembre de 1989, p. A 2.

segundo, por su alcance, pues mientras para el profesor Enrique Silva “los términos del precepto...son de una claridad, a nuestro juicio, meridiana en varios aspectos”, como en el que suprimió la jurisdicción contencioso administrativa para reconocer “explícitamente que esos derechos –los de las personas lesionadas por la Administración– deben hacerse valer ante...los tribunales ordinarios de justicia”¹⁷, para el profesor Carlos Andrade Geywitz, por el contrario, esa eliminación importó confiar “a la ley” la creación de “los tribunales contencioso administrativos” y suprimir de la Constitución la facultad de superintendencia que se confería a 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”¹⁸.

Pero no sólo intermedian en materia de Justicia Administrativa pareceres doctrinales que hacen complejo un panorama jurídico que por naturaleza habría de buscar el cosmos y superar el caos; tercián en ella asimismo ciertos aspectos de sensibilidad, que hacen más difícil sostener un diálogo desde perspectivas plurales.

Así ocurre con el principio de especialización de las jurisdicciones que se postula en los mundos moderno y contemporáneo como una pieza clave del desarrollo de una adecuada justicia, y que sin embargo despierta resistencias judiciales, como lo reveló en 1977 el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, don José María Eyzaguirre,

¹⁷ SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Principios fundamentales del Derecho Público*, Editorial Jurídica de Chile, 1996, pág. 161. Agrega este autor: “Con esto se zanjó entonces, de manera definitiva, el problema denominado contencioso administrativo, que estuvo latente en nuestro país desde el año 1925 hasta esta fecha de 1989 –estableciéndose– lo que se ha denominado en la doctrina el sistema propiamente judicial, es decir, aquel que entrega la resolución en materia de reclamación en contra del Estado a la justicia ordinaria”.

¹⁸ ANDRADE GEYWITZ, Carlos, *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980*, 2ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 216 y 231.

al señalar a la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución que ese criterio era el que animaba al sistema procesal español: trasladado a Chile “puede llegar a cambiar totalmente la organización de la Corte Suprema, porque en el Tribunal Supremo español existen salas especializadas, y eso es lo que no quieren aquí los tribunales”¹⁹.

4. EN ESTE CONTEXTO, SE DISTINGUE, EN PRINCIPIO, ENTRE TRIBUNALES ORDINARIOS Y TRIBUNALES ESPECIALES

1. Dispone el artículo 73 de la Constitución Política, que “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso Nacional pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”.

Al aprobarse en la Comisión de Estudio, se había acordado reemplazar en esta norma la frase “Ni el Presidente de la República ni el Congreso Nacional” con que comienza su segunda parte, por otra que dijera “Ninguna autoridad”, con lo cual el precepto quedaba redactado de la siguiente manera: “Ninguna autoridad puede, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”.

Así formulada, la regla concretaba una prohibición amplia de ejercer funciones jurisdiccionales que alcanzaba a toda otra autoridad que no fuera un tribunal establecido como tal, contemplando una reserva constitucional cerrada a favor de los tribunales ordinarios,

¹⁹ Actas Oficiales, cit., sesión 304^a, celebrada en miércoles 6 de julio de 1977, p. 1344.

que con esa redacción prácticamente se reconocían como titulares exclusivos y excluyentes de las facultades juzgadoras del Estado.

El presidente de la Comisión de Estudio, don Enrique Ortúzar Escobar, se manifestó preocupado por el alcance de la norma que habían aprobado, advirtiéndolo a sus colegas que ella significaba alterar gravemente el mapa orgánico del país, desde el instante, dijo, que en la Administración del Estado existen autoridades que por mandato de la ley ejercen facultades juzgadoras. Con la redacción aprobada, expuso el señor Ortúzar, estas funciones pasarían a estar prohibidas por la Constitución y derogadas las disposiciones que amparaban su ejercicio, lo que no había estado en el espíritu de la Comisión de Estudio al dar su conformidad a esa redacción.

“Con ello –hizo ver el señor Enrique Ortúzar Escobar– se derogan todos los tribunales especiales que actualmente existen, como por ejemplo el Director de Impuestos Internos, el Superintendente de Aduanas, la Junta de Aduanas, el Tribunal de Marcas, el Tribunal de Comercio y otros”²⁰.

En efecto, aunque no existe un estudio que acredite cuáles y cuántos son estos “tribunales especiales”, se ha anotado en más de una oportunidad que “en Chile existen... los más diversos tribunales, con distintos procedimientos, como Juez de Letras, Cortes de Apelaciones, un Ministro de la Corte, etc. Así tenemos, por ejemplo, el Código Sanitario; el Código de Aguas; reclamo contra la Comisión Resolutiva del decreto ley 211; ley 19.011 de transporte de pasajeros; D.F.L. N° 3, año 97, de la Superintendencia de Bancos; ley 18.755 del Servicio Agrícola y Ganadero; ley 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente; ley 18.840, del Banco Central; ley 19.068, que modifica... –el D.F.L. regulador del– contrato de obra pública; decreto ley 2.757,

²⁰ Actas Oficiales, cit., sesión 298ª, celebrada en miércoles 15 de junio de 1977, pp. 1192 y 1193.

pudiendo la parte que no se conforma con la resolución que dicte, apelar de ella.” “Por su naturaleza, la resolución del Ministro resuelve un conflicto jurídico, y es, entonces, una resolución de primera instancia, apelable”²².

b) El Tribunal Constitucional confirmó este parecer.

“...Es indudable que se está en presencia de un proceso jurisdiccional –manifestó en su fallo Rol N° 176, de 1994, al analizar ese procedimiento,– con partes interesadas en la solución de un conflicto de intereses con relevancia jurídica, con una resolución o sentencia que dicta una autoridad en primera instancia, que viene a constituirse en el superior jerárquico que dicta la resolución” (considerando 4°).

Cuando el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, agregó en el considerando 3°, “dicta una resolución que otorga o deniega una concesión o un permiso de telecomunicaciones –su rol– es el de un funcionario público que está estableciendo o afectando derechos de terceros, es decir, está actuando como una autoridad administrativa que por la vía de la reclamación pasará a ejercer funciones jurisdiccionales, sometida al procedimiento judicial administrativo que la propia disposición señala”.

3. Así, pues, en el Derecho chileno hay tribunales ordinarios, tribunales especiales integrados o no al Poder Judicial y autoridades administrativas que por mandato de la ley ejercen funciones jurisdiccionales o juzgadoras, las que toman también el nombre de tribunal especial.

4. En el texto constitucional, los órganos juzgadores del Estado aparecen mencionados por la Carta Política en el inciso 3° del artículo 73 del Código Político de 1980, a propósito de las facultades de imperio que la Constitución les reconoce.

²² Sesiones del Senado, Boletín N° 400-15 b, Segundo Informe de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones.

Prescribe esta regla constitucional que “Para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine”.

De los términos de este inciso 3º del artículo 73 se desprende que los tribunales de justicia en la República pueden ser de cuatro tipos: “tribunales ordinarios de justicia”, que son las magistraturas incorporadas por naturaleza al organigrama del Poder Judicial, esto es, los del orden civil y criminal; “tribunales especiales de justicia que integran el Poder Judicial”, que son aquellas magistraturas que imparten justicia en determinadas materias específicas y que la ley los adscribe al Poder Judicial, como es el caso, por ejemplo, de los tribunales laborales; “tribunales especiales de justicia que no integran el Poder Judicial”, constituidos por aquellas autoridades juzgadoras del todo ajenas a la organización judicial, v.gr., los Juzgados de Policía Local, que son de carácter municipal, y “Los demás tribunales”, entre los cuales se hallan incluso los de fuente constitucional, como el Tribunal Constitucional y los Tribunales Electorales, y cuyas resoluciones se ejecutan “en la forma que la ley determine”.

5. INSERCIÓN DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA COMO FUNCIÓN JUZGADORA DEL ESTADO EN LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN

Colacionando lo expresado con anterioridad, puede afirmarse, por consiguiente, que la Justicia Administrativa, desde un amplio punto de vista, podría pensarse organizacionalmente como formando parte de alguna de esas cuatro posibilidades:

- Integrada a los tribunales ordinarios de justicia.
- Constituida por tribunales especiales integrados al Poder Judicial.
- Constituida por tribunales especiales no integrados al Poder Judicial, o
- Modelando otra forma que la incluya dentro de los “demás tribunales” a que se refiere la Constitución.

5.1. Inserción de la Justicia Administrativa como función juzgadora del Estado en los órganos jurisdiccionales previstos en la Constitución, a 1980

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.

1. Cobra importancia, entonces, determinar el régimen normativo que según la Carta Fundamental rige a la Justicia Administrativa, para definir conforme a él cuál de las cuatro posibilidades que abre el artículo 73 inciso 3º, es la o son las permitidas por la Constitución para organizar los órganos de Justicia Administrativa, radicando en ellos el ejercicio de la función juzgadora del Estado en que consiste.

2. Para algunos autores, así como durante la etapa de elaboración y redacción del anteproyecto lo fue para la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución y para el Consejo de Estado, la respuesta es obvia: la Justicia Administrativa debe modelarse integrándola a los tribunales ordinarios de justicia o, a lo más, a tribunales especiales del Poder Judicial.

a) Entre quienes así lo estiman, se encuentran los profesores Soto y Fiamma.

Ya se ha dado a conocer el planteamiento del profesor Soto Kloss. “Con las reformas de 1874 –dice él– y la entrada en vigencia de la nueva ley orgánica de tribunales, de octubre de 1875, los tribunales ordinarios formados por miembros permanentes, independientes de toda otra autoridad e inamovibles, adquirirán esa plenitud de jurisdicción, conociendo ellos de modo exclusivo de todos los asuntos judiciales que en el orden temporal se promovieren en el territorio de la República, sea cual fuese su naturaleza o la condición de las personas que en ellos intervinieren. Incluso si es el mismo Estado a través de sus órganos que le gobiernan o administran”²³.

Para el profesor Fiamma Olivares, a su vez, “ya no tiene ningún asidero dentro del régimen constitucional chileno” 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, pues “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”, eso es, integrarán al Poder Judicial²⁴.

²³ SOTO KLOSS, Eduardo, *El Estado en la Constitución de 1833: la libertad dentro del orden*, Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1983. Agrega este autor en este artículo que sólo “La Constitución de 1925 –al menos en la interpretación que le dieron doctrinarios y jueces– troncharía gravemente este desarrollo de la juridicidad del actuar del Estado/administrador rompiendo abruptamente esa tradición de respeto a la ley de autoridades y funcionarios; la inmunidad de jurisdicción que a partir de 1935 la judicatura regalara a la Administración conducirá como necesaria evolución, lenta pero irremisiblemente, a esa quiebra que llegaría a su clímax en 1973, pero esto es ya otra historia.”

²⁴ Estas referencias corresponden al texto constitucional pre 1989.

b) Análoga tesis postuló la Subcomisión de lo Contencioso Administrativo, formada en 1973 por la Comisión de Estudio, como lo manifestó al dar cuenta de su cometido a la Comisión, ocasión en que dio a conocer el criterio que había guiado su anteproyecto de ley sobre Justicia Administrativa.

En la sesión 303^a, del 5 de julio de 1977, el señor Sergio Diez recordó a los presentes que constaba en actas que la Comisión entendía que “la expresión causas civiles comprende también lo contencioso administrativo. Pero, dada la tradición chilena y los casos conocidos ¿por qué no poner expresamente “causas civiles, criminales y contencioso-administrativas? Porque la doctrina las ha dividido siempre. Entonces, conviene usar la misma división, aunque no sea tan lógica, porque las leyes se hacen para ser cumplidas y no para que estén bien escritas”.

“El señor Pierry –miembro de la Subcomisión de lo Contencioso Administrativo– observa que quizá sea ésta la solución adecuada”.

“Hace presente que la Comisión Constituyente había establecido las bases para que la Subcomisión trabajara, en el sentido de que tenía que ser el Poder Judicial el que conociera de lo contencioso-administrativo”.

“Entonces se elaboró este proyecto –que es– de procedimiento contencioso administrativo y no –de– creación de tribunales administrativos”²⁵, porque ese predicamento suponía incorporar ese procedimiento al Código de Procedimiento Civil como uno más de los cauces formales que habilitarían para actuar ante las sedes del fuero común.

²⁵ El profesor PIERRE dejó constancia en esta sesión que, en su concepto, “la verdad es que es preferible que lo haga un juez administrativo especializado y no un tribunal ordinario”. A su vez, el señor Ortúzar precisó respecto de sus palabras, que “Efectivamente, la Subcomisión de lo contencioso administrativo recibió esta orientación, no “instrucción”, en el sentido de que, en lo posible, aprovechara la estructura de los tribunales ordinarios de justicia.” Ver: Actas Oficiales, sesión 303^a, celebrada en martes 5 de julio de 1977, pp. 1331 y 1332.

c) Esta tesis, por ende, fue la mantenida por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, la que hizo suya el Consejo de Estado, y la que se consignó en el anteproyecto que se elevó a conocimiento de la Junta de Gobierno para su aprobación como proyecto de Constitución.

