

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ANTE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA CHILENOS*

Andrés Bordalí Salamanca **

RESUMEN: Uno de los logros más significativos que supuso la construcción del Estado de derecho europeo moderno fue el de la separación de poderes y el paulatino sometimiento de todos los poderes estatales al control de la jurisdicción. Sin embargo, en Chile aún no se puede obtener un resultado óptimo en esta materia. La Administración Pública en muchos casos continúa exenta de un completo control por parte de tribunales de justicia independientes e imparciales. En el presente trabajo el autor analiza las causas tanto históricas como dogmáticas de esta situación y propone ciertas soluciones para insertar a la Administración Pública chilena dentro de un Estado constitucional de derecho.

Palabras clave: Contencioso administrativo, Derecho procesal administrativo, Proceso administrativo, Control jurisdiccional, Estado de derecho, División de poderes, Tribunales administrativos, Justicia administrativa, Jurisdicción, Administración Pública.

ABSTRACT: Two of the most products of the development of the rule of law in modern Europe have been the concept of separation of powers and the gradual subjection of all public authorities to judicial supervision. These two phenomena have not been fully realized in Chile. In many cases, Chilean public agencies remain free of a complete judicial review by independent and impartial courts. This article analyzes the historic and legal causes of that situation and proposes new mechanisms to subject Chilean public agencies to the rule of law.

Key words: Administrative law litigation, Administrative law, Administrative procedure, Judicial Review, Rule of Law, Separation of powers, Administrative Courts, Jurisdiction, Public agencies, Public Administration.

INTRODUCCIÓN

La formación del Estado de derecho moderno no ha sido cuestión fácil. La lucha por la separación e independencia de los poderes del Estado a fin de preservar los derechos de los ciudadanos ha sido una empresa costosa.

Recién a mitad del siglo XX se consolidó en las mayoría de las democracias europeas y tímidamente en algunas latinoamericanas una organización del poder estatal que ha permitido garantizar los derechos ciudadanos.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco y con el financiamiento del proyecto Fondecyt n° 1050395 "Hacia una construcción de una teoría del Derecho Administrativo chileno: Sus nuevos principios en el actual Estado constitucional de derecho", del que el profesor Juan Carlos Ferrada Bórquez es investigador responsable y el autor de este texto coinvestigador.

** Abogado, Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Procesal y Constitucional, Director del Instituto de Derecho Público y de la *Revista de Derecho* de la Universidad Austral de Chile.

Gran labor en este sentido han venido desarrollando los tribunales de justicia de esas democracias. Dichos tribunales, a fin de proteger los bienes más preciados de los ciudadanos, han terminado no solo por garantizar la paz social de los ciudadanos entre sí organizando una elaborada justicia de carácter civil y penal, sino también que ha sometido a su control a los poderes del Estado, comenzando por la Administración y luego por el Poder Legislativo. Se consolida así junto a una justicia civil y penal una justicia administrativa y otra de carácter constitucional.

En el caso de Chile esta evolución ha sido compleja. No ha sido el legislador el que se ha resistido mayormente a ser controlado por los tribunales de justicia, sino la Administración del Estado. Esta, arropada por el legislador y por la Corte Suprema y por el Tribunal Constitucional, ha evitado hasta hoy, con relativo éxito en muchos casos, ser controlada por la jurisdicción.

La situación de la Administración Pública chilena hay que entenderla dentro de las coordenadas históricas y culturas desde donde se inspira. En efecto, la separación entre Administración y jurisdicción en todos los Estados de raíz romano-germánica ha sido siempre esquiva. La unidad intrínseca entre ambos poderes hunde sus raíces más profundas en los albores del Estado absoluto. Sin embargo, las democracias europeas se han desembarazado de ese poder absoluto logrando construir un sistema jurisdiccional capaz de controlar con bastante intensidad al poder administrativo. Han podido de este modo separar claramente la Administración de la jurisdicción.

En Chile, por el contrario, la Administración, en muchos casos, es ella misma la que juzga su actuar (v. gr. el contencioso de carácter tributario).

Comenzamos ya el siglo XXI y todavía no podemos deshacernos de estas rémoras propias del absolutismo real y de la impronta imperial de Napoleón. ¿Por qué ha costado tanto en Chile someter a la Administración del Estado al poder jurisdiccional? En este trabajo sostendré como hipótesis que dicha dificultad se debe a que nuestra doctrina y jurisprudencia dominantes utilizan un concepto de jurisdicción premoderno, propio de los Estados europeos anteriores a la Revolución Francesa.

Creyendo muchas veces esa doctrina y jurisprudencia que es la jurisdicción la que controla a la Administración, le han permitido en algunos casos a la segunda hacerse pasar por la primera y autocontrolarse, o bien, le han permitido a esa Administración actuar como juez de primera instancia entregando a la jurisdicción la facultad de controlar a esa Administración solo como juez de segunda instancia.

Lo que los europeos comenzaron a corregir a fines del siglo XIX¹ y consolidaron a mediados del siglo XX nosotros, que no tuvimos a un Luis XIV ni a un Napoleón, no hemos podido todavía hacerlo.

En las páginas que siguen analizaré (I) las razones históricas que explican por qué se confunde con tanta habitualidad la actividad administrativa con la jurisdiccional, para abordar luego (II) cómo se configura la relación entre Administración y jurisdic-

¹ Me refiero a la evolución del Consejo de Estado francés que, desde 1872, pasó a ser considerado en lo esencial un órgano jurisdiccional independiente del Ejecutivo en el desarrollo de sus funciones.

ción en el Estado de derecho que surge luego de la Revolución Francesa. En el siguiente apartado (III) analizaré cómo ha sido el sometimiento de la actividad de la Administración del Estado chileno al control jurisdiccional, para finalmente (IV) formular algunas conclusiones generales.

I. ADMINISTRAR JUZGANDO. CARACTERÍSTICA ESENCIAL DEL ESTADO PREMODERNO

La dificultad para separar entre Administración y Jurisdicción de la que somos testigos hasta el día de hoy en nuestro país (v. gr. la actividad contenciosa desarrollada ante el director regional del Servicio de Impuestos Internos conociendo de los reclamos de los contribuyentes), tiene en la historia europea medieval y moderna de la que somos herederos su explicación más clara.

El que hoy en día nos cueste todavía separar entre estos dos ámbitos del poder estatal tiene dos explicaciones históricas ancladas en el Antiguo Régimen. En primer lugar, se explica porque la primera forma de gestionar el Estado fue realizada bajo la forma jurisdiccional. El Estado absoluto era administrado por jueces o magistrados. Se explica en segundo lugar porque con el tiempo la satisfacción de ciertos intereses colectivos por parte de las autoridades que tenían a su cargo su gestión se realizaba de una manera contenciosa.

Tenemos así por una parte unos magistrados que son los que con sus decisiones administran el Estado y, de otra, unos administradores que sus decisiones las adoptan bajo la naturaleza de un contencioso entre partes. No es de extrañar entonces que se confunda habitualmente a estas dos potestades. Pasaremos a continuación a revisar estos dos aspectos.