Ambos órganos consultivos hicieron descansar su punto de vista en el actual 73, entonces artículo 82 y luego 79, inciso 1º, que por eso apareció redactado en ese anteproyecto de la siguiente forma:

“*Artículo 79.* 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”.

Fue consecuente, así, la Comisión de Estudio, con lo obrado en sesiones y con la opinión vertida en ellas por don José María Eyzaguirre en representación de la Corte Suprema de Justicia, ya que al mostrar el alcance ampliativo del concepto de causa civil presentó simultáneamente una esfera también ampliativa de la competencia absoluta de la judicatura ordinaria, lo que conllevaba asimilar la función contencioso administrativa a la función judicial, particularmente a la del orden civil.

d) Es comprensible, en estas condiciones, que encontrándose asimiladas las causas contencioso administrativas a las causas civiles, pudiera concluirse asimismo que el anteproyecto postulaba una radicación orgánica de la función contencioso administrativa en el Poder Judicial, tal como había quedado perfectamente claro, por lo demás, en la sesión 303ª, de 1977, al confirmarse que la Comisión de Estudio había impartido una “orientación” en ese sentido a la Subcomisión de lo Contencioso Administrativo, y que ésta había trabajado sobre esa base.

e) Hasta aquí el desarrollo del tema se desenvolvía sin sobresaltos de acuerdo con un *iter* conocido: el planteado *ab initio*, desde el año 1973, por la Comisión de Estudio de la Constitución, conocida entonces como Comisión Constituyente.

El problema derivó de la actitud que asumió la Junta de Gobierno en el trámite de aprobación del anteproyecto para transformarlo en el proyecto que se sometería a plebiscito, estimada sorprendente en su tiempo por quienes se hallaban más cercanos a la Comisión de Estudio y al Consejo de Estado, pues rechazó la redacción del artículo 79, actual 73, y eliminó de la competencia absoluta del Poder Judicial el conocimiento, decisión y ejecución de lo fallado, en causas contencioso administrativas, para reducir su competencia absoluta al conocimiento y resolución de las solas causas civiles y criminales.

Según el anteproyecto, 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”.

La Junta de Gobierno, en el proyecto aprobado y plebiscitado, donde se votó favorablemente, suprimió la frase “y de las contencioso administrativas”, dejando referido el artículo sólo a las causas civiles y criminales: “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”.

No es dudoso el alcance de una modificación tan evidente, que con su solo enunciado manifiesta lo que ordena: el Poder Judicial no conocerá de los asuntos contencioso administrativos, su competencia absoluta está referida únicamente al juzgamiento y ejecución de lo fallado en las causas civiles y criminales²⁶.

f) Pero la Junta de Gobierno fue aún más lejos: junto con excluir a los tribunales contencioso administrativos de la esfera judicial, los cambió de ubicación, pasándolos al capítulo que norma a la Admi-

²⁶ Hizo más la Junta de Gobierno: modificó el artículo 38 inciso 2º para especificar que la acción que allí autorizaba deducir en contra de la Administración, se dedujera, no ante los tribunales que determine la ley, sino ante “los tribunales contencioso administrativos que determine la ley”.

nistración, incluyéndolos en el artículo 38 inciso 2º, y unificando así el contenido administrativo que ya relevaba este precepto, confiando el alcance de la superintendencia de la Corte Suprema de Justicia a lo que dispusiera el legislador.

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, 3ª parte. Los tribunales contencioso administrativos quedarán sujetos a esta superintendencia conforme a la ley.

En el anteproyecto, el artículo 38 decía en su inciso 2º que “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 que determine la ley*, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”, precepto que se había entendido pacíficamente en la Comisión como una norma reguladora de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado.

Ahora, al decidir como lo hizo, la Junta de Gobierno reunió en este inciso 2º las dos ideas que habían animado a la Comisión de Estudio, primero, y al Consejo de Estado, después: la relativa a las “causas contencioso administrativas”, incluida en el actual artículo 73, inciso 1º, primera parte; y la incorporada en el artículo 38, inciso 2º, referida a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

g) Violenta la Constitución Política, por lo tanto, afirmar que los asuntos contencioso administrativos son negocios judiciales en el texto de la Carta Fundamental, configurándolos como causas civiles, porque ello importa desconocer el sentido de las modificaciones que el proyecto aprobado por la Junta de Gobierno, plebiscitado y votado

favorablemente por la ciudadanía, introdujo al anteproyecto de Constitución, al eliminar a las causas contencioso administrativas de la competencia del Poder Judicial y radicarlas en los “tribunales contencioso administrativos” que creó en el inciso 2º de su artículo 38, ya que la voluntad del constituyente fue clara en su decisión de sustraer el conocimiento de las causas contencioso administrativas de estrados judiciales y adscribirlas a sedes contencioso administrativas.

Estas razones llevan a afirmar, asimismo, que las formas organizativas que recepcionen el ejercicio de la Justicia Administrativa deben ser aptas para expresar las características reconocidas como propias y distintivas de la función contencioso administrativa por la Carta Fundamental, y justifican el rechazo de cualquier fórmula que contravenga la decisión constituyente de excluir a los tribunales ordinarios o a tribunales especiales integrados en el Poder Judicial, del conocimiento de los conflictos contencioso administrativos, en la medida que el Poder Judicial representa en Chile la estructuración institucional de lo civil y de lo criminal, rechazada en el proyecto de Constitución y en el texto constitucional aprobado en el plebiscito del 11 de septiembre de 1980 como válida para ejercer la Justicia Administrativa.

h) Desde el 11 de marzo de 1981, por consiguiente, fecha de entrada en vigencia de la Constitución Política de la República plebiscitada el 11 de septiembre de 1980 en conformidad con lo dispuesto por el DL N° 3.485, de 1980, es inconstitucional atribuir el conocimiento de asuntos contencioso administrativos a los órganos del Poder Judicial.

Lo judicial y lo contencioso administrativo en esa Carta constituyeron y constituyen funciones jurisdiccionales paralelas, salvo en lo relativo a las facultades de superintendencia de la Corte Suprema sobre esas magistraturas, que estuvo vigente entre 1981 y hasta la reforma de 1989 que la suprimió, porque en esta materia el constituyente consultaba la única norma que autorizaba una intervención

judicial en el ámbito de la Justicia Administrativa al permitir en su artículo 79..., y por excepción que la Excma. Corte pudiera ejercer facultades de esa naturaleza sobre los tribunales contencioso administrativos, en la forma que determinara el legislador.

5.2. Inserción de la Justicia Administrativa como función juzgadora del Estado en los órganos jurisdiccionales previstos en la Constitución, desde 1989

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 38, inciso 2º (modificado por el numeral 17 del artículo único de la ley N° 18.825, de 17 de agosto de 1989). 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 que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.

1. La ley N° 18.825, de 1989, suprimió del texto del inciso 2º del artículo 38 la frase “contencioso administrativos”, remitiendo la composición de los conflictos jurídicos que se presentaran entre la Administración y los demás sujetos jurídicos a “los tribunales que determine la ley”.

Análogo predicamento adoptó en el inciso 1º del artículo 79, al suprimir la norma que facultaba a la Corte Suprema de Justicia para ejercer la superintendencia de esos tribunales, sometida a la forma que hubiere determinado para ello el legislador.

2. En efecto, al formalizarse en 1989 las cincuenta y cuatro reformas constitucionales convenidas entre el Gobierno, el Partido Renovación Nacional y la Concertación de Partidos por la Democracia,

dos de ellas afectaron el edificio contencioso administrativo construido por la Junta de Gobierno, haciendo desaparecer del texto de la Carta Política las dos únicas referencias que hacía a él la Constitución en su texto del año 1980, una en el artículo 38, inciso 2º, la otra, en el artículo 79, inciso 1º.

El artículo 38 inciso 2º retomó su redacción original en el anteproyecto, autorizando “reclamar ante los tribunales que determine la ley” de toda lesión o agravio que la Administración causara a cualquier habitante del territorio nacional, con lo cual suprimió la remisión a “los tribunales contencioso administrativos que determine la ley”.

El artículo 79 inciso 1º hizo lo mismo.

3. La reforma constitucional del año 1989, aprobada por la ley N° 18.825, despertó encontradas reacciones.

Una fue de desconcierto: “resulta inexplicable”²⁷, dijo un autor.

La mayoría, que estuvo constituida por los autores de orientación judicialista, se inclinó por pensar que la reforma no había hecho sino confirmar cuanto en ese sentido se había aseverado con anterioridad.

El profesor Fiamma Olivares, por ejemplo, expresa que al eliminarse toda mención a los tribunales contencioso administrativos en la Constitución, “la –consecuencia– más obvia de ella es la desaparición definitiva, dentro del ordenamiento constitucional, de los tribunales contencioso administrativos, lo que produciría de inmediato el trasvase de las competencias que para el conocimiento de los asuntos administrativos pudieron haberle correspondido a aquéllos, a los tribunales ordinarios. En consecuencia, tanto el ejercicio como la titularidad de esas competencias quedan radicadas en éstos”²⁸.

²⁷ PIERRY ARRAU, Pedro, *Tribunales Contencioso Administrativos*, Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, N° 2, diciembre 2001, pp. 102-103.

²⁸ FIAMMA OLIVARES, Gustavo, *Derecho y Libertad*, vid. art. cit.

En el mismo sentido se pronunciará el profesor Silva Cimma: “Los términos del precepto –artículo 38 inciso 2º, afirmó–...son de una claridad, a nuestro juicio, meridiana en varios aspectos”, como en el que suprimió la jurisdicción contencioso administrativa para reconocer “explícitamente que esos derechos –los de las personas lesionadas por la Administración– deben hacerse valer ante...los tribunales ordinarios de justicia como órganos genéricos encargados de hacer cumplir el principio superior de la justicia a falta de otro tribunal”²⁹.

4. Pero hubo aún una tercera reacción, venida desde dentro de la misma Comisión de Juristas de 1989, redactora de aquellas modificaciones, y cuyo contenido aparece extraño a primera vista, si se lo analiza dentro del *iter* doctrinal que se ha recogido anteriormente, pues quiebra su línea de continuidad.

Se debió al profesor Carlos Andrade Geywitz, quien afirmó, contrariamente a todo cuanto se había sostenido hasta ese momento, que la supresión de los tribunales contencioso administrativos traía consigo dos efectos:

-Por una parte, confiar “a la ley” la creación de “los tribunales contencioso administrativos”, y

-Por la otra, *suprimir* de la Constitución la 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”³⁰.

²⁹ SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Principios fundamentales del Derecho Público*, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 161. Agrega este autor: “Con esto se zanjó entonces, de manera definitiva, el problema denominado contencioso administrativo, que estuvo latente en nuestro país desde el año 1925 hasta esta fecha de 1989 –estableciéndose– lo que se ha denominado en la doctrina el sistema propiamente judicial, es decir, aquel que entrega la resolución en materia de reclamación en contra del Estado a la justicia ordinaria”.

³⁰ ANDRADE GEYWITZ, Carlos, *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980*, 2ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 216 y 231.

5. Con todo lo llamativa que pueda parecer esta posición en una obra escénica cuyos protagonistas eran conocidos por sus roles en pro de lo judicial, por un lado, y de lo contencioso administrativo, por el otro, la verdad es que el análisis de los antecedentes que ilustran la reforma constitucional de 1989 hace que en definitiva no pueda sino coincidirse con ella; de otra manera no cabría sino pensar con el profesor PIERRY que esa reforma fue “inexplicable”, lo que en sí a su vez no se explica, si se recuerda que la Comisión de Juristas que redactó las cincuenta y cuatro reformas de 1989 estaba formada por personas de alta versación en asuntos públicos, con clara conciencia de lo que hacían, más aún en las circunstancias en que se requirió de su colaboración, lo que sumado al predicamento que había adoptado la Junta de Gobierno en 1980, al crear la Jurisdicción Administrativa, no podía justificar que se eliminara de una plumada, en lo que aquí interesa, un eje basal de equilibrio del funcionamiento del Estado, que no otra cosa eran los tribunales contencioso administrativos concebidos precisamente por ella fuera del Poder Judicial, y la reticencia del Gobierno ante el contencioso anulatorio que había dado a conocer la Ministra de Justicia en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución.

Pero hubo otros antecedentes llamativos en la reforma de 1989.

Es cierto que suprimió la mención a los tribunales administrativos, pero contraria y extrañamente para los planteamientos de la tesis judicialista, la reforma no reconstituyó el pensamiento de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución y del Consejo de Estado, cuyo eje basal discurría en torno al artículo 73 actual, incluyendo a las “causas contencioso administrativas” en la competencia absoluta del Poder Judicial, sino que mantuvo circunscrito su círculo de habilitación constitucional al conocimiento de “las causas civiles y criminales”: no tocó el artículo 73 de la Constitución de 1980, sugiriendo que donde hubo modificación no hubo supresión.

Es efectivo también que esa mención a los tribunales contencioso administrativos, como tal mención, se eliminó del texto del artículo

38 inciso 2º, y que desapareció la tercera parte del inciso 1º del artículo 79.

Pero trascendió en círculos de la Primera Comisión Legislativa, a cargo de la Armada de Chile, levantando una gran interrogante, que el Almirante don José Toribio Merino Castro, su Presidente, quien había abogado desde el año 1981 por la creación de los tribunales contencioso administrativos en la República³¹, antes de dar su aprobación a la ley modificatoria de la Constitución, había consultado a fuentes responsables sobre el alcance preciso de la eliminación de la frase que hacía expresa mención a los tribunales contencioso administrativos y que había su conformidad al proyecto de la ley N° 18.825 sólo después de tener la seguridad que ella no implicaba la supresión de esas sedes jurisdiccionales del texto de la Carta Política.

6. La comparación de los textos del artículo 38 inciso 2º en sus redacciones del año 1989 y 1978, acusa naturalmente una similitud, puesto que literalmente emplean los mismos términos, pero no dicen lo mismo.

El texto de 1978, contenido en el anteproyecto de Constitución elaborado por la Comisión de Estudio, regulaba sólo la responsabilidad de la Administración del Estado, no apuntaba a la organización de la Justicia Administrativa, porque no tenía necesidad de hacerlo en un sistema en que lo contencioso administrativo aparecía incorporado a la estructura del Poder Judicial, desde el instante que las causas contencioso administrativas se estimaban de la misma naturaleza jurisdiccional que las causas civiles.

El texto de 1989 recurre a las mismas palabras, literalmente dice lo mismo que se dijo en 1978, pero bajo ese ropaje verbal hay sustancias diferentes, porque ahora se está trabajando sobre otra textura, la

³¹ Véase: Junta de Gobierno de la República de Chile, Primera Comisión Legislativa, *Los Tribunales Contencioso-Administrativos, Antecedentes para su estudio, Doctrina-Jurisprudencia. Proyectos*, Instituto Hidrográfico de la Armada, Valparaíso, 1982.

aceptada por el constituyente de 1980 que había instalado a los “tribunales contencioso administrativos” fuera del Poder Judicial, en el artículo 38 inciso 2º, y en la que los tribunales del fuero común tenían acotada su competencia absoluta en los límites del artículo 73 vigente.

7. Siguiendo la dirección rectilínea de argumentación hecha valer hasta ahora en el análisis jurídico de la Justicia Administrativa, cabría preguntarse entonces si la supresión por ley N° 18.825 de la mención a los tribunales contencioso administrativos en el artículo 38 inciso 2º hizo desaparecer también, o no, la posibilidad de establecer la Justicia Administrativa en Chile, desde el instante que ya no “existen” los tribunales contencioso administrativos.

Pero si ello fuera así, admite la formulación de una segunda interrogante, más grave aún: ¿Es que, acaso, de entenderse que se produjo esa supresión, que los “tribunales contencioso administrativos”, por consiguiente, desaparecieron de la Carta Fundamental, no habría que afirmar y consecuentemente con ese corolario que la Constitución Política eliminó de raíz de la institucionalidad chilena todo órgano que pudiera ejercer la Justicia Administrativa, al mantener el artículo 73, que es tanto como mantener acotada la competencia judicial sólo a las causas civiles y criminales, como lo hizo la Junta de Gobierno, con el antecedente de que esa delimitación tuvo por objeto precisamente excluir de ese artículo, excluir de la esfera judicial, lo contencioso administrativo?

8. Dentro de esta reconstrucción jurídica, como puede advertirse, se supera la sorpresa inicial que provoca la opinión del profesor Andrade Geywitz en el contexto de los desarrollos doctrinales de inclinación judicialista, porque al admitir la mantención de la Justicia Administrativa en el país, elimina el corolario chocante de que con la ley N° 18.825 se borró autoritariamente del mapa institucional la jurisdicción contencioso administrativa, tema que se inscribe en los fundamentos de una sociedad democrática.

Si la solución pudiera obtenerse del mero cotejo de literalidades del texto del artículo 38 en sus versiones 1980-1989, como lo hace el profesor Silva Cimma: “Los términos del precepto –artículo 38 inciso 2º, dice—...son de una claridad, a nuestro juicio, meridiana en varios aspectos”, como en el que eliminó la jurisdicción contencioso administrativa y reconoció “explícitamente que esos derechos –los de las personas lesionadas por la Administración– deben hacerse valer ante...los tribunales ordinarios de justicia”, el tema podría resolverse en términos positivos, pero esa conclusión omite referirse al significado y efectos del artículo 73 inciso 1º en el texto de la Constitución de 1980, así como a la historia fidedigna de su establecimiento en el Código Político, dejando de considerar entonces la clave de bóveda de la comprensión de la función judicial en Chile.

El profesor Carlos Andrade Geywitz, en cambio, ha estimado que el artículo 38 inciso 2º, en la redacción que le diera la ley Nº 18.825, que es la vigente, y pese a haber suprimido la frase “contencioso administrativos”, implica confiar “a la ley” *la creación* de “los tribunales contencioso administrativos” y la *supresión* de la Constitución la 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”, conciliando así el texto con el contexto de la Constitución, las modificaciones introducidas al artículo 38 inciso 2º y al artículo 79 inciso 1º.

9. Lo que no explica el profesor Andrade es el porqué de su afirmación y se da el inconveniente de no contarse con actas de lo debatido al interior de la Comisión de Juristas que redactó las cincuenta y cuatro reformas.

Pero averiguaciones realizadas con quienes participaron en sus reuniones permiten reconstituir lo ocurrido en ellas, respecto del punto que interesa.

Según estos antecedentes, el criterio guía que orientó la labor de la Comisión de Juristas de 1989 fue la estructuración de un mapa de

reformas que apuntara a establecer y garantizar mejor en el texto entonces vigente, los derechos de las personas; que en el diagnóstico que realizó con tal finalidad, el artículo 38 inciso 2º, con su remisión a “los tribunales contencioso administrativos que determine la ley”, le pareció muy semejante al artículo 87 que contenía la Constitución de 1925: “Su organización y atribuciones –de los tribunales administrativos– son materia de ley”, suscitándole el justo temor de que pudiera ser interpretado por la Corte Suprema de Justicia con el mismo alcance que le dio a este precepto en el pasado, en que concluyó que no había contencioso administrativo mientras no se establecieran los tribunales previstos por el Código Político, y que existiendo una competencia atribuida por la Constitución a otros tribunales, los del fuero común eran incompetentes para conocer de esos asuntos, con el resultado conocido de haber desembocado en una indefensión ciudadana que hubo de llevar a una recreación judicial de su campo de acción.

Buscando, pues, garantizar los derechos subjetivos de las personas, por una parte, y estabilizar el ejercicio de la autoridad dentro del orden institucional, ideó una fórmula innovativa: abrir la competencia judicial por vía de suplencia, en tanto se crearan los tribunales contencioso administrativos, y confirmar la existencia de una Justicia Administrativa, confiándole su creación al legislador.

Para ello, estimó suficiente enervar la posibilidad de una jurisprudencia como la ya conocida desde 1925, suprimiendo la mención hecha en el artículo 38 inciso 2º a los “tribunales contencioso administrativos”, y eliminar la norma reguladora de la superintendencia de la Corte Suprema de Justicia sobre esos tribunales, dejando en libertad al legislador para que en su oportunidad normara estas sedes jurisdiccionales en la forma que estimara conveniente.

Por estas razones, no puede sino convenirse con el profesor Carlos Andrade Geywitz, en que la eliminación de la frase “tribunales contencioso administrativos” del texto del artículo 38, inciso 2º, que ordenara el legislador de la ley N° 18.825, trajo consigo dos efectos:

– Por una parte, confió “a la ley” *la creación* de “los tribunales contencioso administrativos”, y

– Por la otra, *suprimió* de la Constitución la 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.”

6. CONCLUSIONES

1. Al estudiar una posible organización de la Justicia Administrativa en Chile desde las bases que pudiese ofrecer la Constitución Política de la República, para extraer desde ella resultados positivos que ilustren objetivamente determinados resultados que puedan ser admitidos como convergentes en una misma finalidad por los diversos círculos de participación normativa, es necesario distinguir los tres momentos jurídicos que revela la historia fidedigna de los artículos que regulan esa materia, porque de un modo u otro, el contenido que en ellos se asignó respecto de lo contencioso administrativo marcó ciertas opiniones, llevando a sus autores a formarse una opinión que mantuvieron en el tiempo, sin readaptarla a las nuevas circunstancias.

Esos momentos fueron tres:

El primero, caracterizado por el recorrido de cinco años que tomó la elaboración del anteproyecto de Carta Política por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución y su revisión por el Consejo de Estado, *iter* en el cual ambos órganos consultivos coincidieron en la conveniencia de radicar las causas civiles, criminales y contencioso administrativas en el Poder Judicial.

El segundo representado por la decisión de la Junta de Gobierno de modificar ese criterio inicial, erradicando del Poder Judicial el

conocimiento de las causas contencioso administrativas, para concentrar su competencia absoluta a las que tradicionalmente habían constituido lo suyo: el juzgamiento de las causas civiles y criminales (artículo 73, inciso 1º), y confiar entonces a “tribunales contencioso administrativos” el ejercicio de la Justicia Administrativa (artículo 38, inciso 2º), tribunales que estarían sujetos a la superintendencia de la Corte Suprema de Justicia “conforme a la ley” (artículo 79, inciso 1º), y

El tercer momento está constituido por las modificaciones que la ley N° 18.825, de 1989, introdujo a la Constitución Política en aquellas dos normas claves que incorporara a su texto la Junta de Gobierno: al artículo 38, inciso 2º, en que suprimió la frase “contencioso administrativos”, y al artículo 79, en que eliminó la referencia a la superintendencia de la Corte Suprema, conforme a la ley.

2. Al analizar la Justicia Administrativa en Chile es indispensable tener presente, asimismo, que ella está marcada por el texto aprobado y plebiscitado en 1980, que creó “tribunales contencioso administrativos” y circunscribió la competencia absoluta del Poder Judicial a las causas civiles y criminales, y por la historia fidedigna de su establecimiento, en cuanto ésta ilustra sobre los debates y conclusiones tenidas y alcanzadas por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución y el Consejo de Estado, y sobre la decisión adoptada por la Junta de Gobierno, y los efectos que cada una de estas actitudes trajo consigo cerrando el circuito constitucional.

3. Por último, no puede omitirse de considerar el espíritu garantístico que animó a la Comisión de Juristas que elaboró las modificaciones de 1989, por ser el que le indujo a prever una posible declaración de incompetencia del Poder Judicial que podía importar la indefensión de los afectados por la Administración Pública, en una tesis reiterativa de su jurisprudencia pos 1925, ante la similitud de redacción acusada por el texto del artículo 38 inciso 2º vigente a esa fecha, con el del artículo 87 de la Carta de 1925, que impidiera el

ejercicio de una Justicia Administrativa en suplencia por parte de los tribunales del fuero común, que fue el motivo que le llevó a liberar a dicho inciso 2º del artículo 38 de la predeterminación constitucional del tipo de tribunales que habría de conocer de las reclamaciones que se interpusieran contra la Administración, y a confiar al legislador la misión de precisar los órganos jurisdiccionales que habrían de conocer de ellas.

Simultáneamente, derogó el inciso 1º del artículo 79, en la parte que consagraba la superintendencia de la Corte Suprema de Justicia sobre los tribunales contencioso administrativos, conforme lo dispusiera la ley, actitud que en concepto del profesor Andrade Geywitz, confió al legislador la responsabilidad de crear los tribunales contencioso administrativos y de normar su régimen jurídico.

4. La historia fidedigna del establecimiento de la Carta Fundamental, con todo, impone una limitación al legislador: no radicar la Justicia Administrativa en el Poder Judicial o en tribunales integrantes de ese Poder, por cuanto, desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1980, las sedes jurisdiccionales ordinarias tienen vedado conocer de asuntos contencioso administrativos, al haberse reducido su competencia absoluta, por la Junta de Gobierno y el plebiscito, al solo juzgamiento de negocios de los órdenes civil y criminal, y haber entregado el juzgamiento de las causas contencioso administrativas a “tribunales contencioso administrativos”.

LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL PROCESO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

*Eduardo Cordero Quinzacara**

I. INTRODUCCIÓN

Siempre constituye una satisfacción para un universitario compartir sus reflexiones con quienes convergen en una vocación común, que en este caso viene a ser el estudio y cultivo del Derecho administrativo. Mas no sólo constituye un agrado, sino también un deber agradecer la amable invitación que se me ha formulado, deber que espero satisfacer compartiendo algunas reflexiones en torno a uno de los temas capitales de nuestra disciplina, como es la Justicia administrativa y, en concreto, a través del análisis de algunas cuestiones centradas en la legitimidad activa en el proceso administrativo.

Hablar de la legitimación en el ámbito procesal y, en este caso, respecto del proceso contencioso-administrativo, nos coloca nuevamente en estas cuestiones límites o fronterizas, que nos obliga a pisar en terrenos foráneos con la inseguridad que provoca lo desconocido, pero al mismo tiempo con cierta curiosidad que no cesa hasta dar

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Antofagasta.

tranquilidad a nuestras inquietudes. Y es que en esta materia convergen diversas disciplinas dogmáticas, como son, en este caso, el Derecho administrativo y el Derecho procesal, pues el tema de la legitimación parte necesariamente desde las categorías dogmáticas desarrolladas en el ámbito del Derecho procesal, pero que adquieren una sensible incidencia en el ámbito de la disciplina que nos convoca. Sin embargo, la cuestión no sólo queda limitada a tales términos, pues en esta materia se debe tener presente el conjunto de elementos que además aporta el Derecho constitucional, primero a través de lo que constituye una de sus funciones públicas esenciales, como es la jurisdicción, y luego, desde la óptica de los derechos fundamentales, que en este caso es el derecho a la tutela judicial efectiva o el acceso a la justicia.

Para el análisis de este tema, comenzaré por dar cuenta en términos generales del alcance del principio de tutela judicial (2), para luego explicar el sentido y alcance que adquiere el concepto de legitimación en el Derecho procesal en general y el contencioso-administrativo en particular (3), la forma como se enfrenta el tema de la legitimación activa en los contenciosos especiales (4), para analizar las características de la legitimación activa en el proceso contencioso administrativo general (5).

II. EL PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Si bien el principio de legalidad se alzaprima como una de las bases fundamentales en torno al cual se estructura y construye el Derecho administrativo, las posibilidades de su vigencia práctica o efectiva demanda la existencia de instrumentos de control que permitan garantizar el eficaz sometimiento de la Administración al “bloque de la legalidad”. Sin lugar a dudas uno de los sistemas jurídicos primordiales en esta materia lo constituye el *control jurisdiccional*,

esto es, el encause del actuar de la Administración a través de los órganos jurisdiccionales del Estado, llamados a pronunciarse al respecto con la autoridad que imprime la fuerza de cosa juzgada.

Ahora bien, nuestro texto constitucional consagra este principio en una dimensión objetiva y subjetiva.

Por una parte, desde una *dimensión objetiva*, como un poder-deber asignado a un complejo orgánico bajo la tradicional denominación de “Poder Judicial”, dispone que “la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”. Más aún, reforzando este principio establece una interdicción absoluta respecto de los otros poderes para inmiscuirse en estas funciones, al establecer que “ni el Presidente de la República ni el Congreso puede, en caso alguno, ejercer *funciones judiciales*, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos” (inc. 1º art. 73 de la Const.). Pero esta facultad exclusiva constituye a la vez un deber, en la medida que “reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión”.

Ahora bien, desde una *dimensión subjetiva*, este principio aparece consagrado como un derecho constitucional en el art. 19 N° 3, bajo la forma de la “igual protección en el ejercicio de sus derechos”, el “derecho a la defensa jurídica”, la legalidad del tribunal y la existencia de un proceso racional y justo como condición previa del ejercicio del poder jurisdiccional a través de su acto más propio, la sentencia¹.

¹ Esta materia estaba vinculada con el derecho de acción. A este respecto COLOMBO CAMPBELL, Juan. *La judicatura: Bases constitucionales del Derecho procesal*. /En/ 20 años de la Constitución chilena. 1981-2001. Santiago: Universidad Finis Terrae, Facultad de Derecho, 2001, p. 651-652, señala que la acción es la facultad que tiene toda persona para traspasar su conflicto al proceso, o sea, para usar éste como forma de solucionarlo. En cuanto garantía,

O como bien dispone el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de 1966, “toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial” (artículo 14).

Sin embargo, tratándose de la Administración el control de legalidad ha adquirido a lo largo de la historia ciertos rasgos que se apartan de la posición que frente a la justicia le corresponde a todo sujeto jurídico, lo que le ha dado, a su vez, su peculiaridad al Derecho administrativo como un conjunto de reglas especiales que establecen “privilegios en más y en menos”, en la conocida expresión de Rivero.

Y es que el Derecho administrativo surge como disciplina autónoma a partir de la judicialización en el control de la actividad administrativa, la que gracias a una jurisprudencia lúcida y decidida se ha traducido –en palabras de García de Enterría–² en una constante “lucha contra las inmunidades del poder”. Expresión que no puede ser más apropiada al momento de describir la espiral evolutiva del Derecho administrativo chileno, cuyo lento desarrollo encuentra como causa principal no sólo la falta de órganos jurisdiccionales que asumieran tan hercúlica labor, sino también cierto artificio en orden a evitar dicho control. Pues lo que había sido un notable avance en la

Continuación Nota ¹

señala que “el artículo 19, tantas veces aludido, N° 3 expresa que la Constitución asegura a todas las personas “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, que es el equivalente a la tradicional igualdad ante la justicia. El diccionario de la Real Academia –que es muy útil para analizar estas cosas– dice que “ejercicio” es acción o efecto de ejercer; por tanto, ejercicio es equivalente a acción. Así pues, ya que la Constitución asegura la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos del individuo, al ejercer precisamente el derecho de abrir un proceso, se está dando forma a esto que denominamos la acción procesal”.

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 4ª ed. Madrid: Civitas, 1995, en donde señala que “[...] esa reducción de inmunidades no puede ser obra de puras y abstractas declaraciones legales, sino que ha de ser el resultado de todo un vasto movimiento de lucha por el Derecho, en el que, naturalmente, no es sólo responsable, y ni siquiera primariamente, el legislador”.(p. 23).

Constitución de 1925 al establecer los Tribunales Contencioso-Administrativos, se transformó en el más nefasto argumento para sostener la falta de competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer y pronunciarse respecto del actuar de la Administración³, violentando la garantía de la tutela judicial tanto en su dimensión objetiva, ante la ausencia de tribunales llamados a pronunciarse sobre esta materia, como subjetiva, en la medida que toda persona afectada o lesionada por el actuar de la Administración no tenía la posibilidad de ser escuchada por la justicia respecto del fondo del conflicto planteado.

El lento avance legislativo en la materia, a través de los denominados contenciosos especiales, y cierta moderación en una tesis de incompetencia tan absoluta por la vía jurisprudencial⁴, culminó con

³ En este sentido, paradigma de esta jurisprudencia es "SOCONTRANSCO con Fisco", de 1964, en donde la Corte Suprema sostiene que el Poder Judicial no es competente para conocer de la demanda de ilegalidad interpuesta en contra del decreto supremo que canceló la personalidad jurídica a una corporación privada, pues esa materia *excede al ámbito de la jurisdicción o competencia de los tribunales ordinarios de justicia* e importaría una invasión de las facultades de otro poder público, comoquiera que la atribución de conceder o cancelar personalidades jurídicas a las corporaciones privadas es una facultad especial y privativa del representante del Poder Ejecutivo.

⁴ Vid. "Juez de Letras de Melipilla con S.E. El Presidente de la República, de 1967, RDJ; Bravo Ramos, Juan, FM N° 166, septiembre de 1972; Rayonhil, Industria Nacional de Rayon S.A., FM N°s. 178 y 179, septiembre-octubre de 1973, en donde se estableció la doctrina que si bien los tribunales de justicia carecen de jurisdicción para dejar sin efecto un decreto supremo en razón de su legalidad, se encuentran facultados para desconocer la eficacia del 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 a los tribunales. Por otra parte, se llegó a reconocer incluso la plena competencia, como ocurrió en el caso Tejidos Caupolicán S.A. con OPORTUS RICCI, Mario y otros, RDJ, 1974. También es un antecedente relevante la exposición leída por el Presidente de la Corte Suprema, don Enrique Urrutia Manzano, el 1° de marzo de 1973, siendo publicada en el Diario Oficial el 14 de marzo del mismo año, en el sentido de reconocer a los Tribunales ordinarios de justicia la competencia para pronunciarse sobre los asuntos contenciosos administrativos. Sobre estos antecedentes se puede consultar Junta de Gobierno de la República de Chile. *Los tribunales contenciosos administrativos. Antecedentes para su estudio*. Santiago: Armada de Chile, 1982.

la consagración de la acción constitucional de protección⁵, la cual produjo un cambio de perspectiva determinante, teniendo como centro de la acción jurisdiccional la defensa de los derechos fundamentales de la persona antes que un respeto extremo al principio de separación de poderes, que en sí mismo era una garantía de la libertad de los ciudadanos antes que un mecanismo que tendiera a proteger a los poderes públicos.

El paso definitivo vino con la reforma constitucional introducida por la ley N° 18.825, en agosto de 1989, que eliminó toda referencia a los tribunales contenciosos administrativos en la Constitución de 1980, particularmente en sus artículos 38 y 79 inc. 1°, con lo cual se erradicó cualquier argumento para negar la competencia de la jurisdicción ordinaria en estas materias⁶.

⁵ Vid. Artículo 2° del Acta Constitucional N° 3, sancionado mediante el Decreto Ley N° 1.552, de 13 de septiembre de 1976.

⁶ Al parecer la última sentencia pronunciada por la Corte Suprema en orden a declararse incompetente sobre estas materias sería la recaída en el caso PARRA ACUÑA, Carlos con Municipalidad de Temuco, Rol N° 19.685, de 3 de marzo de 1989, redactada por el abogado integrante Juan COLOMBO CAMPBELL, y publicada en GJ N° 105, en donde se sostuvo que *“los conflictos contencioso-administrativos escapan actualmente al ámbito de la jurisdicción fijada a los tribunales ordinarios en el artículo 73 de la Constitución Política, toda vez que en mérito del principio de la independencia y separación de los poderes y funciones públicas, a dichos tribunales –salvo que la propia ley les otorgue competencia– les está prohibido inmiscuirse en las resoluciones de los poderes legislativos y administrativos. Si los tribunales ordinarios tuviesen jurisdicción residual en lo contencioso administrativo, se transformarían en administradores por la vía de la sentencia”*. (Consid. 8°). Con posterioridad, la jurisprudencia se ha uniformado en el sentido de reconocer la plena competencia de la jurisdicción ordinaria en estas materias. Vid. entre otros fallos de la Corte Suprema, Servicio de Vivienda y Urbanización V Región, Rol N° 1802, de 12 de septiembre de 1991 y Morales con Fisco, Rol N° 5.609, de 4 de julio de 1994. Este último fallo señala expresamente que la plena jurisdicción de la judicatura común en materias como la aquí decidida ha sido reconocida, con el carácter de rasgo esencial de nuestro Estado de Derecho, tanto por jurisprudencia reiterada cuanto por doctrina abundante, elementos a los cuales imperativo es agregar que tal reconocimiento corresponde, cabalmente, a la intención o espíritu con que, según consta en la historia fidedigna respectiva, fue reformada la Constitución por la ley N° 18.825 en 1989 al ser entonces suprimida, en los artículos 38 inciso 2° y 79 inciso 1° de su texto, la referencia a los tribuna-

De esta forma nos encontramos con un peculiar modelo de Justicia Administrativa, la que en su *aspecto orgánico* queda entregada a los Tribunales ordinarios de justicia, y desde su *aspecto procedimental* queda sometido a las normas del proceso común, esto es, al Juicio ordinario de mayor cuantía como regla general. Sin embargo, esto no ha significado un cambio sustancial en la posición jurídica y fáctica que ha tenido y tiene la Administración del Estado frente a la justicia, la que continúa teñida con los tintes tradicionales propios de esta rama del Derecho, esto es, con privilegios en más y en menos.