1. JUECES ADMINISTRADORES

En el Antiguo Régimen el poder real incluía todo tipo de potestades, comenzando por las políticas, militares, y, obviamente las judiciales, entre otras. Toda esa amalgama de poderes puede sintetizarse en el vocablo *iurisdictio*, entendido ampliamente como todos los aspectos del poder político². Precizando más este concepto, los autores Mannori y Sordi señalan que en el mundo antiguo se podía dividir el poder del Estado en dos ámbitos muy generales. Una parte de ese poder correspondía al gobierno externo: el *ius belli* y la gestión de las cuestiones o negocios internacionales y la denominada alta política. A veces se acostumbra a denominar a ello como *gubernaculum*. Todo el resto de la actividad pública relativa en términos generales al gobierno interno del Estado puede ser percibido como un espacio homogéneo, al que los juristas de los siglos XIII y XIV lo denominaban *iurisdictio*³.

² Vid. CLAVERO (2001) p. 39.

³ Cfr. MANNORI y SORDI (2003) p. 36.

Para alguien que mira el derecho desde la coordenadas del Estado de Derecho contemporáneo, poco o nada puede haber en común entre esta idea de jurisdicción que estamos describiendo y la que manejamos hoy en día, donde esta aparece como la potestad estatal autorizada para decir irrevocablemente el derecho en un caso concreto y con efectos particulares.

Decir el derecho es una competencia muy diferente de su creación; son dos momentos temporales y lógicos completamente diferenciados. El legislador, así como la administración, crean el derecho con un carácter general. La jurisdicción, en un Estado de derecho, aplica ese derecho general preestablecido por el legislador o la Administración a casos particulares y con efectos irrevocables.

Sin embargo, estas coordenadas no son las mismas utilizadas en el medioevo y sobre las cuales se construye el concepto de derecho. Es que al poder político premoderno el derecho le viene dado. El poder político no tiene la capacidad para crear el derecho. El orden jurídico para el mundo medieval se asume como existente; el titular del poder es garante del orden jurídico pero no su creador⁴. Ni el rey, ni el señor, ni el magistrado crean el derecho. Solo garantizan el orden jurídico existente.

Por otra parte, hay que entender que todo ese poder real y señorial se desarrollaba bajo la forma judicial, donde quien juzga determina el principio general del derecho y hace aplicación de él a los casos particulares⁵. Y así se puede llegar a decir también que la Administración del Antiguo Régimen era en su esencia justicia⁶. En el siglo XVII, y también en el XVIII, se decía que el príncipe había sido hecho para juzgar. Dar justicia en la antigua Europa se entendió como la tarea esencial y prerrogativa del soberano⁷.

El soberano del mundo europeo premoderno gobernaba, antes que con decisiones normativas de carácter general que nosotros podemos entender hoy en día como leyes o reglamentos, mediante el rescripto con el que ponía su autoridad al servicio de los intereses particulares de quien recurría ante él. Procedía de esta forma a revisar lo actuado por sus subalternos corrigiendo injusticias y malas decisiones. El príncipe gobernaba fundamentalmente a través de la denominada gracia que esencialmente atiende casos particulares.

Se puede hablar en este sentido de la existencia de un Estado jurisdiccional anterior al Estado de derecho que se comienza a gestar después de la Revolución Francesa. En el Estado jurisdiccional, el gobierno no tiene la intención de generar uniformidad a través de su *imperium*, sino un gobierno de tipo elástico adecuado a la realidad territorial compleja propia del medioevo, con la intención de mantener la paz a través de un equilibrio entre las fuerzas existentes. Ese gobierno solo se podía ejercer a través de la jurisdicción, ya que no había pretensión de un poder exclusivo y monopólico, ni de unidad de la obligación política⁸.

⁴ Vid. MANNORI y SORDI (2003) p. 37.

⁵ Vid. BLUNTSCHLI (1880) p. 422.

⁶ Vid. MANNORI y SORDI (2003) p. 35.

⁷ Vid. GUARNIERI (1981) p. 38.

⁸ Vid. FIORAVANTI (2004) pp. 18-20.

Al particularismo del medioevo gestionado por los jueces le sobrevendrá después de la Revolución Francesa una gestión del poder dada principalmente por el Poder Legislativo, así como por la Administración del Estado. Ese ejercicio del poder estará basado en la generalidad y la igualdad que expresan la voluntad —una sola— de la nación soberana. Como expresa Fioravanti, *si antes teníamos un Estado jurisdiccional, ahora tenemos un Estado legislativo y administrativo*⁹.

Tenemos de este modo que la jurisdicción era concebida de un modo muy diverso antes y después de la Revolución Francesa. Pero asimismo la Administración también difiere sustancialmente de su actual configuración. En realidad en los primeros momentos del Estado absoluto la Administración no consistía en dar servicios a los súbditos, sino fundamentalmente consistía en imponer a estos la observancia de determinadas reglas. Es por ello que las funciones de administrar y juzgar quedaban completamente indiferenciadas. Y los principales administradores del Estado eran jueces, quienes estaban habilitados para asumir decisiones ligadas a valoraciones de oportunidad, es decir, decisiones en lo esencial políticas.

El juez del viejo mundo era mucho más cercano a un gestor político que lo que puede ser aceptado hoy en día. La función judicial era entendida como un proceso continuo de búsqueda del derecho objetivamente justo y bueno, por lo que el juez era siempre en cierta medida legislador *ex consequentia eius iurisdictionis*¹⁰.

La verdad es que con este conjunto de magistrados el Estado podía cumplir más o menos satisfactoriamente sus cometidos. Con las decisiones particulares de los jueces se aseguraba el gobierno estatal. Sin embargo, la práctica de esta forma de Administración fue poniendo cada vez más en evidencia que un aparato estatal de este tipo colapsaba desde el momento en que intentaba absorber nuevas competencias reclamadas. Así, junto a unos jueces que se los puede denominar como ordinarios fueron estableciéndose otros denominados extraordinarios con competencias específicas en nuevos sectores que irían naciendo con el tiempo.

Los jueces ordinarios terminarían por hacer justicia en el sentido de resolver controversias entre partes y con efectos particulares para ese caso. Los jueces extraordinarios se dedicarían a resolver cuestiones de interés más general como aquellas relativas al Fisco, la sanidad pública, bienes demaniales, comercio, entre otras. Para cada uno de estos sectores se crearon jueces-administradores *ad hoc*.

2. ADMINISTRADORES JUECES

Analicemos ahora el otro factor que explica con bastante consistencia la unión casi inseparable entre Administración y jurisdicción. Este consiste en que el método propio

⁹ FIORAVANTI (2004) p. 25.

¹⁰ Si bien es cierto que el juez no podía derogar a su antojo las normas positivas, parecía natural que tuviese por ejemplo la facultad de reforzar la ley antigua agregándole una pena nueva, o quizás suplir los casos no contemplados por la ley sobre los cuales el legislador, si fuese interpelado, habría ofrecido las mismas soluciones. Edictos, *by - laws*, *arrets de règlement*, entre otros, eran algunos de los modos que en la Europa premoderna se creaban judicialmente normas de carácter jurídico. Vid. MANNORI y SORDI (2003) p. 61.

de los jueces, el contradictorio entre partes¹¹, comenzó a ser utilizado por los jueces administradores para cuestiones que poco o nada tienen que ver con el concepto de Jurisdicción que manejamos nosotros actualmente.

El método judicial comenzó a ser utilizado para actividades que a nosotros, actualmente, no nos parecen propias de la jurisdicción. Cuando el Estado quería realizar una obra pública, como por ejemplo encauzar un río, se procedía a determinar la justa cuota de gastos a cargar a cada familia o grupo que hubiere de obtener ventaja. Para ello, el juez administrador le confería a cada gravado la posibilidad de defender su punto de vista, para que pudiera impugnar el que otra familia o grupo de vecinos resultara indebidamente favorecido con la distribución de las cuotas.