En efecto, en virtud del principio de legalidad, el poder de control que corresponde a los órganos jurisdiccionales es más intenso y amplio respecto del que se ejerce sobre los particulares. Sin embargo, la Administración ostenta frente a los órganos jurisdiccionales un conjunto de privilegios:

a) El *poder de autotutela*, que se traduce no sólo en la potestad de la Administración de emitir declaraciones capaz de modificar o extinguir por sí mismas situaciones jurídicas subjetivas sin necesidad de recurrir a los tribunales de justicia (*autotutela declarativa*), sino también en la facultad de hacer efectiva la potestad pública, llegando incluso al empleo de la coacción (*autotutela ejecutiva*). Este poder ha sido objeto de alguna discusión, pero en la actualidad aparece confirmada en el artículo 3º de la ley N° 19.880, al disponer que “los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa [...]”;

Continuación Nota ⁶

les administrativos y que permitía sostener, sin ignorar la solidez de la argumentación contraria, que dicho contencioso quedaba sustraído de la jurisdicción ordinaria, salvo ciertas y precisas excepciones, porque allí operaba una reserva legal en favor de los tribunales administrativos.

b) El régimen privilegiado del cual dispone para la ejecución de las sentencias judiciales condenatorias en contra de la Administración, tal como lo establece el artículo 752 del CPC, mediante decreto expedido a través del Ministerio de Justicia, sin que se pueda compeler a la Administración a través de otras medidas de apremio;

c) Asociado a lo anterior, aparece el privilegio de la inembargabilidad de los bienes de la Administración del Estado, tanto centralizada (art. 752 CPC), como descentralizada, como ocurre con los Gobiernos Regionales (artículo 70 a, LOCGAR N° 19.175) y las Municipalidades (artículo 32 LOCM N° 18.695), cuyos bienes destinados al funcionamiento de sus servicios y los dineros depositados a plazo o en cuenta corriente son inembargables;

d) En cuanto al procedimiento, los juicios en donde tenga interés el Fisco se llevan de acuerdo a un procedimiento especial regulado en los artículos 748 a 752 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, se alteran las reglas de competencia relativa y se establece que sólo son competentes para conocer de los juicios de hacienda los jueces de letras de comunas asiento de Corte de Apelaciones, donde también tiene su asiento la respectiva procuraduría fiscal (artículo 48 COT), sin importar los costos que esto puede significar para el demandante y aun cuando los hechos que motivan la demanda hubieren ocurrido fuera de dicho ámbito territorial;

e) Además, toda sentencia definitiva pronunciada en primera instancia en juicios de hacienda y que no sea objeto del recurso de apelación, se debe elevar en *consulta* a la Corte de Apelaciones respectiva, previa notificación de las partes, siempre que sea desfavorable al interés fiscal (artículo 751 CPC);

f) Por último, también se debe señalar que la Administración ostenta un privilegio de hecho que es muy relevante en cualquier proceso judicial, pues le corresponde asumir la calidad de demandada. Bien sabemos que ésta constituye una de las posiciones más cómodas en que se puede encontrar una de las partes, en la medida que

sólo le basta negar los hechos alegados por la actora, sin que tenga que asumir el *onus probandi*.

Hecha esta breve relación, nos corresponde adentrarnos en el tema que es objeto de esta presentación.

III. EL CONCEPTO DE LEGITIMACIÓN Y SU CONFIGURACIÓN EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) La legitimación desde la perspectiva jurídico procesal

Para tratar el tema de legitimación activa es condición necesaria tener un concepto general de legitimación que nos permita distinguir, a su vez, esta figura de otras categorías dogmáticas del Derecho procesal.

En primer lugar, el concepto de legitimación está estrechamente unido al concepto de *parte*. En general se entiende por parte tanto *quien reclama una pretensión* como también *de quien se reclama esta pretensión*. Así, uno tiene la calidad de sujeto activo o demandante, mientras que el otro tiene la calidad de sujeto pasivo o demandado. Bien se ha señalado que la calidad de parte la da la titularidad activa o pasiva de una retención⁷, y supone necesariamente la existencia de un *conflicto* o *controversia*, en la cual cada una de las partes representan una dimensión parcial de dicha realidad⁸.

Ahora bien, entendido el concepto de legitimación asociado al concepto de parte, la doctrina distingue entre la *legitimatío ad processum* de la *legitimatío ad causam*.

⁷ Vid. GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. 2ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Públicos, 1961, p. 177.

⁸ Vid. De PÉREZ CORTÉS, María Jannneret. *Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo*. /En/ Cassange, Juan Carlos (coord.). *Derecho procesal administrativo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 464.

La *legitimatio ad processum* constituye un presupuesto procesal, esto es, la capacidad de presentarse en juicio por sí o por otros⁹. Dicho en otros términos, esta legitimación se traduce en la capacidad que deben tener las partes para estar en el juicio, ya sea personalmente o con la debida representación, asistencia o autorización, constituyendo un presupuesto procesal en la medida que atiende a la constitución regular de la relación jurídico procesal.

Por su parte, la *legitimatio ad causam* es la relación en que se encuentra el sujeto de un determinado proceso con respecto al objeto del litigio, que garantice la eficacia de la decisión jurisdiccional¹⁰. Como bien señala GUASP, para poder figurar y actuar eficazmente como parte, no ya en un proceso cualquiera, sino en uno determinado, no basta con disponer de esta aptitud general (*legitimatio ad processum*), sino que es necesaria una condición más precisa, referida singularmente al litigio de que se trate. En este caso, tal condición afecta al proceso, no en su dimensión común, sino en lo que tiene de individual y determinado¹¹. Por tal razón, para que el juez estime la demanda, no basta que considere existente un derecho, sino que es necesario que considere que éste corresponde precisamente a aquel que lo hace valer y contra aquel contra quien es hecho valer; o esa, que considere la identidad de la persona del actor con la persona en cuyo favor está la ley (*legitimación activa*), y la identidad de la persona del demandado con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley (*legitimación pasiva*)¹².

⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho procesal civil*. v. I. Madrid: Revista de Derecho privado, 1954, p. 208.

¹⁰ DE MIGUEL Y ALONSO, Carlos. *Voz Legitimación*. /En/ Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, T. XV, Barcelona: Seix, 1981, p. 62.

¹¹ GUASP (nota 7), p. 193.

¹² CHIOVENDA (nota 9), p. 208.

En tal sentido, González Pérez ha definido la *legitimación* como “la aptitud para ser parte en un proceso concreto [...] implica una relación especial entre una persona y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual es esa persona la que según la ley debe actuar como actor o demandado en el pleito[...]¹³.”

Las diferencias entre ambos tipos de legitimación son evidentes:

a) La *legitimatío ad processum* es un presupuesto procesal, por ende, constituye una condición de validez del proceso, mientras que la *legitimatío ad causam* es condición necesaria para que la demanda sea estimada o acogida por el juez;

b) Desde el punto de vista procesal, en la medida que la falta de *legitimatío ad processum* constituye un presupuesto de validez del proceso, asociado en este caso a la capacidad de ser parte en el juicio, su ausencia puede ser alegada como excepción dilatoria, esto es, de aquellas que tienen objeto la corrección del procedimiento sin afectar al fondo de la acción deducida (art. 254 N^{os}. 2 y 6 CPC). Por su parte, la *legitimatío ad causam* se debe oponer como excepción perentoria, esto es, de aquellas que miran al fondo de la cuestión discutida, tanto para cuestionar la falta de legitimación activa del actor como de legitimación pasiva del demandado¹⁴, ya que ésta queda condicionada a

¹³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa*. 2^a ed. Madrid: Civitas, 1994, p. 313.

¹⁴ No obstante, en algunos sistemas se acepta que la falta de este tipo de legitimidad pueda ser declarada de oficio por el juez cuando es inicialmente manifiesta, clara, indudable, inequívoca, de modo tal que sea incuestionable que el pretendido proceso incoado será tramitado inútilmente. Vid. DE PÉREZ (nota 8), p. 465; COLOMBO, Carlos J. *Excepción de falta de legitimación inicialmente manifiesta*. /En/ La Legitimación, homenaje al profesor doctor Lino Enrique PALACIO. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, pp. 263 y ss.; HUTCHINSON, Tomás. *La legitimación en el proceso administrativo*. /En/ Cassange, Juan Carlos (coor.). *Derecho procesal administrativo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 516. En nuestro país algunos autores siguen esta tesis, en el sentido que la falta de legitimación activa puede reclamarse *in limine litis* como excepción dilatoria del artículo 303 N^{os}. 2 y 6 del Código de Procedimiento Civil. Vid. FIGUEROA YÁVAR, Juan Agustín. *En qué momento procesal puede*

una fase posterior, en la que el juez debe determinar con acierto la titularidad de los intereses o derechos objeto de discusión en el proceso.

Por tanto, el objeto de nuestro estudio se centrará en esta especie de *legitimatio ad causam* que se conoce como legitimación activa, entendida como la específica capacidad para intervenir con éxito en un proceso determinado.

*B) La configuración de la legitimación activa en el
contencioso-administrativo*

En principio, la legitimación viene a constituir un límite al momento en que el juez deba pronunciarse sobre el fondo del asunto o, dicho en otros términos, se relaciona con la necesidad de habilitar la entrada al mérito, es decir, el acceso a la justicia. La facultad de llevar adelante un proceso no puede fundamentarse, en principio, en el interés de conseguir el bien garantizado por la ley, que vendría a ser una acción popular y, por tanto, la no exigencia de legitimidad.

En su origen, el contencioso-administrativo fue un proceso que versó exclusivamente sobre derechos, tal como ocurría con el proceso civil. De esta forma, la legitimación para incoarlo requería de la titularidad de un *derecho subjetivo* lesionado por la actuación administrativa¹⁵. Sin embargo, de forma paulatina se fue ampliando la posibili-

Continuación Nota ¹⁴

alegarse la falta de legitimación activa. /En/ Revista de Derecho Procesal, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N° 19, 1997, pp. 70-71. De lo cual existe acuerdo es que el pronunciamiento sobre la legitimación activa es previo al fondo del asunto, de modo que su inadmisión no permite entrar a resolverlo.

¹⁵ Este fue el sentido que adquirió en su origen el sistema francés y que se estableció en el art. 1° de la Ley española de 1888 de Santamaría de Paredes, la cual admitía el recurso sólo respecto de los actos "que vulneren un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente a favor del demandante".

dad de interponer un recurso sin que fuera condición necesaria la existencia de un derecho subjetivo, sino que simplemente que el acto impugnado afectase de alguna forma negativa al recurrente. Dicho en otros términos, que éste tuviese algún *interés* en la anulación o eliminación del acto administrativo, no bastando, por cierto, el solo deseo de garantizar el respeto de la legalidad objetiva.

Esto se debe a la forma como surgieron y evolucionaron los recursos contenciosos administrativos en el seno del Consejo de Estado francés, pues el primer recurso que se configura se conocerá como “*de plena jurisdicción*”, en donde el Consejo trata de asumir la posición del juez que estaba interdicto expresamente de intervenir en los conflictos que se suscitaban entre la Administración y los administrados en el ámbito de las relaciones patrimoniales en que ambos participan (contratos, propiedad, venta de bienes estatales, etc.). Así, el Consejo de Estado ofreció una vía similar al proceso civil, aunque bajo un sistema de justicia retenida, en donde se daban garantías de objetividad al momento de resolver estas contiendas. De esta manera, el proceso contencioso-administrativo se forma bajo los principios matrices del proceso civil, cuya principal característica es determinar la verdad y la satisfacción de las pretensiones que han ejercido las partes, lo cual explica la exigencia de un derecho subjetivo lesionado como *conditio sine qua non* para pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Sin embargo, paralelamente, el Consejo de Estado comienza a dar fisonomía a un nuevo recurso a partir de las denuncias que elevan hasta dicho organismo los propios ciudadanos como consecuencias de irregularidades graves cometidas por la Administración. Así surge el recurso de “*exceso de poder*”, que tiene por objeto original atender estas denuncias frente a los vicios más graves cometidos por la Administración (incompetencia, violación de la ley, desviación de poder, etc.). De esta forma, este recurso se configura con un carácter esencialmente “*objetivo*”, ya que en su juzgamiento se realiza una valora-

ción abstracta u objetiva de la legalidad del acto impugnado, que sólo puede llevar a dos conclusiones posibles: la absolució n o anulaci ó n del acto. Por tal raz ó n, este mecanismo de impugnaci ó n se calific ó como un recurso objetivo, ya que en la conocida expresi ó n de Laferriere, constituye un “*proceso al acto*”.

Ahora bien, esta circunstancia cambia radicalmente la naturaleza del proceso contencioso administrativo respecto del proceso civil, pues si bien puede constituir una garant í a de derechos de los administrados, no agota su sentido y funci ó n s ó lo en ello, pues tambi é n est á en juego el inter é s general, en este caso, el respeto de la legalidad por parte de los ó rganos de la Administraci ó n. Esta circunstancia permite explicar porqu é la posici ó n personal del recurrente no es en principio relevante. No obstante ello, al recurrente se le exige una determinada calidad para actuar (*qualité pour agir*) en contra del acto impugnado, que puede ser no s ó lo un derecho subjetivo lesionado sino tambi é n un *inter é s*. De esta forma, se ampl í a la posibilidad de impugnaci ó n de los actos de la Administraci ó n, aunque dada la naturaleza del proceso, esta calidad que se exige es una limitaci ó n, pues constituye un mero “requisito de seriedad”, en la medida que evita que el recurso por exceso de poder se transforme en una acci ó n popular. Como se ñ ala Garc í a de Enterr í a, esta exigencia es la puerta de entrada al recurso, que, una vez franqueada, deja de tomarse en consideraci ó n, puesto que el fondo se limita a enjuiciar la legalidad abstracta del acto impugnado y anular é ste si tal legalidad se acredita violada, sin otras consecuencias¹⁶.

Es de esta manera como se configura la tradicional noci ó n de legitimaci ó n activa en el contencioso administrativo, en cuanto a que las personas habilitadas para recurrir son distintas, seg ú n se trate del recurso de plena jurisdicci ó n o por exceso de poder. En el primer

¹⁶ GARC Í A DE ENTERR Í A, Eduardo. *El problema del Derecho p ú blico al comienzo de siglo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 36.

caso es condición necesaria que el demandante sea titular de un derecho subjetivo lesionado por la Administración pública, mientras que en el segundo se requiere que el recurrente tenga un interés personal en la anulación del acto atacado. Así surge una noción de interés más amplia respecto de la noción de derecho subjetivo, aunque con límites no fáciles de acotar.

Estas nociones tuvieron particular éxito y fueron acogidas en los ordenamientos europeos y latinoamericanos que tuvieron como modelo al sistema francés no sólo en la legislación, sino también por la doctrina y la jurisprudencia¹⁷.

Sin embargo, el concepto de legitimación no se quedó anclado en las tradicionales categorías francesas y ha experimentado una interesante evolución que ha llevado a abandonar la marcada visión objetiva de estos recursos, especialmente del exceso de poder, por una perspectiva subjetiva, centrada en los derechos de las personas, especialmente influenciado por el derecho a la tutela judicial efectiva. Este ha sido el gran cambio que ha experimentado el contencioso

¹⁷ En el caso de Chile, dentro de las diversas obras monográficas sobre la materia se pueden consultar JIRON VARGAS, Enrique, MERY BRAVO, Sergio y SARIC PAREDES, Alejandro. *Lo contencioso administrativo*. Santiago: Jurídica de Chile, 1959, p.81 y ss. y GÓMEZ RODRÍGUEZ, Eleazar. *Poder judicial y proceso administrativo*. Santiago: Jurídica de Chile, 1966, pp. 116 y ss. Esta tendencia es seguida en jurisprudencia reciente, como por ejemplo, Valenzuela Gordillo con Fisco de Chile, de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 565-97, de 7 de septiembre de 1999, en donde señala que “[...] invocando el accionante la calidad de único heredero, se limitó a acompañar, para tenerlo presente y fuera del término probatorio, copia autorizada de la inscripción especial de herencia de un bien raíz que pertenecía al causante, documento que, por carecer de todo mérito probatorio, no permite acreditar que el actor sea titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo para instar por la nulidad que impetra. A lo anterior cabe agregar que el actor pretende, además de la anulación de los actos administrativos que impugna, que se condene al Fisco al pago de los perjuicios derivados de ellos, lo que importa el ejercicio de una acción contenciosa de las denominadas “de plena jurisdicción”, convergente con el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, que sólo puede ser intentada por quien ostenta un derecho subjetivo lesionado o vulnerado, cuyo no es el caso del actor, por lo que la acción impetrada no puede prosperar, siendo inoficioso emitir un pronunciamiento en cuanto al fondo”(el destacado es nuestro).

administrativo, a través de su ampliación respecto de un conjunto de círculos de inmunidad, como eran los actos discrecionales, los actos políticos o de gobierno y los poderes normativos de la Administración. Así, en el caso de Alemania, fue determinante la famosa cláusula contenida en el artículo 19.4 de la *Grundgesetz*, en donde se establece lo siguiente: “Toda persona cuyos derechos sean lesionados por los poderes públicos tiene derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales”. Por su parte, la doctrina no restringió el alcance de esta cláusula a la sola protección de los derechos subjetivos, sino que comprendió en ella a todas las ventajas que los ciudadanos derivan del ordenamiento (BACHOF), de manera que la ley les reconoce una acción de resguardo ante las actuaciones ilegales de los poderes públicos para restablecer las situaciones de ventaja en cualquier aspecto del círculo vital de intereses. De esta forma, el sistema contencioso-administrativo alemán se ha estructurado como un sistema de marcado carácter subjetivo, esto es, de protección de derechos.

En el caso de España es la propia Ley de la Jurisdicción Administrativa de 1956 la que también les dio este carácter a los recursos impugnatorios, no sólo a través de un concepto amplio de interés desarrollado tanto por la doctrina y por la jurisprudencia, sino mediante la posibilidad de que la sentencia estimatoria “restablezca la situación jurídica individualizada”. Así, la lesión que sufre el administrado y que le permite ejercer el recurso contencioso, no se limita a entregarles las llaves de un control objetivo, según la concepción clásica del recurso, sino que la misma sentencia debe condenar a restituir y salvaguardar el derecho lesionado. Es así como la distinción tradicional entre derecho subjetivo e interés entró en crisis, primero a través de la adopción de medidas restablecedoras por parte de la jurisdicción contenciosa-administrativa a supuestos articulados sobre un mero interés y, luego, a partir de la Constitución de 1978, que en su artículo 24.1 equipara el derecho y el *interés legítimo* para los efectos del derecho a la tutela judicial efectiva. Así, el artículo 19 de

la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 establece que “están legitimadas las personas físicas o jurídicas que ostentan un derecho o interés legítimo”.

Un sentido similar ha adquirido el contencioso-administrativo en Francia a través del denominado desmontaje del objetivismo y la recuperación del sentido subjetivo de la justicia en estos procesos. Este giro comienza con una ley de 1980 que permitió que el Consejo de Estado pudiese forzar a la Administración en las sentencias condenatorias al pago de una cantidad, mediante multas coercitivas. Posteriormente, la ley de 8 de febrero de 1995 ha permitido que en una fase posterior a la dictación de la sentencia de anulación, para imponer las medidas necesarias para restablecer la situación jurídica del recurrente.

*C) El sentido actual de la distinción entre Derecho e Interés Legítimo como supuestos de la legitimación activa.
El concepto de lesión como elemento determinante*

Establecida una legitimación activa limitada a la titularidad de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, surge en este caso la necesidad de determinar la base de esta distinción y su sentido actual. Como hemos visto, el contencioso administrativo surge en base a la noción de derecho subjetivo como fundamento de la legitimidad en el contencioso de plena jurisdicción, pero luego se amplía a la noción de interés para establecer la legitimidad en el contencioso de nulidad como condición previa de seriedad en la pretensión planteada.

Ahora bien, la cuestión central que nos corresponde desentrañar es si los conceptos clásicos de derecho subjetivo e interés legítimo poseen una distinta naturaleza jurídica o no son sino variantes de una categoría conceptual más amplia. Esto nos significa retomar el origen de la legitimación activa en el contencioso administrativo desde el proceso civil.

Es claro que el concepto de derecho subjetivo resulta determinante en el ámbito del Derecho privado, pues al construirse esta rama del Derecho en base a los conceptos de obligación-derecho subjetivo, es natural y evidente que cualquier vulneración de la ley supone una vulneración de un derecho subjetivo. Sin embargo, en el Derecho administrativo la cuestión toma un cariz distinto, por cuanto la mayor parte de las normas que integran esta rama del Derecho público no crean o atribuyen derechos subjetivos. Así, por ejemplo, nadie podría sostener que tiene derecho a exigir que la autoridad administrativa dicte un reglamento o que solicite determinados informes dentro de un procedimiento administrativo. Más aún, esto demuestra que la forma clásica del proceso civil, asentada en la noción de derecho subjetivo, es claramente insuficiente para poder controlar el cumplimiento de las normas administrativas.

Por otra parte, en muchas ocasiones los ciudadanos se pueden ver lesionados por una actuación de la Administración al margen de la ley, pero no le resultaría posible obtener algún tipo de tutela judicial si sólo se dispensara en base a la vulneración de derechos subjetivos. Esto puede ocurrir en muchas situaciones, como en el caso de que un permiso municipal sea revocado por la autoridad sanitaria. En este caso, el particular afectado no dispone de derecho subjetivo alguno para exigir que los órganos de la Administración implicados observen las normas de competencia, de manera que no podrían impugnar tal actuación por la vía contenciosa.

La particular naturaleza de las normas que integran el ordenamiento jurídico-administrativo y las formas que adopta la actividad de la Administración llevan a modificar el sentido de la legitimación en el proceso contencioso-administrativo, abriendo la posibilidad que los particulares afectados pudieran impugnar los actos de la Administración sin necesidad de ser titulares de derechos subjetivos típicos. Pero, por otra parte, tampoco resultaba razonable que cualquier particular pudiera recurrir en base al respeto de la legalidad objetiva,

pues esto significaría el colapso de los Tribunales contenciosos. Así se desarrolló el concepto de *interés*. Quien alega la nulidad de un acto administrativo debe tener un interés en su eliminación del ordenamiento jurídico, interés que debe ser *personal y directo*, en la medida que debe afectar de forma directa en la esfera jurídica del recurrente y no como simple ciudadano. Pero además se requiere que este interés sea *legítimo*, es decir, que no exista la pretensión de recurrir con el ánimo de perjudicar a terceros o de entorpecer el funcionamiento de los servicios públicos.

Esta constituye la solución clásica de la legitimidad, desarrollada en el sistema francés y seguida por otros países europeos, como España e Italia, así como en Latinoamérica, entre los que se encuentra nuestro país. Sin embargo, si bien la solución puede parecer lógica, no es posible soslayar un elemento que es muy importante: en la mayoría de los casos la pretensión del recurrente no se limita sólo a la mera anulación del acto, sino que requiere obtener el pleno restablecimiento de la situación dañada por el acto impugnado. En efecto, en algunas situaciones la sola anulación del acto resulta suficiente para el recurrente, como en el caso en que se deje sin efecto una sanción administrativa. Pero en su gran mayoría no basta la mera anulación, sino que es necesario que el Tribunal adopte una serie de medidas destinadas a restablecer plenamente la situación dañada, como sería en el caso de un proponente que participa en una licitación pública de la cual ha sido excluido al margen de las bases. En este caso, el Tribunal no sólo debe decretar la nulidad de dicha licitación, sino que debe ordenar además la inclusión del proponente ilegalmente excluido. Ha de tenerse en cuenta que en este caso el proponente no tiene un derecho subjetivo para que se le adjudique la licitación, ni para exigir el cumplimiento de la legalidad en el procedimiento, pero sí tiene un interés personal, directo y legítimo a que se respete esta legalidad; lo que da lugar no sólo a la legitimidad para recurrir, sino también al restablecimiento de la situación dañada y,

en su caso, *a una eventual indemnización de los perjuicios causados*. Esta última circunstancia resulta del todo relevante, pues la posibilidad de obtener una reparación de los perjuicios causados ha estado estrechamente unida al recurso de plena jurisdicción, que tiene a su vez como base la existencia de un derecho subjetivo. No obstante, y como se ha demostrado, aquí estamos en presencia de un interés, pero existe la posibilidad de que la reparación comprenda la indemnización de perjuicios. Por tanto, surge una pregunta necesaria e ineludible: ¿Por qué distinguir entre derecho subjetivo e interés? ¿Constituyen dos situaciones jurídicas diversas?

La respuesta que ha dado la doctrina española más reciente ha sido la de entender que el interés no es sino una modalidad de derecho subjetivo, al cual se le ha denominado *derecho subjetivo reaccional*. Siguiendo en esta materia a Eduardo García de Enterría, esta figura se explica de la siguiente manera: “Cuando un ciudadano se ve perjudicado en su ámbito material o moral de intereses por actuaciones administrativas ilegales adquiere, por la conjunción de los dos elementos de perjuicio y de legalidad, un derecho subjetivo a la eliminación de esa actuación ilegal, de modo que se defienda y restablezca la integridad de sus intereses. [...] La acción y, consiguientemente, el derecho, no están dirigidos a purificar por razones objetivas la actuación administrativa, sino la defensa de los propios intereses. El recurrente es, pues, parte en el proceso y no un representante de la ley; la Administración también es parte procesal genuina en cuanto que destinataria de una pretensión procesal que la afecta y a la que se opone activamente; el recurso es, pues, subjetivo y no objetivo; lo que se hace valer en el proceso es, pues, un verdadero derecho subjetivo y no un simple interés, más o menos cualificado”¹⁸.

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II*. 7ª ed. Madrid: Civitas, 2001, pp. 53-54.

De esta manera, se puede sostener que los entes públicos sólo pueden interferir en la esfera de los ciudadanos en los términos y en la forma prevista por la ley, pues su libertad constituye un valor superior que reconoce en la ley la fuente de su limitación. Si la Administración interfiere en la esfera jurídica de los ciudadanos al margen de la ley causando un daño, surge para el particular afectado un derecho a reaccionar contra el perjuicio sufrido, con la finalidad de obtener el restablecimiento de la situación dañada. De este modo, el origen de este derecho se encuentra en la concurrencia de dos elementos: a) la *acción ilegal*; y b) la *lesión* que se produce en el ámbito vital de intereses del ciudadano, tanto en su aspecto moral como patrimonial.