Para comprender mejor esta situación se debe poner atención en que en esta época se entendía por actividad administrativa la distribución de ciertos sacrificios y ventajas entre los coasociados, por lo que administrar siempre significaba resolver un cierto conflicto horizontal de intereses. Y es precisamente por esta razón que todas las instituciones en algún sentido estatales se presentaban como otorgadoras de justicia antes que como titulares de poder¹².

Esto curioso modo de actuar a nuestros ojos se puede explicar adicionalmente de la siguiente manera. En primer lugar, se explica por la estructura social del Antiguo Régimen. Esa estructura social se caracterizaba por el pluralismo, entendiéndose por tal como la coexistencia de clases, estamentos o grupos. En dicha sociedad pluralista el poder político no era visto como un productor de utilidad social sino que principalmente como un poder arbitrador. En este sentido, es lógico que dicho poder que pretendía satisfacer intereses colectivos desarrollara una actividad contenciosa¹³. El poder estatal era fundamentalmente un arbitrador de los intereses de los distintos grupos en pugna o contraposición.

Por otra parte, es muy importante comprender que en la Europa premoderna no existía algo similar al derecho administrativo contemporáneo. No se puede decir que existiera una “Administración” en sentido jurídico, esto es una verdadera burocracia estatal¹⁴.

Con el tiempo tanto los jueces ordinarios como el método procesal del contencioso se fueron revelando insuficientes para atender las distintas necesidades del Estado. Las necesidades fiscales y militares del aparato estatal mostraron que la técnica judicial era insuficiente. Se mostró demasiado lenta y maquinosa frente a las imperiosas exigencias

¹¹ Asumo aquí que los jueces no siempre han conocido de los asuntos a ellos sometidos previo contradictorio entre partes. Desde luego, durante la edad media y con el establecimiento de las monarquías absolutas europeas, el derecho penal era aplicado sin que se articulara un contradictorio entre partes. El procedimiento penal de tipo inquisitivo dista mucho de reconocer un contradictorio. Sin embargo, para las otras materias y fuera del período medieval donde rigió el proceso penal de tipo inquisitivo, el contradictorio entre partes ha sido la forma normal de desenvolvimiento de la actividad judicial.

¹² Vid. MANNORI y SORDI (2003) p. 71.

¹³ Vid. MANNORI y SORDI (2003) p. 70.

¹⁴ Vid. MANNORI y SORDI (2003) p. 71.

del Estado recaudador¹⁵. Muchas veces para atender eficientemente a estas nuevas exigencias se excusaba la figura del juicio, aunque se causara un perjuicio a las partes. El interés colectivo estaba, parece ser, sobre los derechos e intereses del individuo y por tanto la supresión de la forma judicial comenzó a ser considerada como necesaria para la gestión administrativa.

En el caso de España, esta evolución se inicia con la creación de autoridades nuevas de tipo monocrático y no colegial, como lo eran los intendentes, superintendentes, subdelegados de Hacienda, entre otros, a los que se les encomienda la gestión sectorial y completa de un servicio. Lo que decidían estas autoridades no era posible de revisión vía apelación por las Audiencias ni Chancillerías, sin perjuicio de que en algunos casos pudiera revisarse por el Consejo Central¹⁶.

Poco a poco va naciendo así en los siglos XVII y XVIII la expresión monarquía administrativa, entendiéndose por ella una forma de Estado propia del absolutismo maduro caracterizada por el desdoblamiento de las burocracias públicas en dos troncos contrapuestos. Uno de ellos es heredero directo de la tradición medieval y estaba destinado a conservar para sí la gestión de la Justicia. El otro estaba llamado a desarrollar, bajo una atenta mirada del poder central, las tareas mayormente conectadas con la política fiscal-militar del soberano¹⁷.

El primer sector –Justicia– conservó la forma procesal que incluía un contradictorio entre partes regulado de un modo tal que las partes pudieran expresar a cabalidad sus puntos de vista, aportar pruebas y siempre con la posibilidad de apelar de lo decidido por el magistrado ante una instancia superior. El otro sector –que ya podemos comenzar a denominar administración– va a comenzar a utilizar formas procesales sumarias, lo que significa que el principio de audiencia se restringe abiertamente y las formas solemnes y sacramentales comienzan a excluirse¹⁸. Se trataba de no quitarle eficiencia a la actuación de la administración. El proceso utilizado por los jueces ordinarios, con sus tiempos, formas y solemnidades excesivas, se contraponía a ese fin.

II. LA ADMINISTRACIÓN Y LA JURISDICCIÓN EN EL ESTADO DE DERECHO MODERNO

Las razones históricas de por qué aún no podemos en Chile separar claramente entre Administración y jurisdicción, y de por qué el poder administrativo continúa sin estar completamente sometido al control jurisdiccional, también hay que situarlas en Europa durante los primeros decenios del siglo XIX.

Posterior a la Revolución Francesa se produce una más clara distinción entre Administración y jurisdicción. Asimismo, en este período, si bien hubo algunos intentos

¹⁵ Vid. MANNORI y SORDI (2003) p. 79.

¹⁶ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (1996) pp. 474-475.

¹⁷ Vid. MANNORI y SORDI (2003) p. 100.

¹⁸ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (1996) p. 475.

de someter a la Administración a la actividad de clausura del poder jurisdiccional¹⁹, en definitiva terminó por emerger una tendencia contraria. Es que un juez con el poder de controlar los actos del Ejecutivo se convertiría en un poder soberano, incompatible con una idea aséptica del Poder Judicial, invisible y nulo según la concepción de Montesquieu²⁰ y, además, contrario al principio de separación de poderes²¹.

Con Napoleón ya plenamente instalado en el Estado francés, la Administración pasa a ser juzgada por ella misma por medio de órganos colegiados (Consejos de Prefectura y Consejo de Estado). Si administrar debía ser una actividad singular, juzgar debía ser plural²². Como sea, quien juzga a la Administración es ella misma.

Sin embargo, la historia de la justicia administrativa francesa y europea en general²³, puede resumirse en una progresiva evolución judicialista. Desde una actividad estrictamente administrativa, se pasa a una de tipo cuasi judicial²⁴ y termina en 1872, en Francia, como una actividad en lo esencial jurisdiccional. Lo mismo sucede en otros países, como en España, con la ley Santamaría de Paredes del año 1888.

Dentro de esta evolución descrita precedentemente hay que destacar que la doctrina jurídica europea continental del siglo XIX batalló durante mucho tiempo contra el control de la Administración por parte de los tribunales de justicia. Esa doctrina reclamaba porque el control lo ejerciera la propia Administración o al menos unos funcionarios al interior de la Administración bajo la forma judicial.

Veamos dos razonamientos típicamente decimonónicos en la materia. Uno de ellos, en Europa, es del iuspublicista Juan Gaspar Bluntschli, y otro de José Victorino Lastarria en Chile, inspirado en esa misma doctrina europea.

Señalaba Bluntschli²⁵ que los derechos de la soberanía del Estado no podían estar de ningún modo sujetos a la jurisdicción de los jueces. El gobierno, en el ejercicio de sus funciones, no debería ser estorbado por el Poder Judicial. La única excepción a este

¹⁹ Se trató del proyecto Thuret del año 1789, donde se intentó la creación de una verdadera jurisdicción especializada en asuntos administrativos. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (1996) p. 484.

²⁰ Cfr. MONTESQUIEU (1845) p. 194.

²¹ Vid. MANNORI y SORDI (2003) p. 243.

²² Vid. MONTESQUIEU (1845) p. 106.

²³ En Europa, en el siglo XIX los modelos de control de la Administración del Estado eran el sistema del Consejo de Estado de tipo francés, que fue instituido también por países como España e Italia, y el modelo de tipo inglés, seguido también por Bélgica y Suiza, donde los tribunales ordinarios aparecen facultados para conocer de las controversias entre los ciudadanos y la Administración del Estado. Sobre este último aspecto vid. HUNEEUS (1891) p. 137.

²⁴ En 1806, Napoleón reconoce que las cuestiones concernientes al honor y fortuna de los ciudadanos, no podían ser resueltas del mismo modo que, por ejemplo, una autorización para la tala de un bosque o una regulación de vialidad. Viene así instituida una comisión interna al Consejo de Estado, presidida por el ministro de Justicia y encargada de instruir las cuestiones contenciosas, el que se defería luego a la decisión de un *plenum* según un procedimiento de tipo parajudicial. En resumen, se crea al interior del Consejo de Estado una especie de "Comisión del contencioso". Sin embargo, esta actividad para-judicial estaba reservada para aquellos casos en que el Estado elegía usar el derecho común, cuestiones que se referían, mayoritariamente, a la contratación administrativa y a ciertas indemnizaciones. Vid. MANNORI y SORDI (2003) pp. 267 y ss.

²⁵ Cfr. BLUNTSCHLI (1880) pp. 350 y ss.

principio estaba dada por la situación en que el Estado actúa como parte civil, es decir, cuando actúa como Fisco. En esta situación los jueces civiles son absolutamente competentes para conocer de esa controversia.

Sin embargo, no toda relación patrimonial del Estado debía ser considerada como una cuestión en que está interesada como Fisco y como tal, perteneciente a la competencia de los jueces civiles. Bluntschli cita el caso de los impuestos. Señala que el Estado exige los impuestos no como acreedor privado, sino porque ejerce su soberanía política sobre los particulares. El Estado, en una controversia tributaria, no figura como un igual frente al contribuyente, sino como un poder supremo al que están sujetos los individuos y con el cual no pueden entrar en litigio como lo hace una parte con otra. Los impuestos son cuestiones *de derecho público, debiendo, por lo tanto, decidirse por la administración o quizás mejor por los tribunales administrativos*²⁶.

Por la argumentación que da Bluntschli, sospecho que esos tribunales administrativos no son tribunales de justicia, sino a lo más órganos cuasi judiciales, es decir, órganos administrativos que funcionan más o menos bajo la forma judicial²⁷.

A su vez, Lastarria²⁸ en Chile justificaba la existencia del Consejo de Estado para conocer del contencioso administrativo en vez de los jueces civiles, atendido a que el contencioso administrativo procede del ejercicio del poder soberano. No es el resultado de un acto en que el Estado obra como particular respecto de otro, caso en el cual el asunto queda regulado por el derecho civil y, por tanto, dentro de la competencia de tribunales civiles.

En un contencioso de tipo administrativo —señalaba el autor chileno— los agentes del Ejecutivo no podrían aparecer como litigantes ante los tribunales de justicia para sostener la validez de los actos de que ellos son responsables, porque obrando así se podría ver embarazada la marcha de la Administración por reclamaciones y demandas judiciales.

Ahora bien, ¿qué se debe hacer cuando hay una discordia en el ámbito de la Administración del Estado? Desde luego —dice Lastarria—, no deben intervenir ahí los tribunales civiles. Esa discordia debía ser resuelta por un órgano administrativo. Y ese órgano administrativo debía ser, en el derecho chileno, el Consejo de Estado. Sin embargo, a su juicio, este órgano que estaba regulado por la Constitución de 1833 ejercía en el ámbito del contencioso administrativo una clara competencia jurisdiccional. Veremos más adelante que este criterio es todavía compartido mayoritariamente en nuestro sistema jurídico para algunos órganos de tipo administrativos.

²⁶ BLUNTSCHLI (1880) p. 358.

²⁷ Comparto de este modo el criterio sustentado por Ignacio de Otto, en el sentido que las denominadas jurisdicciones administrativas corresponden a órganos con potestad jurisdiccional que, sin embargo, se encuentran incardinados en el aparato de la propia Administración y cuyos miembros carecen de la independencia propia de los jueces, de modo tal que no merecen la calificación de juzgados y tribunales de que habla la Constitución española vigente en su artículo 117.3. Cfr. DE OTTO (1989) p. 89.

²⁸ Cfr. LASTARRIA (1906) pp. 406 y ss.

Volviendo a la situación europea, hay que decir que en la evolución del control judicial de los actos de la Administración del Estado que estamos describiendo, el valor de la imparcialidad fue tomando cada vez más importancia, de manera que la evolución del contencioso administrativo es una constante progresión hacia la imparcialidad del juzgador²⁹ o, lo que es lo mismo, una lucha por su jurisdiccionalización.

El fin de esta historia en Europa continental es que han terminado por conocer del contencioso contra la Administración del Estado tribunales de justicia absolutamente independientes. En algunos casos se trata de tribunales independientes e imparciales pero insertos en órganos administrativos (caso del Consejo de Estado francés e italiano); en otros casos se trata de tribunales que forman parte del Poder Judicial (caso de España) y, finalmente, en otros casos se trata de tribunales especiales situados fuera del Poder Judicial (caso de Alemania).

En todos estos casos se ha roto con el principio del *juger l'administration c'est encore administrer*. Juzgar a la Administración desde fines del siglo XIX en Europa comenzó a ser actividad estrictamente jurisdiccional, es decir, un enjuiciamiento dado por jueces independientes, imparciales e inamovibles.

III. SOMETIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN AL PODER JURISDICCIONAL EN EL DERECHO CHILENO

1. INTENTOS DE SOMETIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN A LA JURISDICCIÓN EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL CHILENA. DE LA CONSTITUCIÓN DE 1828 A LA DE 1925

En el derecho chileno mucho se ha discutido sobre los orígenes del contencioso administrativo nacional. Ha existido una *summa divisio* entre los que sostienen que nuestro modelo se inspiró en el sistema inglés y los que afirman que en el modelo francés³⁰.

El llamado al modelo inglés parece ser que se lo hace pensando en el sistema acogido en la Constitución de 1828, donde era competencia de la Corte Suprema *conocer y juzgar de los juicios contenciosos que resultan de los contratos celebrados por el gobierno o por los agentes de este* (art. 96 n° 3). La similitud con el sistema inglés estaría dada en que se le atribuye a un tribunal ordinario de justicia el conocimiento de un específico contencioso entre el gobierno y los ciudadanos.

Durante la vigencia de la Constitución de 1833, especialmente luego de la reforma de 1874, esa tesis fue defendida por Huneeus. Señalaba este autor que la expresión causas civiles que empleaba el artículo 108 CPR estaba explicada por las funciones judiciales que el mismo artículo emplearía a continuación, y por las muy comprensivas de que se había valido la Ley Orgánica de Tribunales de 1875, al conferir a los tribunales

²⁹ Vid. MANNORI y SORDI (2003) pp. 38 y ss.