El interés no sería, por tanto, una categoría jurídica distinta al derecho subjetivo, sino que una especie del mismo bajo la forma de un derecho subjetivo reaccional. No obstante, esta especie de derecho tiene marcadas diferencias con el derecho subjetivo tradicional, tal como lo ha destacado Santamaría Pastor: El derecho subjetivo típico preexiste a un eventual conflicto, de forma que su contenido ya se encuentra predeterminado, como ocurre en el caso del derecho que tiene el funcionario público a su remuneración o del contratista al pago de los avances en la construcción de una obra pública, en cambio los derechos reaccionales surgen al momento de generarse el conflicto, esto es, cuando se produce una acción ilegal que produce un daño en la esfera vital del ciudadano, lo cual determinará su contenido material¹⁹.

El cambio de perspectiva es notable y se produce un sensible acercamiento con la concepción alemana de legitimidad, vinculado al derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 19.4 GG), pues ésta no restringe el concepto de lesión a la sola protección de derechos subjetivos, sino que abarca todas las ventajas que los ciudadanos derivan

¹⁹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, p. 898.

del ordenamiento (BACHOF). Como bien ha apuntado Parejo Alfonso, los llamados derechos e intereses no son otra cosa que situaciones jurídicas individualizadas a las que el ordenamiento jurídico concede una determinada protección (por ser ambas, justamente, el resultado de una específica “subjetivización” o cristalización en torno a concretos sujetos jurídicos del referido ordenamiento en el curso de la vida de éste y, por tanto, de su aplicación), pudiendo consistir la diferencia exclusivamente en el alcance de dicha protección (en función del grado de “subjetivización”)²⁰. Por tanto, no existe una verdadera diferencia de naturaleza y sí sólo de grado, en función de la intensidad de la protección dispensada a la correspondiente situación jurídica individualizada o “subjetivizada”, en las legitimaciones precisas para deducir la pretensión mínima de declaración de la disconformidad a Derecho y, en su caso, la anulación de la disposición, el acto o la actuación material constitutiva de la vía de hecho impugnada, de un lado, y la pretensión suplementaria de reconocimiento de la situación y de restablecimiento de ésta.

Por tal razón, el elemento determinante de la legitimación ha de encontrarse en el concepto de lesión, que afecta en este caso el ámbito vital de los particulares, comprensivo de toda ventaja derivada del ordenamiento jurídico. Este supuesto es el que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva y, por tanto, el derecho a la acción para impugnar los actos ilegales de la Administración. Por esta vía se superan los problemas que conlleva la distinción entre derecho subjetivo e interés, por una parte, así como la determinación de naturaleza jurídica de este último. Por otra parte, también se enriquece el concepto de legitimidad, vinculado a una garantía constitucional que constituye un pilar básico del Derecho procesal.

²⁰ PAREJO ALFONSO, Luciano (coord.). *Manual de Derecho Administrativo*. 5ª ed. v. 1, Barcelona: Ariel, 1998, p. 869.

IV. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS ESPECIALES

La ausencia durante largo tiempo de un contencioso general en nuestro país dio lugar a un conjunto más o menos amplio de contencioso-administrativos especiales que el legislador ha ido creando sin tener a la vista un criterio uniforme al respecto²¹. No obstante, en ellos es posible encontrar algunos rasgos comunes: se crea una vía judicial entregada, por regla general, a la jurisdicción ordinaria, a través de un procedimiento especial que tiene por objeto determinar la legalidad de la actuación de los órganos de la Administración y, en su caso, el derecho a los perjuicios del afectado²².

Ahora bien, estos recursos especiales fueron el principal argumento para sostener la incompetencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de lo contencioso-administrativo, basado en la regla de interpretación *sensu contrario*. Sin embargo, en la actualidad este tema ya no es objeto de discusión ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, la que reconoce la existencia de un contencioso general que se construye a partir de diversas normas constitucionales (arts. 6, 7, 19 N° 3 y 38 inc. 2°).

²¹ Sobre esta materia, *vid.* la exposición del profesor Carlos CARMONA SANTANDER sobre *Las reformas impulsadas por los Gobiernos de la Concertación en materia de Justicia Administrativa*, que da cuenta detallada de la forma cómo se han ido desarrollando estos recursos y de sus peculiaridades.

²² Lo señalado es sin perjuicio de los mecanismos de jurisdicción administrativa anómala, como sucede en el ámbito tributario y aduanero, en donde se inviste de facultades jurisdiccionales a órganos administrativos (Servicios de Impuestos Internos y Servicio Nacional de Aduanas). A pesar de las reiteradas críticas a este sistema de control jurisdiccional, al parecer el legislador aparece cada vez más inclinado a estos particulares modelos, muy asentados en la cultura anglosajona. Ejemplo reciente lo constituye el denominado "Panel de expertos", creado por la ley N° 19.940, de 13 de marzo de 2004, cuya naturaleza administrativa y/o jurisdiccional se discute. *Vid.* la exposición del profesor Alejandro VERGARA BLANCO sobre *Los procedimientos especiales de control de la actividad administrativa: el caso del panel de expertos en materia eléctrica*.

El problema se traslada entonces a otro ámbito, esto es, a la relación que existiría entre este contencioso general y los contenciosos especiales, sobre todo teniendo a la vista las normas constitucionales. Y es que los contenciosos especiales pueden dar lugar a interpretaciones diversas, pues bien se pueden considerar como un conjunto de normas legales que vienen a reglamentar las bases constitucionales del contencioso-administrativo, o bien, se puede entender que se trata de recursos o acciones que operan de forma simultánea o paralela con el contencioso general. La primera de las interpretaciones aparece, en este caso, como la más atractiva, aunque no sin problemas frente al alcance que se le ha dado a la acción de nulidad en nuestro país, mientras que la segunda plantea una serie de dudas en torno al efecto de cosa juzgada, que se traduce, en definitiva, en una cuestión de seguridad jurídica. Por otra parte, también se puede discutir la falta de uniformidad al momento de regular estos recursos (plazos, tribunales y tramitación diversa), lo que bien puede constituir una violación no sólo al principio de igualdad ante la ley, sino también de igualdad ante la justicia.

Sin embargo, no nos corresponde entrar en este momento en estos temas, sino sólo en la forma en que se enfrenta la legitimidad activa en los contenciosos especiales.

La regulación de la *legitimatío ad causam* en los contenciosos administrativos especiales también se presenta, a lo menos en apariencia, como diversa, ya que nos encontramos con distintas denominaciones al momento de exigir esta calidad. Así, en algunas disposiciones se reconoce la legitimidad activa a los particulares *agraviados* (art. 140 LOC de Municipalidades y 102 LOC de Gobierno y Administración Regional), en otras se utiliza la expresión de *interesado* (art. 69 LOC del Banco Central) o por quien tenga *interés* (art. 13 A Ley General de Telecomunicaciones N° 18.168) o simplemente de *afectado* (art. 19 ley N° 18.410 de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles; art. 22, DFL 3, de 19 de diciembre de 1997, de la

Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras; art. 7º ley Nº 18.933 de la Superintendencia de Salud Previsional; art. 94 Nº 8, DL Nº 3.500, que establece un nuevo sistema de pensiones); y, por último, en otros no se hace mención alguna de la calidad, aunque del contexto de la disposición se desprende la exigencia de un *interés o perjuicio* (arts. 20 y 50 ley Nº 19.300). Por su parte, los supuestos de acción popular son claramente excepcionales, como ocurre en materia municipal y regional, en donde la afección a los intereses generales de la comuna o región habilitan a cualquier particular para la interposición del recurso (art. 140 LOC de Municipalidades y 102 LOC de Gobierno y Administración Regional), con lo cual se reafirma el principio de la legitimidad, como regla general, para incoar un proceso contencioso-administrativo.

Si se examina con detenimiento la forma en que estas disposiciones regulan el tema de la legitimidad activa, nos encontramos que en definitiva todas convergen en la idea de interés legítimo, basado en un concepto amplio de lesión, en la medida que si prosperase la pretensión el titular obtendría siempre una utilidad (beneficio) o dejaría de sufrir un perjuicio efectivo de carácter material o jurídico.

Así, por lo demás, se desprende del alcance que tienen dichas expresiones. El término *agraviado*, proviene del participio *agraviar*, el que a su vez significa hacer agravio, rendir, agravar, apesadumbrar. Por su parte, *agravio* significa *ofensa o perjuicio que se hace a alguien en sus derechos e intereses*. En un sentido similar se nos aparece la expresión *afectado*, que significa “que adolece de afección”, lo que su vez significa “acción de afectar”, esto es “*menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente*”. En definitiva, todos estos términos designan un mismo objeto, que no es sino la existencia de un interés legítimo para exigir el restablecimiento de la situación jurídica menoscabada. Más aún, el propio Diccionario de la Real Academia Española, que hemos empleado para estos efectos, define *interés legítimo* como la “situación jurídica que se ostenta en relación con la actuación de otra

persona y que conlleva la facultad de exigirle, a través de un procedimiento administrativo o judicial, un comportamiento ajustado a derecho”.

Así las cosas, es posible apreciar cómo los contenciosos especiales colocan como condición para entrar al fondo del asunto discutido una regla uniforme de legitimación activa, que es la noción de interés legítimo, aun cuando la terminología utilizada sea diversa. En este sentido, el interés consistiría en el hecho de que si prosperase la pretensión el titular obtendría siempre una utilidad (beneficio) o dejaría de sufrir un perjuicio efectivo de carácter material o jurídico.

Si consideramos que la noción de interés legítimo no es sino, en cuanto a su naturaleza jurídica, un tipo de derecho subjetivo, debemos entender que su configuración ha de tener lugar en la medida que exista una lesión en el ámbito vital de intereses de los particulares afectados por la acción ilegal de la Administración. Por tanto, el retorno al concepto de lesión nos obliga a encontrar el fundamento común que han de tener estos contenciosos especiales en la sede constitucional, lo cual implica analizar el tema de la legitimación desde la perspectiva de los contenciosos generales.

V. LA LEGITIMACIÓN EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO GENERAL

Al referirnos a los contenciosos generales estamos aludiendo a dos de las acciones contenciosas administrativas tradicionales y que están en el origen del Derecho administrativo, esto es, a la *acción de nulidad*, conocida como el recurso por exceso de poder, y la *acción de plena jurisdicción*, conocido también como recurso de plena jurisdicción.

La primera de estas acciones persigue la declaración de nulidad del acto administrativo por adolecer de algún vicio en sus elementos constitutivos, tales como la falta de competencia, la desviación de

poder, ausencia de motivos de Derecho o de hecho, etc. El segundo, en cambio, persigue la reparación del daño causado como consecuencia de la actividad jurídica o material de la Administración y que se resuelve mediante la indemnización de los perjuicios causados.

Ambas acciones han seguido un camino difícil en la configuración de nuestra jurisdicción administrativa, lo cual ha constituido una verdadera atrofia en el desarrollo efectivo de Derecho administrativo chileno. En primer lugar, la acción de nulidad se enfrentó duramente a la doctrina de la incompetencia de nuestros tribunales para conocer de lo contencioso administrativo (*vide supra*), hasta que en definitiva se abrió a lo que se ha denominado la Nulidad de Derecho público. Por su parte, el tema de la acción de responsabilidad del Estado caminó por derroteros similares, abriéndose en tiempo reciente a un reconocimiento amplio de su procedencia.

Para poder determinar las condiciones que se exigen para ostentar la legitimación activa en ambos tipos de acciones contenciosas, debemos detenernos no sólo en el examen de la naturaleza que tiene cada una de ellas, sino también en su fundamento constitucional.

La acción de responsabilidad supone siempre la reparación de un perjuicio que ha de resolverse mediante la correspondiente indemnización pecuniaria. En tal sentido, subyace en la misma como condición de su admisibilidad el hecho de que exista un derecho a reclamar de tales perjuicios. Tal derecho se transforma en la *conditio sine qua non* para que sea admitida, de forma que su alegación y posterior prueba constituye la *legitimatío ad causam* en este proceso contencioso. Si no se acredita la relación en que se encuentra el demandante con respecto al objeto del litigio, que se traduce en probar la calidad de perjudicado, no es posible admitir dicha demanda por falta de legitimidad activa. Así, la legitimación activa respecto de la acción de responsabilidad es mucho más exigente en cuanto a su configuración, pues demanda la existencia de un derecho para exigir la indemnización de los perjuicios.