³⁰ Vid. PANTOJA (2001) p. 20. Aunque luego concluya que el contencioso administrativo chileno tuvo una naturaleza autónoma, alejada del modelo francés y del inglés, p. 43.

ahí establecidos el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan.

No había, a juicio de Huneeus, para qué averiguar si una causa es o no civil para determinar si compete o no a los tribunales ordinarios de justicia. Basta que el asunto sea judicial y que se relacione con el orden temporal para que esa competencia no pueda ponerse en duda³¹. De este modo, las contenciones entre un ciudadano y la Administración eran claramente competencia de los tribunales civiles.

La otra alternativa es que en la Constitución de 1833 se optó por el sistema francés del Consejo de Estado como órgano que tenía atribuida la competencia para conocer del contencioso administrativo. Si uno repasa las palabras de Jorge Huneeus³² parece no haber duda alguna que ello fue así, al menos hasta el año 1874. En efecto, hasta ese año correspondía al Consejo de Estado la competencia para conocer además de las materias de patronato y protección que se redujeran a contenciosas, oyendo el dictamen del Tribunal Superior de Justicia que señale la ley (art. 104 n° 4^a CPR 1833) y de las contiendas entre autoridades administrativas, y en las que ocurrieren entre estas y los tribunales de justicia (art. 104 n° 5^a CPR 1833), las cuestiones referentes a contratos o negociaciones celebradas por el gobierno o sus agentes (art. 104 n° 7^a CPR 1833).

Para Huneeus³³, la última competencia judicial del Consejo de Estado precedentemente indicada era la única que podía entenderse como parte de la jurisdicción contencioso-administrativa de tal órgano, puesto que él entendía comprendida en esta última solo aquellas cuestiones motivadas por actos de la Administración que agraven derechos de particulares y cuyo fallo se relaciona no solo con un derecho meramente privado, sino con un interés social o del orden administrativo. Se trataba de tres circunstancias copulativas sin las cuales no hay negocio administrativo-contencioso. Despojado el Consejo de Estado de esta competencia en 1874, dejó de tener competencia propiamente contencioso-administrativa.

Un sector de la doctrina administrativista chilena contemporánea refuta la tesis de Huneeus. En efecto, para Pantoja³⁴ los contenciosos sobre contratos y negociaciones

³¹ Cfr. HUNEEUS (1891) p. 230.

³² HUNEEUS (1891): *Entremos resueltamente en la senda gloriosa de la Inglaterra y de los Estados Unidos, donde las leyes no sospechan la existencia de la jurisdicción administrativo-contenciosa, y consumemos, suprimiendo semejante jurisdicción y el propio Consejo de Estado, la reforma tan favorablemente iniciada en 1874 y en 1875.* p. 137... *En todos ellos [se refiere a Inglaterra, Estados Unidos y otros países] se ha cerrado decididamente la puerta al sistema francés, conocido con el nombre de contencioso-administrativo, que tanto terreno ha perdido entre nosotros después de las importantes reformas de 1875 y 1875, y que prácticamente sigue perdiéndolo más y más cada día, gracias a la ilustrada y benéfica reacción que en el seno de nuestro mismísimo Consejo de Estado se ha operado y está operándose después de aquellas reformas.* p. 137... *La reforma propuesta por nosotros aboliría por completo el sistema de conferir excepcionalmente à toda autoridad administrativa la facultad de resolver contenciones en caso alguno sea éste cual se fuere, y plantearía valientemente en Chile la regla absoluta que en esa materia rige en la Gran Bretaña, en los Estados Unidos, en Suiza y en Bélgica, al revés de lo que hoy sucede en Francia y España [...]* p. 140.

³³ Cfr. HUNEEUS (1891) p. 227.

³⁴ Cfr. PANTOJA (2001) pp. 28 y ss.

entre el gobierno y los ciudadanos no eran cuestiones contencioso-administrativas sino cuestiones de contenido patrimonial y por tanto de carácter civil. La reforma mencionada de 1874 determinó a su juicio el reconocimiento del Fisco chileno como sujeto procesal en los juicios civiles y, además, la reconstitución de esta esfera de competencia a su cobertura normal de causa civil.

A juicio de Pantoja, la reforma de 1874 no significó por tanto quitarle al Consejo de Estado una materia contenciosa-administrativa ni conferir a los tribunales de justicia ordinarios civiles el conocimiento de esta materia. Se trata solo de materias de derecho civil. No hay por tanto con la reforma de 1874 la atribución para conocer de un contencioso-administrativo a los jueces civiles. Es que nada se dijo sobre la posibilidad de impugnar por ilegalidad los actos del Ejecutivo y de la Administración del Estado, lo que es quizás característico de un contencioso-administrativo de tipo francés.

De este modo, parece ser que el control de la Administración del Estado por los tribunales de justicia chilenos se desarrolló de una forma autónoma, no pudiendo decirse que en Chile haya regido un contencioso-administrativo de tipo francés. Si hubiere de buscarle un paralelo, Pantoja afirma que su desarrollo está más bien cercano al derecho administrativo alemán, con su *Fiskustheorie*, seguida después de la idea nuclear de patrimonialidad como definitoria del proceso judicial en materias de derecho público³⁵.

En todo caso, la tesis de Pantoja puede ser complementada del siguiente modo. Se puede concordar con él en que la competencia referida al contencioso de contratos y negociaciones entre los ciudadanos y el gobierno puede ser considerada como una cuestión de derecho civil, al estar fundamentada en lo que la doctrina italiana³⁶ denomina normas de relación. Las normas de relación se limitan a establecer derechos y obligaciones entre la Administración y los ciudadanos. Por el contrario, las normas de acción son aquellas dirigidas a la Administración y tienen por objeto la actividad desarrollada por esta para la consecución de fines de interés público. Son este tipo de normas las que normalmente fundamentan la jurisdicción administrativa.

Sin embargo, como veremos, hay que señalar que durante la Constitución de 1833 rigió un modelo de contencioso-administrativo con algunas inspiraciones en Francia.

En primer lugar, rigió tal sistema con la ley de 12 de septiembre de 1877, que confirió al Consejo de Estado la facultad para conocer del contencioso municipal una vez que la municipalidad respectiva desechare el reclamo presentado por el ciudadano.

En segundo lugar, al menos teóricamente puede decirse que las cuestiones de protección que se redujeran a contenciosas de que hablaba el artículo 104 n° 4° de la Constitución de 1833, y que eran competencia del Consejo de Estado, eran asuntos contencioso-administrativos. En efecto, las cuestiones de protección que para José Bernardo Lira, en un sentido general, eran *las quejas que se interponen contra los actos de los Poderes Públicos en que, abusando de su autoridad, lastiman algunos de los derechos ó*

³⁵ PANTOJA (2001) pp. 42-43.

³⁶ Vid. ITALIA *et al.* (2002) pp. 552 y ss.

alguna de las garantías aseguradas por la Constitución a todos los habitantes de la República³⁷, pueden haber dado lugar a contenciosos propiamente administrativos.

Al menos en el plano de su regulación constitucional, con estos también denominados recursos de protección se intentaba impugnar un acto de la Administración Pública que, obrando abusivamente, lesionaba derechos o garantías de los ciudadanos. Esa competencia está basada en normas de acción y no de relación, lo cual, como ha sido dicho, es propio de la jurisdicción contencioso-administrativa de raíz francesa.

La única gran diferencia con el sistema francés es que estos recursos de protección tenían una naturaleza eminentemente subjetiva, ya que estaban preordenados a la tutela de un derecho subjetivo o garantía constitucional, alejándose de los cánones típicamente objetivos del contencioso-administrativo galo que tiene por principal misión lograr la nulidad de un acto ilegítimo de la Administración³⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, habrá de tenerse en consideración que en la aplicación práctica de las causas de protección de que hablaba la Constitución de 1833, parece ser que estas funcionaron como sinónimas de las causas de patronato, por lo que a lo más podría entenderse que se estaba frente a un contencioso entre un eclesiástico y el Estado, pero sin que se pueda hablar de un contencioso-administrativo de carácter general por afectación de garantías constitucionales. No se tiene noción de ningún caso en que el Consejo de Estado haya conocido de causas de protección con un sentido diverso del de causa de patronato³⁹. La tesis de Huneeus y de Lira sobre las causas de protección como algo distinto de las causas de patronato no se ajusta a la práctica del instituto, por lo que el Consejo de Estado no habría tenido una competencia contencioso-administrativa en la materia.

Quedando a firme lo señalado respecto del contencioso municipal como competencia del Consejo de Estado, hay que agregar que entre 1833 y 1874 existían otros órganos que conocían de contenciosos entre la Administración y los ciudadanos. La doctrina suele denominarlos tribunales administrativos⁴⁰. Es el caso, por ejemplo, de los gobernadores que estaban facultados por la ley de caminos de 1842 para conocer y juzgar, en primera instancia, las disputas relativas a los caminos públicos de los particulares entre sí o entre estos y la autoridad pública. Contra la decisión del gobernador se podía apelar ante una Junta Provincial de Caminos, compuesta por el intendente, el alcalde del departamento cabecera de provincia y un agrimensor nombrado por el Presidente de la República.

³⁷ LIRA, José Bernardo, *Prontuario de los Juicios, Tomo II*, p. 371, citado por HUNEEUS (1891) p. 209.

³⁸ El contencioso de anulación de tipo francés no pretendía tutelar a los ciudadanos en sus derechos, sino que buscaba encauzar la actividad de la Administración hacia la legalidad y el interés público. Es cierto que al individuo se le permitía solicitar la nulidad de un acto de la Administración, siempre y cuando con ese justo encauzamiento de la actividad de la Administración obtenga, de un modo indirecto se podría decir, alguna utilidad de ello —un interés legítimo—, pero no se lo tutela directamente en sus derechos. Vid. FERNÁNDEZ (1998) p. 33 y ss. También vid. MANNORI y SORDI (2003) p. 357.

³⁹ Véase sobre este aspecto CÁRDENAS (2004) pp. 23 y ss.

⁴⁰ Vid. LASTARRIA (1906) p. 413 y ss; VARAS (1940) p. 380.

En mi concepto, es evidente que al carecer de la necesaria independencia respecto del Ejecutivo; no garantizándose la inamovilidad de los funcionarios juzgadores respecto del Ejecutivo, estos órganos no podían ser considerados tribunales de justicia. Por tribunales administrativos en este caso habrá de entenderse aquellos órganos administrativos que resuelven bajo la forma de juicio contenciosos con la Administración. Se puede hablar en este caso a lo más de órganos cuasi judiciales⁴¹.

En resumen, entre 1833 y 1925, el modelo de jurisdicción administrativa chilena difiere claramente de los modelos en la materia; el sistema inglés y el sistema francés. Sin embargo, al existir un Consejo de Estado con algunas competencias en materia de contencioso-administrativo y algunos contenciosos ante órganos cuasi judiciales, nuestro sistema estaba inspirado más claramente en Francia que en Inglaterra.

No sé si se pueda afirmar categóricamente que en Chile, durante la vigencia de la Constitución de 1833, era principalmente la propia Administración la que juzgaba algunas de sus actuaciones. Habría que precisar con mayor exactitud la naturaleza de cada uno de esos órganos. Pero sí se puede afirmar con mayor exactitud que los que controlaban algunas actuaciones de la Administración no eran verdaderos tribunales de justicia.

La situación después de la Constitución de 1925 se complica más. Como se sabe, esta carta constitucional suprimió al Consejo de Estado y, en su artículo 87, señalaba la existencia de los tribunales administrativos. La historia es bien conocida por nosotros. Dichos tribunales nunca se crearon. Los tribunales ordinarios declinaron en la mayoría de los casos conocer de pretensiones contra la Administración del Estado, aduciendo que esa competencia, según el artículo 87 CPR, era exclusiva de esos tribunales administrativos⁴². Se produce un vacío enorme de jurisdicción en la materia⁴³.

2. ADMINISTRACIÓN Y JURISDICCIÓN BAJO LA CONSTITUCIÓN DE 1980

La Constitución de 1980 mantuvo la referencia a los tribunales contencioso-administrativos en su artículo 38 inciso 2º, tribunales que nunca se crearon, hasta que con la reforma de 1989 se eliminó del texto constitucional toda referencia a ellos. Hoy en día la referida norma expresa 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.*

⁴¹ Concuero de este modo con Jorge Huneeus en el sentido que este tipo de órganos violaban claramente la Constitución de 1833, puesto que el artículo 108 vetaba al Presidente de la República y al Congreso ejercer funciones judiciales, prohibición que en el caso de Presidente de la República ha de hacerse extensiva a sus agentes, como en estos casos serían los gobernadores, alcaldes e intendentes. Cfr. HUNEEUS (1891) p. 233.

⁴² Vid. FERRADA *et al.* (2003) p. 71.

⁴³ Aunque esta aseveración puede ser matizada con lo que sostiene Juan Carlos Ferrada. En efecto, como lo hace ver, los tribunales ordinarios en esta época nunca desconocieron su competencia para resolver asuntos sobre reclamos específicos de ilegalidad de determinados actos de la Administración, como ocurría por ejemplo con el Reclamo de Ilegalidad Municipal. Por otra parte, los tribunales ordinarios siempre conocieron del contencioso reparatorio de carácter patrimonial. Inclusive —destaca Ferrada—, desde la década de los 60 del siglo pasado, los tribunales ordinarios habían empezado a conocer de pretensiones anulatorias (o de inaplicabilidad) de actos administrativos ilegales vía Recurso de Inaplicabilidad. Vid. FERRADA (2005) pp. 136-137.

La referida norma viene a dar un alivio a los habitantes del Estado chileno, debido a que puede ser interpretada en el sentido que sus derechos, fundamentales o simplemente legales, podrán ser tutelados frente a un tribunal de justicia cuando la Administración los vulnere.

La garantía estaría dada en el sentido que resultando afectados esos derechos de las personas por la Administración del Estado, lo que puede ser entendido en términos amplios como todo acto, omisión o actuación material de esa Administración, esa persona podrá deducir una pretensión reclamatoria ante un tribunal de justicia. Ello, obviamente, no impide que la propia Administración pueda revisar su actuar y resolver las quejas de esas personas⁴⁴. En este último caso si la Administración acoge la queja del afectado, el asunto quedará solucionado sin necesidad de concurrir ante un tribunal. Sin embargo, la garantía constitucional entra a operar en el caso contrario. No satisfecho el reclamo por la Administración, esa persona podrá ocurrir siempre ante el tribunal que le señale la ley para reclamar contra ella.