Tradicionalmente así lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia, aunque al respecto se debe hacer cierto matiz. La acción se ejerce por el administrado o particular en razón de haber sufrido un perjuicio o lesión, lo cual da origen al derecho a ser indemnizado. En cambio, habitualmente se ha sostenido que el éxito de la acción está sujeto a la existencia de un derecho que ha sido lesionado, preexistente, por tanto, a la acción que ha ocasionado el perjuicio. No obstante, tal criterio no resulta del todo exacto si se tiene presente que el fundamento de la legitimidad ha de encontrarse en el hecho del perjuicio y la calidad de perjudicado y no en la titularidad de un derecho preexistente.

Lo afirmado demuestra, por lo demás, la dificultad que existe al momento de distinguir entre interés y derecho para poder determinar la legitimidad activa, puesto que bien puede ocurrir que el perjuicio que da lugar al ejercicio de la acción no se funde en un derecho preexistente, sino que en la afección del círculo de intereses jurídicamente amparados de una persona. Esto coincide, por lo demás, con el criterio anteriormente esbozado en torno a la legitimidad activa en el proceso contencioso-administrativo.

Por su parte, la acción de nulidad plantea también algunos aspectos que son de mucho interés. En primer lugar, tal como lo hemos señalado, la pretensión que se plantea a través del ejercicio de esta acción tiene un marcado carácter objetivo, ya que se traduce en la declaración de ilegalidad del acto administrativo fundado en la vulneración del Derecho objetivo, sin que se exija la alegación de ningún derecho subjetivo lesionado. Sin embargo, con el fin de evitar un ejercicio indiscriminado de esta acción y de garantizar un cierto nivel de seriedad en su presentación, es que se ha exigido como fundamento de legitimidad un interés que no se base simplemente en el respeto de la legalidad objetiva, sino en un interés cualificado en dicha anulación. Esta es, por lo demás, la configuración histórica del recurso por exceso de poder y la concepción asentada por la jurisprudencia y doctrina tradicional.

Ambos contenciosos se han construido en nuestro sistema a partir de las normas contenidas en la Constitución y de algunas de las disposiciones que se encuentran en la ley N° 18.575. Mientras la acción de nulidad ha encontrado su fundamento en el artículo 7° de la Constitución, la acción de responsabilidad se ha asentado en lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 38 de la Carta Fundamental. La primera de estas disposiciones nada dice respecto de la legitimación para su ejercicio, mientras que la segunda utiliza el concepto de lesión. Analicemos cada uno de estos aspectos en particular.

La que podríamos denominar teoría clásica en nuestro país alude a la acción de nulidad de los actos administrativo bajo la peculiar denominación de “Nulidad de Derecho público”, la cual entienden como una mecanismo jurídico sancionador que conlleva la ineficacia de los actos estatales dictados en contravención al principio de juridicidad consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución. En una interpretación bastante literal del inc. 3° del artículo 7 se sostiene que se trata de una nulidad *ipso iure, insanable e imprescriptible*²³. No obstante, la coincidencia que tienen los autores que siguen la teoría clásica en estos aspectos fundamentales, no existe la misma correspondencia en el ámbito de la legitimidad.

Bajo la expresión de *Legitimación activa objetiva*, Gustavo Fiamma sostuvo que cualquier persona quedaba legitimada para accionar por el cumplimiento de la legalidad “puramente objetiva”, en contra del

²³ Vid. SOTO KLOSS, Eduardo. *La nulidad de derecho público en el Derecho chileno*. /En/ Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 1990, N°s. 47-48; *La nulidad de derecho público referida a los actos de la administración*. /En/ Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, vol. XIV, 1991, 1991-1992; *La nulidad de derecho público: su actualidad*. /En/ Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, vol. XVIII, 1997; y *La nulidad de derecho público de los actos estatales y su imprescriptibilidad en el derecho chileno*. /En/ Ius Publicum, N° 4, 2000; FIAMMA OLIVARES, Gustavo. *Acción constitucional de nulidad y legitimación objetiva*. /En/ Gaceta Jurídica N° 123, septiembre, 1990 y *La acción constitucional de nulidad: un supremo aporte del constituyente de 1980 al Derecho procesal administrativo*. /En/ Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LXXXIII, N° 3, septiembre-diciembre, 1986.

acto que la quebrante, mediante la acción de nulidad, aun cuando su único interés sea “el derecho a vivir bajo el imperio de la ley”. Así, la acción de nulidad constituiría una verdadera acción popular, en la medida que puede ser ejercida por toda persona, sin necesidad de acreditar ninguna relación o vínculo específico con el objeto del litigio²⁴. Sin embargo, Eduardo Soto Kloss no compartió este criterio, sosteniendo que era necesario para el ejercicio de la acción de nulidad la existencia de un interés, esto es, que debe ejercerlo cualquier persona que se vea afectada en sus derechos o situaciones jurídicas protegidas por actos viciados de la Administración del Estado²⁵. Este criterio es seguido generalmente por la doctrina, teniendo como principal argumento positivo el alcance de la garantía contenida en el artículo 19 N° 3 de la Constitución, cuyos términos y antecedentes dan cuenta que el derecho de acción está vinculado a la defensa de derechos y de toda situación jurídicamente reconocida y amparada por el ordenamiento jurídico²⁶.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia todavía sigue la distinción entre derecho subjetivo e interés como elementos de la legitimidad para ejercer la acción de nulidad, sosteniendo que en este caso el interés debe ser cualificado, no bastando el interés simple en el mantenimiento de la legalidad²⁷. No obstante, insistimos en sostener que la posición que debe asumir el administrado en orden a entenderse legitimado activo en la acción contenciosa de nulidad debe ser la titular de un derecho, que es distinto e independiente de la situación jurídica concreta lesionada. Este derecho responde a las características ya señaladas, en la medida que todo particular afectado

²⁴ FIAMMA (nota 23) *Acción constitucional...*, p. 10.

²⁵ SOTO KLOSS (nota 23) *La nulidad de Derecho público referida...*, p. 421.

²⁶ En este sentido, vid. JARA SCHNETTLER, Jaime. *La Nulidad de Derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia*. Santiago: Libromar, 2004, p. 219.

²⁷ Vid. con abundante cita bibliográfica, JARA (nota 26), p. 221.

por un acto de la Administración que interfiere en su ámbito vital causando un daño tiene el derecho a reaccionar contra el perjuicio causado. Este es, por lo demás, el alcance general que se desprende del artículo 19 N° 3 de la Constitución, que consagra el derecho de acción, pero sobre todo este alcance tiene un perfil especial en lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 38 de nuestra Carta fundamental al disponer que:

“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”.

Sobre el alcance y sentido de esta disposición ha existido cierta discusión. En primer lugar, se ha entendido que esta norma sólo tendría un carácter competencial, en la medida que no hace sino colocar bajo el control jurisdiccional la actividad de la Administración del Estado, sin que se pueda desprender de ella ningún contenido sustancial. Por otra parte, otros autores han entendido que esta norma consagra las bases del contencioso de plena jurisdicción en nuestro país, esto es, el sistema de responsabilidad, en un cambio de perspectiva que atiende al concepto de lesión antes que a la ilicitud del acto u omisión dañoso, lo cual lo acerca a la figura de la responsabilidad objetiva. Sin embargo, existe un tercer alcance que se le puede dar a esta disposición y que se corresponde con el objeto de este trabajo: la legitimación activa en el proceso contencioso-administrativo.

En efecto, si bien se ha asentado en la doctrina la idea que las bases constitucionales de los contenciosos tradicionales se encuentran en los artículos 6 y 7 de la Constitución (acción de nulidad) e inc. 2° del artículo 38 (acción de responsabilidad), esta cesura o división no se condice con lo que establece esta última disposición, en donde convergen ambos contenciosos bajo el concepto de lesión que da sustento o base a la legitimación activa. Señala la citada norma

que “cualquier persona que sea *lesionada en sus derechos* por la Administración del Estado” puede reclamar (o tiene el derecho de hacerlo) ante los tribunales que determine la ley. Así, sin detenerse en la naturaleza de la actividad dañosa desplegada por los órganos de la Administración, el Constituyente entiende que cualquier lesión confiere el derecho o la facultad de recurrir ante los tribunales, ya sea solicitando la nulidad del acto o reclamando una indemnización por los perjuicios causados. Por su parte, la legitimidad surge de la lesión de un *derecho*, término que debemos interpretarla en un sentido amplio, tal como lo hemos señalado anteriormente, como comprensivo de toda situación jurídica reconocida y amparada por el ordenamiento jurídico.

No obstante lo afirmado, el hecho de haber analizado el inc. 2º del artículo 38 de la Constitución desde la perspectiva de la legitimidad, no agota ni es incompatible con las otras dos interpretaciones que se han formulado respecto de esta disposición, esto es, como cláusula competencial y como base de los sistemas de responsabilidad, más aún si se tiene en cuenta que el factor genético de la acción indemnizatoria ha de encontrarse en la idea de perjuicio o de lesión, tal como lo señala nuestra Constitución, la cual constituye uno de los mecanismos de reparación por la actuación lesiva de la Administración. De esta forma, la acción de responsabilidad o plena jurisdicción se corresponde desde el punto de vista de la legitimidad activa con la acción de nulidad, en la medida que surge como un derecho para reaccionar frente a la intervención dañosa de la Administración en la esfera vital de los particulares, con la modalidad que la reparación no se satisface con la sola declaración de nulidad sino que requiere, además, un mecanismo compensatorio de carácter patrimonial.

Resuelto el tema del fundamento constitucional de la legitimidad activa, quedan no obstante tres temas respecto de los cuales haremos sólo una mención. Nos referimos al tema de la impugnación de

normas generales, la configuración de acciones populares y la defensa de intereses colectivos.

En primer lugar, respecto de la legitimidad para impugnar directamente normas generales, como los reglamentos, siempre ha dado ciertos problemas, considerando que el proceso contencioso terminará con una sentencia que, en caso de ser anulatoria, produce efectos *erga omnes*, pues se privará de fuerza obligatoria a una disposición que afecta a toda la comunidad o a un grupo o sector relevante de ésta. Ahora bien, no obstante ello, pensamos que en este caso siguen rigiendo las respectivas normas constitucionales, de forma que sólo tendrá legitimidad para impugnar una norma administrativa aquel que acredite que dicha disposición le ocasiona o produce una lesión.

En segundo término, y en alguna medida vinculado con el tema anterior, bien puede ocurrir que el legislador opte por no exigir ningún tipo de legitimidad activa y otorgue una acción popular para impugnar los actos administrativos, como ocurre, por ejemplo, en materia de contencioso municipal y regional. El fundamento de tal opción legislativa puede obedecer a distintas razones, como sería el de establecer un control más estricto en el cumplimiento de la legalidad sobre determinadas materias, velar por intereses colectivos o supraindividuales, etc. No obstante, si bien no existe correspondencia con las condiciones en cuya virtud se exige la legitimidad a nivel constitucional, esto no es bajo ningún respecto contrario al texto fundamental, en la medida que éste establece una suerte de legitimidad mínima para impugnar los actos de la administración, constituyendo una suerte de garantía, la cual aparece reforzada mediante estas acciones populares consagradas a nivel legal las cuales amplían el criterio más estricto seguido por el Constituyente.

Por último, un tema que no es menor dice relación con los intereses colectivos o supraindividuales que en muchas ocasiones aparecen representados a través de grupos intermedios, como entidades ambientales o asociaciones de consumidores. En este caso debemos

tener el cuidado de hacer alguna distinción, por cuanto el tema de la legitimación activa respecto de intereses de esta naturaleza no encuentra en nuestro ordenamiento una regulación general. La ley N° 19.880 sobre bases de los procedimientos administrativos reconoce la calidad de interesadas a aquellas entidades que representan intereses colectivos (artículo 21 N°s. 1 y 3). Por su parte, si bien no existe norma en materia de procesos judiciales contenciosos, un criterio razonable es entender que aquellas personas que tienen la posibilidad de intervenir en el procedimiento administrativo formulando alegaciones, presentando documentos, impugnando las resoluciones, etc. deben contar, también con la legitimidad para impugnar dichos actos en sede jurisdiccional²⁸. Por su parte, también es de toda lógica que la acción que podrán ejercer será la de nulidad, pues la acción de responsabilidad demanda por su propia naturaleza una legitimidad más estricta, que está unida a la calidad de perjudicado o lesionado.

Llegando al término de mi exposición, no me queda sino que reiterar mis agradecimientos y terminar con unas palabras tomadas del profesor argentino German Bidart, que en buena cuenta resume gran parte de lo que aquí se ha expuesto: “*Toda la doctrina y la praxis de la tutela judicial efectiva se desvanecen en su esfuerzo cuando procesalmente se estrangula la legitimación*”²⁹.

²⁸ En este sentido, vid. Jara (nota 26), p. 225.

²⁹ BIDART CAMPOS, Germán. *El acceso a la justicia, el proceso y la legitimación. [En] La Legitimación. Homenaje al profesor doctor Lino Enrique Palacio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p. 18.