Naturalmente la Constitución de 1980 no exige que sea necesariamente un tribunal de lo contencioso-administrativo el que deba resolver la contienda de un ciudadano con la Administración del Estado. Tan constitucional sería esa opción como la de encomendarle a los tribunales ordinarios civiles esa competencia. El problema, como veremos, es que hoy en día hay muchas cuestiones referidas a las relaciones entre la Administración y los ciudadanos que están excluidas por el legislador del conocimiento de los tribunales de justicia.

3. NEGATIVA DE LOS PODERES PÚBLICOS CHILENOS DE SOMETER A LA ADMINISTRACIÓN AL CONTROL JURISDICCIONAL

La separación entre Administración y jurisdicción todavía no es posible que se logre en el Derecho chileno. Hay aun determinadas materias que son resueltas por la propia Administración. La técnica utilizada por el legislador, y respaldada por la Corte Suprema y por el Tribunal Constitucional en algunos casos, consiste en decir que cuando resuelve esa Administración no lo hace como tal sino como tribunal de justicia. Este "travestismo jurídico" obedece a la concepción que esos poderes tienen de la jurisdicción. Uno de los ejemplos más palmarios es el del contencioso tributario.

En materia tributaria, el legislador ha establecido que el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos es competente para conocer y resolver los reclamos que los contribuyentes deduzcan por una liquidación, giro o resolución de impuesto que los afecte, o también de las infracciones a la ley tributaria que no sean sancionadas con una pena corporal (art. 115 Código Tributario).

La Corte Suprema ha señalado reiteradamente que el director regional del Servicio de Impuestos Internos es un tribunal de justicia. Ha expresado en algunos casos que *los organismos en los cuales radica esta función jurisdiccional son los tribunales, tanto los de*

⁴⁴ Un sector de la doctrina pone atención en que esta vía ante la Administración, previa a la jurisdicción, debería ser facultativa y no obligatoria para la persona afectada. Vid. CHECA (2004) pp. 151 y ss.

*fuero común que conocen de la generalidad de los negocios que se promueven en el orden temporal y dentro del territorio de la República, como los de fuero especial, que ejercen jurisdicción en particulares materias, que es exactamente el caso del Director Regional del Servicio de Impuestos Internos para conocer y resolver las controversias tributarias, en virtud de lo preceptuado en los artículos 73, inciso 3º, de la carta magna, 5º, incisos 1º y 4º, del Código Orgánico de Tribunales, 6º, letra B n° 6, y 115, inciso 1º, del Código Tributario y 19, letra b), de la Ley Orgánica de dicho Servicio [...]*⁴⁵.

El Tribunal Constitucional, conociendo de otras materias, ha razonado de un modo similar a como lo ha hecho la Corte Suprema. En efecto, respecto de la atribución conferida por la ley al ministro de Transportes y Telecomunicaciones para resolver los reclamos en materia de concesiones o permisos de telecomunicaciones, ha dicho que frente a él es *indudable que se está en presencia de un proceso jurisdiccional, con partes interesadas en la solución de un conflicto de intereses de relevancia jurídica, con una resolución o sentencia que dicta una autoridad en primera instancia, la que es revisada por un tribunal de segunda instancia, que viene a constituirse en el superior jerárquico del que dicta la resolución*⁴⁶.

Una idea similar sostiene el Tribunal Constitucional en la sentencia rol n° 247/96 a propósito de las facultades resolutorias de la Junta General de Aduanas cuando conoce de una reclamación aduanera.

A juicio de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, el director regional del Servicio de Impuestos Internos, el ministro de Transportes y Telecomunicaciones y la Junta General de Aduanas, respectivamente, son órganos que dentro de sus atribuciones están las jurisdiccionales; son verdaderos tribunales de justicia, según la prescripción constitucional (actualmente art. 76 CPR).

Con esta concepción volvemos al Antiguo Régimen o, a lo más, a los inicios decimonónicos de la justicia administrativa de tipo europea continental.

¿Cómo llega la ley y los jueces chilenos a justificar en el siglo XXI esta situación? Arriban a ello dejando de lado absolutamente las cuestiones orgánicas o estructurales de los tribunales de justicia y poniendo atención en la función jurisdiccional entendida simplemente como la resolución de conflictos de relevancia jurídica en el orden temporal.

El problema es que precisamente por la función no se diferencian mayormente Administración y jurisdicción. La función de aplicación de normas a casos concretos es común a estas dos potestades. La separación de ambas potestades, la división de poderes propia de un Estado de Derecho moderno, supone considerar las características estructurales de estos poderes. Una de esas características estructurales que definen a un tribunal de justicia y la función judicial, es la independencia del órgano⁴⁷ a fin de garantizar su actuación imparcial en el caso concreto⁴⁸. Por otra parte, para que un tribunal de justicia pueda desarrollar con independencia e imparcialidad su función se requiere que

⁴⁵ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 27 de julio de 2004 recaída en el recurso de inaplicabilidad deducido por la sociedad Moral Fernández Ltda.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional rol n° 176/93.

⁴⁷ Vid. GUARNIERI (1981) p. 37.

⁴⁸ Vid. VESCOVI (1990) p. 441.

esté garantizada la inamovilidad de los jueces. En el caso de la justicia administrativa, la inamovilidad debe estar asegurada respecto del Poder Ejecutivo.

El director regional del Servicio de Impuestos Internos, el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, la Junta General de Aduanas y todos los otros órganos de la Administración que en el derecho chileno tienen facultades de resolución de controversias, corresponden a lo que en la tradición del *civil law* se acostumbra a denominar tribunales administrativos⁴⁹. Estos tribunales administrativos no son verdaderos tribunales de justicia⁵⁰, sino órganos administrativos, ya que no está garantizada su inamovilidad respecto del Ejecutivo.

Tenemos así que en muchas materias la Administración del Estado ha logrado evadir un completo sometimiento al Estado de derecho vía control jurisdiccional de sus actuaciones. Esa evasión ha contado con el apoyo de todo el aparato estatal, inclusive de aquellos tribunales de justicia que tienen que velar por el respeto del orden constitucional. Hay aquí una tarea pendiente del Estado de derecho chileno.

Para dejar atrás posiciones típicas del derecho decimonónico; para respetar el Estado de derecho configurado en la Constitución de 1980, se vislumbran al menos cuatro alternativas posibles.

Una primera alternativa puede ser articular una justicia administrativa del tipo agencias administrativas autónomas propias del derecho anglosajón. Se trata de crear tribunales independientes (*administrative tribunals*) dentro de esas agencias administrativas autónomas. La justicia ordinaria (*Courts*) debería poder controlar las resoluciones del tribunal⁵¹.

Para que la atribución del contencioso administrativo a los *administrative tribunals* sea coherente con la independencia de los tribunales de justicia reclamada por el artículo 76 CPR y el principio de inamovilidad recogido en el 80 CPR, es indispensable la interdicción de remoción de esos jueces por el Poder Ejecutivo⁵².

Una segunda alternativa es crear dentro de la Administración Pública actual tribunales independientes e imparciales. Para ello, hay que destacar nuevamente que será esencial garantizar la inamovilidad de los funcionarios que desarrollen las funciones de juez.

Una tercera alternativa consiste en atribuir a los tribunales ordinarios civiles el conocimiento de los contenciosos entre la Administración y los ciudadanos.

Una cuarta alternativa es crear tribunales de lo contencioso-administrativo (*Courts* y no *administrative tribunals* en lenguaje anglosajón). Esta alternativa puede comprender a su vez que dichos tribunales pertenezcan o no al Poder Judicial. España ha optado por la primera alternativa. Alemania por la segunda.

Todas estas alternativas parecen ser coherentes con el marco constitucional vigente en Chile.

⁴⁹ Vid. GUARNIERI (1981) p. 36.

⁵⁰ Para el derecho español remito a De Otto (1989) p. 89.

⁵¹ Vid. VIGORITI, Vincenzo (1970) p. 1205.

⁵² Destaca Ernesto Pedraz que la independencia judicial implica, entre otros extremos, la prohibición del Legislativo y del Ejecutivo de llevar a cabo la destitución, traslado o jubilación de los jueces. Cfr. PEDRAZ (1990) pp. 173 y ss.

IV. CONCLUSIONES

En la tradición romano-germánica la actividad administrativa ha estado siempre ligada a la jurisdiccional. Antes de la conformación del Estado de derecho moderno, la Administración de los asuntos públicos se hacía por jueces y, la mayoría de las veces, bajo la forma de un contencioso entre partes. Solo después de la Revolución Francesa se produce una separación entre jurisdicción y Administración, como dos poderes orgánica y funcionalmente diferenciados.

El paso que siguió en Europa fue el sometimiento de la actividad de la Administración del Estado a un control, primero por la propia Administración o por órganos ad hoc creados al interior de esta y más adelante, desde fines del siglo XIX, por parte de los tribunales de justicia independientes e imparciales.

En el caso de Chile hemos seguido más o menos esta evolución. Sin embargo, estamos en muchos aspectos en un estadio todavía decimonónico. Hay muchas áreas de la vida económica y social donde quien conoce del contencioso entre la Administración y los ciudadanos afectados por esta es la propia Administración bajo la forma de un contencioso. A la jurisdicción, en algunos casos, se le permite revisar lo actuado ante la Administración vía apelación de su resolución. Esto tiene el inconveniente que es ante la Administración donde se establece el material fáctico y probatorio del contencioso. La jurisdicción tiene que trabajar sobre ese material ya establecido.

El que todavía en el siglo XXI la Administración Pública chilena juzgue sus propios asuntos viene explicada por la concepción que de la jurisdicción y su función tienen mayoritariamente tanto nuestra Corte Suprema como el Tribunal Constitucional. Dejando de lado aspectos orgánicos como la independencia e imparcialidad del órgano que juzga, consideran que son órganos jurisdiccionales y desarrollan una función jurisdiccional todos aquellos órganos que resuelven conflictos de relevancia jurídica en el orden temporal. Por lo tanto, cuando la ley le encomienda a la Administración conocer de un conflicto entre ella y un ciudadano, esa Administración pasa a convertirse en ese momento en un tribunal de justicia. Dicha concepción choca frontalmente con las bases de un Estado de derecho articulado sobre la separación de poderes.

El Estado de derecho supone un Poder Judicial compuesto por jueces y tribunales independientes e imparciales. Uno de los aspectos que asegura la independencia e imparcialidad es la inamovilidad de los jueces. Y si se trata de controlar a la Administración, es de perogrullo que esa inamovilidad debe ser garantizada respecto del Poder Ejecutivo.

Para que la justicia administrativa chilena se conforme a las reglas básicas de un Estado constitucional de derecho, los tribunales de justicia deben poder controlar sus actos. Obviamente todo ello implica contar con jueces independientes, imparciales y que no puedan ser removidos por el Ejecutivo.

Fecha recepción: 12 de marzo 2006

Fecha de aceptación: 28 de abril 2006

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BLUNTSCHLI, Juan Gaspar (1880): *Derecho Público Universal, Parte Primera, Teoría General del Estado* (Madrid, F. Góngora y compañía editores) t. I, 456 pp.
- BLUNTSCHLI, Juan Gaspar (1880a): *Derecho Público Universal* (Madrid, Góngora editores) t. II, 256 pp.
- CÁRDENAS, Daniel Alejandro (2004): Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Austral de Chile (Valdivia).
- CHECA, Clemente (2004): “Crítica del carácter obligatorio de la vía económico-administrativa en la nueva Ley General Tributaria española”, *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, vol. XVI.
- CLAVERO, Bartolomé (2001): *Historia del Derecho. Derecho Común* (Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, primera reimpresión) 119 pp.
- DE OTTO, Ignacio (1989): *Estudios sobre el Poder Judicial* (Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones) 248 pp.
- FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón (1998): *Jurisdicción Administrativa Revisora y Tutela Judicial Efectiva* (Madrid, Editorial Civitas) 382 pp.
- FERRADA, Juan Carlos, BORDALÍ, Andrés y CAZOR, Kamel (2003): “El Recurso de Protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: Una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”, *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, vol. XIV.
- FERRADA, Juan Carlos (2005): “El Recurso de Protección como mecanismo de control contencioso administrativo”, VV.AA. (coord. FERRADA, Juan Carlos) *La Justicia Administrativa*, (Santiago de Chile, ed. LexisNexis-Universidad Austral de Chile).
- FIORAVANTI, Maurizio (2004): “Estado y Constitución”, VV.AA. (coord. FIORAVANTI, Maurizio) *El Estado moderno en Europa. Instituciones y Derecho* (traducción de Manuel MARTÍNEZ NEIRA, Madrid, Trotta) 231 pp.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (1996): *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I* (Madrid, Editorial Civitas, séptima edición).
- GUARNIERI, Carlo (1981): *L'indipendenza della Magistratura* (Padua, Cedam).
- HUNEEUS, Jorge (1891): *Estudios sobre Derecho Constitucional Comparado* (Santiago de Chile, Imprenta Cervantes) t. III.
- ITALIA, Vittorio, LANDI, Guido y POTENZA, Giuseppe (2002): *Manuale di Diritto Amministrativo* (Milán, Giuffrè) 840 pp.
- LASTARRIA, José Victorino (1906): *Estudios Políticos i Constitucionales* (Santiago de Chile, Imprenta, Litografía i Encuadernación Barcelona) vol. I.
- MANNORI, Luca y SORDI, Bernardo (2003): *Storia del Diritto Amministrativo* (Roma – Bari, Laterza, segunda edición) 551 pp.
- MONTESQUIEU (1845) *El Espíritu de las Leyes* (Madrid, Biblioteca auxiliar del jurisperito y publicista).
- PANTOJA, Rolando (2001): “Estudio preliminar: La jurisdicción contencioso-administrativa. Decisiones legislativas al año 2001”, *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Decisiones Legislativas al año 2001* (Santiago, Universidad de Chile) 229 pp.

PEDRAZ, Ernesto (1990): “Sobre el ‘Poder’ Judicial y la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Constitución, Jurisdicción y Proceso* (Madrid, Akal) 397 pp.

VARAS, Guillermo (1940): *Derecho Administrativo: nociones generales* (Santiago de Chile, Editorial Nascimento) 456 pp.

VESCOVI, Enrique (1990): “La independencia de la Magistratura”, *XII Jornadas Ibero-americanas de Derecho Procesal, Mérida, 5 a 11 de mayo de 1990, Volumen I* (Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones).

VIGORITI, Vincenzo (1970): “Costituzione e Giustizia Amministrativa negli Stati Uniti D’America”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*.